



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA TOR VERGATA

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN
SISTEMA GIURIDICO-ROMANISTICO: UNIFICAZIONE DEL
DIRITTO E DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE

XXII CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO

Tesi di Dottorato

ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS

RESPONSABILITA' DEL *PATER FAMILIAS* PER L'ATTIVITA'
NEGOZIALE DEI *FILI*, *SERVI*, O SOTTOPOSTI

Coordinatore

Prof. Sandro Schipani

Dottorando

Yingying Wang

Anno Accademico 2009/2010

Actiones Adiecticiae Qualitatis

Responsabilità del *pater familias* per l'attività negoziale dei servi o *fili* o sottoposti

INTRODUZIONE

La denominazione “*actiones adiecticiae qualitatis*” non ha le proprie origini nel diritto romano, ma è stata attribuita dai giuristi medioevali ad un gruppo di azioni prendendo spunto da un testo di Paolo riportato in D.14.1.5.1.

La creazione di tale tipologia di azioni risale al II secolo a.C. ed è legata alla necessità di disciplinare una responsabilità del *pater familias* per i negozi compiuti dagli schiavi, figli o sottoposti entro i limiti della *praepositio* o *ex causa peculiari*. A tale categoria di azioni vengono ricondotte l'*actio exercitoria*, l'*actio institoria* e l'*actio quod iussu* che implicano una responsabilità illimitata dell'armatore, dell'imprenditore e del principale in base ad un'autorizzazione generale o specifica. L'*actio de peculio*, l'*actio de in rem verso* e l'*actio tributaria*, che a loro volta rientrano in tale categoria di azioni, sono, invece, a fondamento di uno schema di responsabilità limitata avente origine nella concessione di un *peculium*. Le *actiones adiecticiae qualitatis* costituiscono la prima forma di quella che oggi viene definita rappresentanza diretta, in quanto tramite queste viene affermata la responsabilità del *pater familias* per l'attività negoziale posta in essere dai suoi schiavi, figli o sottoposti. Queste sono, inoltre, poste a fondamento dei modelli organizzativi dell'attività imprenditoriale romana, in particolare alla base della distinzione tra responsabilità illimitata e limitata.

La parte della tesi riguardante le *actiones adiecticiae qualitatis* in generale include una panoramica sulle dottrine moderne e sulle ricerche circa l'origine e la natura di tali azioni sotto il profilo delle strutture economiche e sociali. Sulla base della natura di tali azioni, viene poi analizzato il problema delle divergenze nella traduzione della terminologia tecnica in cinese e vengono proposte delle soluzioni.

Dopo questa prima parte generale, si approfondiranno le singole azioni.

Per quanto riguarda l'*actio exercitoria*, dopo aver tratteggiato le sue origini, ci si concentrerà sulla *praepositio* e sull'analisi delle caratteristiche dell'azione stessa,

verrà poi studiata la connessione tra questa e la rappresentanza diretta.

Sarà successivamente analizzata l'*actio institoria*, riguardo la quale, oltre ad un'analisi dei profili riguardanti le origini ed i contenuti, verrà ad esser evidenziata la peculiare tecnica giuridica elaborata in riferimento alla *praepositio* dell'*institor* e della sua pubblicità.

Lo studio dell'*actio quod iussu* si concentrerà sulla differenza tra lo *iussum* e la *praepositio* e sul rapporto tra lo *iussum*, la *praepositio* e il mandato.

Per quanto riguarda le azioni da cui discende una limitazione di responsabilità, la prima ad essere descritta è l'*actio de peculio*, azione di fondamentale rilievo nel contesto delle *actiones adiecticiae qualitatis*. Lo studio di questa inizia dai profili attinenti le sue caratteristiche in generale per porre poi l'accento sul rapporto tra l'azione e il *peculium* e la separazione patrimoniale che tramite questo era possibile realizzare.

Verrà successivamente analizzata l'*actio de in rem verso* con approfondimenti circa il significato dell'"*in rem versio*", i suoi requisiti ed il rapporto tra questa e l'*actio de peculio*.

L'ultima azione di cui si parlerà è l'*actio tributaria*. Rispetto a tale azione sono due i punti di maggior rilievo: la separazione basata sull'esistenza di alcuni patrimoni destinati a delle determinate gestioni; il privilegio discendente da tali separazioni patrimoniali.

L'ultima parte riguarderà l'influenza degli istituti derivati dalle azioni adiectizie sul sistema giuridico romanistico e sugli istituti del diritto civile vigente.

In generale la mia ricerca avrà come oggetto principale, tra i vari problemi riguardanti le *actiones adiecticiae qualitatis*: la forma di tali azioni così come ricostruibile attraverso le fonti giustinianee; la soluzione romana dell'acquisto dell'obbligazione tramite l'attività negoziale degli schiavi, figli o sottoposti e l'organizzazione imprenditoriale basata su questa soluzione, così come il ruolo di tale sistema organizzativo e la sua evoluzione operata dalla giurisprudenza romana; le tecniche legislative elaborate dai giuristi romani e dal pretore per la costruzione di tali azioni.

Lo studio delle *actiones adiecticiae qualitatis* nell'ambito del diritto commerciale romano richiede una ricerca piuttosto minuziosa su istituti specifici, si auspica, tramite questa, di riuscire a colmare talune lacune e modificare il modello

tradizionale di ricerca sul diritto romano in Cina. Nella ricerca si tenterà di seguire non soltanto un punto di vista storico, ma si porrà l'accento sulla funzione che il diritto romano può avere per il diritto attuale. Nel tentativo di riuscire a “produrre risultati aventi valore attuale, anche se le leggi sono antiche”¹, assumendo come presupposto i mutamenti nella metodologia di ricerca, si tenterà di mettere a fuoco le connessioni fra il diritto romano e il diritto vivente, confermando così il ruolo del diritto romano: fondamento comune e anima della sistematizzazione del diritto civile moderno. Attraverso l'analisi delle fonti, combinata con lo studio della storia economica romana e la pratica giuridica del tempo, si tenterà di approfondire come i giuristi romani abbiano risolto i problemi specifici e come abbiano usato l'*ars* giuridica per offrire rimedi quanto migliori possibile.

Più in particolare, si tenterà di dare una risposta alle seguenti domande: come riuscirono i giuristi romani a superare gli impedimenti che sorgevano in tema di rappresentanza diretta e di responsabilità limitata? Come si tentava di rispondere alle esigenze sociali riguardanti il rapporto tra la “classe” dei *patres familias*, ai quali apparteneva la maggior parte dei beni, e la forza lavoro? Come spiegano gli studiosi moderni questa “creazione tecnica” operata dai giuristi romani? Come possono tali azioni ispirare il diritto moderno?

Le fonti utilizzate includono le Istituzioni di Gaio; le Istituzioni, il Digesto e *Codex* di Giustiniano. La bibliografia è prevalentemente composta da contributi in lingua italiana, da contributi di alcuni autori tedeschi tradotti in italiano, da contributi in lingua spagnola ed in inglese, comunque di studiosi attivi a partire dal ventesimo secolo.

¹ S.SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1999, 102.

INDICE

INTRODUZIONE	I
INDICE	IV
CAPITOLO I LE <i>ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS</i> IN GENERALE	1
1. DOTTRINA MODERNA	1
I. Le <i>actiones adiecticiae qualitat</i> nelle opere istituzionali	2
II. Le <i>actiones adiecticiae qualitat</i> nelle opere monografiche e negli articoli di diritto romano... 3	
2. L'ORIGINE DELLA DENOMINAZIONE " <i>ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS</i> "	8
I. I problemi affrontati in D.14.1.5.1	8
II. Analisi delle parole chiave: <i>hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur</i> 9	
III. Le soluzioni offerte dai giuristi romani	11
3. L'ORDINE CRONOLOGICO DELLE <i>ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS</i> : A) LA STRATIFICAZIONE DELL'EDITTO; B) LA STRUTTURA SISTEMATICA DELLE ISTITUZIONI	12
4. LA NATURA DELLE <i>ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS</i> 14	
I. Le formule con 'trasposizione di soggetti' proposte dal Keller e dal Lenel: nell' <i>intentio</i> andrebbe menzionato il soggetto che ha effettivamente concluso l'atto negoziale, mentre nella <i>condemnatio</i> andrebbe menzionato il <i>pater familias</i> o il <i>dominus</i> che è chiamato a rispondere dell'attività negoziale del soggetto sottoposto a <i>potestà</i> 14	
II. I dubbi rispetto alla tesi secondo la quale il pretore avrebbe concepito le formule delle azioni adietizie tramite la 'trasposizione di soggetti'	16
III. La responsabilità derivante dalle <i>actiones adiecticiae qualitat</i> è aggiuntiva: Le azioni adietizie sancivano una responsabilità aggiuntiva dell'avente <i>potestà</i> mediante l'espedito tecnico dell'inserimento del nome del contraente nell' <i>intentio</i> e del nome dell'avente <i>potestà</i> nella <i>condemnatio</i>	17
5. ANALISI DELLE PROBLEMATICHE DERIVANTI DALLA TRADUZIONE IN CINESE DELLA DENOMINAZIONE " <i>ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS</i> " E DELLE SINGOLE AZIONI IN ESSA RIENTRANTI	18
I. La situazione attuale	18
II. Analisi testuale delle denominazioni	21
III. L'analisi delle diverse traduzioni volta alla dimostrazione della relazione logica delle parole..... 22	
IV. Analisi delle ricorrenze delle azioni adietizie nelle fonti..... 24	
V. Conclusioni	25
CAPITOLO II L' <i>ACTIO EXERCITORIA</i> : IL 'PUNTO DI IRRUZIONE' NELL'EVOLUZIONE STORICA DELLA RAPPRESENTANZA..... 28	
6. LA NASCITA DELL' <i>ACTIO EXERCITORIA</i>	28
I. Il contesto storico-economico	29
II. Il periodo di diffusione dell' <i>actio exercitoria</i> : l'introduzione dell' <i>actio exercitoria</i> ha preceduto quella dell' <i>actio institoria</i> e D.14.1.1.9 offre una prova dell'esistenza dell' <i>actio exercitoria</i> nel periodo della Repubblica..... 29	
III. Identificazione di <i>exercitor</i> , <i>magister navis</i> e nave	30
7. LA <i>PRAEPOSITIO</i> NELL' <i>ACTIO EXERCITORIA</i>	31
I. La <i>praepositio</i> costituisce il fondamento dell'azione	31
II. Il contenuto della <i>praepositio</i> : i giuristi romani applicarono principi rigorosi nell'interpretazione del contenuto della <i>praepositio</i>	32
III. La <i>praepositio</i> di un <i>magister</i> operata da un altro <i>magister</i> : Analisi della soluzione riportata in D.14.1.1.5..... 32	
IV. Il rapporto tra la volontà e la <i>praepositio</i> : l' <i>exercitor</i> rispondeva per gli atti compiuti dal	

<i>magister navis</i> ; considerazione della <i>praepositio</i> come ‘volontà attiva’, ovvero, volontà espressamente manifestata	36
V. La <i>ratio</i> della scelta di fondare l’azione sulla <i>praepositio</i> : i giuristi utilizzarono i termini ‘ <i>aequus</i> ’, ‘ <i>utilitas navigantium</i> ’ e ‘ <i>res publica</i> ’ per spiegare il fondamento delle azioni adiettorie, dimostrando così che l’idea della giustizia distributiva era già entrata nel loro pensiero	36
8. LE CARATTERISTICHE DELL’AZIONE	37
I. Il rimedio giuridico è <i>unilaterale</i> : il contraente può agire contro l’ <i>exercitor</i> per il contratto concluso con il <i>magister navis</i> , mentre l’ <i>exercitor</i> non può agire in via diretta nei confronti del terzo contraente	37
II. La responsabilità derivante dall’ <i>actio exercitoria</i> è illimitata e in <i>solidum</i>	38
III. L’azione si può esercitare contro il <i>pater familias</i> o il <i>dominus</i> dell’ <i>exercitor</i>	38
IV. L’azione è perpetua e può passare agli eredi	41
9. LA CONNESSIONE TRA L’ <i>ACTIO EXERCITORIA</i> E LA RAPPRESENTANZA DIRETTA	41
CAPITOLO III L’ <i>ACTIO INSTITORIA</i>	44
10. LA CREAZIONE DELL’ <i>ACTIO INSTITORIA</i> : I GIURISTI ROMANI UTILIZZARONO LA STESSA <i>RATIO</i> PER GIUSTIFICARE LA CREAZIONE PRETORIA DELL’ <i>ACTIO INSTITORIA</i> E DELL’ <i>ACTIO EXERCITORIA</i>	45
11. I PRESUPPOSTI DELL’ <i>ACTIO INSTITORIA</i>	47
I. I soggetti: il preponente (l’imprenditore), l’ <i>institor</i> e il terzo contraente	47
II. Il campo di applicazione dell’ <i>actio institoria</i> : la <i>praepositio</i> dell’ <i>institor</i> non è limitata dal pretore ad un commercio specifico	48
III. I limiti al potere gestionale dell’ <i>institor</i> : l’editto distingue due categorie di atti dell’ <i>institor</i> : atti necessari all’esercizio di un commercio e atti accessori al commercio	49
IV. Chi risponde con l’ <i>actio institoria</i> : il preponente dell’ <i>institor</i> , cioè l’imprenditore	50
V. Le caratteristiche dell’azione: unilaterale, <i>in solidum</i> , perpetua e trasmissibile agli eredi	50
12. LA <i>PRAEPOSITIO</i> : UN ATTO DI VOLONTÀ DEL PREPONENTE CHE SI SOSTANZIA DA UN LATO NEL DARE AUTORIZZAZIONE AI TERZI A NEGOZIARE CON I SUI SOTTOPOSTI, DALL’ALTRO LATO, NEL DEFINIRE I LIMITI DELL’AMBITO ENTRO IL QUALE I TERZI POTEVANO NEGOZIARE CON IL SOTTOPOSTO CON LA CERTEZZA DI POTER FAR VALERE EVENTUALMENTE I LORO CREDITI CONTRO IL PREPONENTE	51
I. I modelli di <i>praepositio</i> : la <i>praepositio</i> esplicita e quella tacita	52
II. Il fondamento della <i>praepositio</i> : la <i>potestas</i> o il contratto	52
III. Il contenuto della <i>praepositio</i> : l’ <i>institor</i> acquista un potere di gestione generale e continuativo; l’attività della gestione deve avvenire nell’ambito della <i>praepositio</i> ; non rileva se l’ <i>institor</i> si impegni nella gestione in nome proprio o in nome del preponente; l’ <i>institor</i> non può preporre un altro <i>institor</i> senza il permesso del preponente	52
IV. Gli effetti giuridici della <i>praepositio</i>	57
13. LA PUBBLICITÀ DELLA <i>PRAEPOSITIO</i>	58
I. Il contenuto della <i>praepositio</i> e sua pubblicità: le limitazioni speciali o le indicazioni particolari	58
II. Le forme della pubblicità	59
III. Cosa si intende per mancata pubblicità	59
14. IL RAPPORTO TRA LA <i>PRAEPOSITIO</i> ED IL MANDATO	60
I. Gli oggetti sono diversi	60
II. Il requisito della gratuità non è presente in entrambi	60
III. Trasmissibilità agli eredi	61
IV. Le obbligazioni che ne derivano sono diverse	61
CAPITOLO IV L’ <i>ACTIO QUOD IUSSU</i>	63
15. PROFILI DELL’ <i>ACTIO QUOD IUSSU</i>	64
16. L’ANALISI DEI PRESUPPOSTI ESSENZIALI PER LA CONCESSIONE DELL’ <i>ACTIO QUOD IUSSU</i>	65
I. I soggetti: il <i>pater familias</i> e il <i>dominus</i> sono le persone che possono dare lo <i>iussum</i>	65
II. Il contenuto dello <i>iussum</i>	65
III. La forma dello <i>iussum</i> : l’autorizzazione davanti a testimoni, per lettera, con parole solenni o attraverso un <i>nuncius</i>	65
IV. La revoca dello <i>iussum</i>	66
V. La responsabilità derivante dallo <i>iussum</i> è illimitata, ma il contratto deve essere concluso nell’ambito dello <i>iussum</i>	66

17. IL FONDAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ACTIO QUOD IUSSU: LO IUSSUM, L'AUTORIZZAZIONE DATA AL TERZO CONTRAENTE; REVISIONE CRITICA DELL'INTERPRETAZIONE SECONDO LA QUALE LO IUSSUM SAREBBE RIVOLTO AL SOGGETTO ALIENI IURIS.....	66
18. IL RAPPORTO TRA L'ACTIO QUOD IUSSU E L'ACTIO INSTITORIA	70
I. Il diverso contenuto dello iussum e della praepositio	70
II. La differenza della persona che pone in essere le attività.....	71
III. La differenza della revoca	71
IV. La differenza sotto il profilo della trasmissibilità agli eredi	71
V. La differenza con riferimento alla ratio	71
19. IL RAPPORTO TRA IUSSUM, MANDATO E GARANZIA.....	71
I. La differenza tra lo iussum e il mandato	71
II. La differenza tra lo iussum e la garanzia	72
CAPITOLO V L'ACTIO DE PECULIO: L'ORIGINE DEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ LIMITATA AL PECULIUM	73
20. LA POSIZIONE DELL'ACTIO DE PECULIO NELLA STORIA DEL SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO.....	73
21. PROFILI GENERALI DELL'ACTIO DE PECULIO.....	75
I. La nascita dell'actio de peculio	75
II. Il peculium	75
III. La responsabilità è limitata	77
IV. La prescrizione.....	77
22. LE CARATTERISTICHE DELL'ACTIO DE PECULIO	77
I. I requisiti dell'actio de peculio	77
II. La costituzione e variazione del peculium.....	78
III. La formula dell'actio de peculio	81
23. IL RAPPORTO TRA LE VICENDE DEL PECULIUM E L'ACTIO DE PECULIO	83
I. Le ripercussioni delle vicende relative al peculium sull'actio de peculio	83
II. L'exceptio doli esercitabile dal terzo contraente.....	86
24. LA SEPARAZIONE DEI PATRIMONI REALIZZATA DAL PECULIUM.....	87
I. La separazione di un bene determinato dal patrimonio del pater o del dominus	87
II. La separazione del diritto di proprietà del peculium dal potere di gestione.....	88
CAPITOLO VI L'ACTIO DE IN REM VERSO:UNA SECONDA FORMA DI RESPONSABILITÀ LIMITATA ORIGINATA SULLA BASE DEI BENI DETERMINATI.....	90
25. L'IN REM VERSO.....	91
I. L'individuazione dell'in rem verso: conclusione del contratto da parte dell'alieni iuris e acquisizione dei beni al patrimonio del pater o del dominus, come se si trattasse di un reddito.	91
II. I requisiti della cosa versata.....	91
III. L'elenco delle cose versate come riportate nell'editto.....	93
IV. Le ipotesi non ricadenti nell'ambito dell'actio de in rem verso.	94
V. Il calcolo del valore della cosa versata.....	95
26. I REQUISITI DELL' ACTIO DE IN REM VERSO.....	96
I. I soggetti	96
II. La presenza di 'in rem verso'	97
III. L'onere della prova.....	98
27. I RAPPORTI FRA ACTIO DE IN REM VERSO E ACTIO DE PECULIO	98
I. Analisi di G.4.74, I.4.7.5 e D.15.3.1 pr.,1.....	98
II. Le comuni fra actio de in rem verso e actio de peculio	101
III. Le opinioni espresse in dottrina.....	102
CAPITOLO VII L'ACTIO TRIBUTORIA: UN'ALTRA POSSIBILE ORIGINE DELLA RESPONSABILITÀ LIMITATA	105
28. CARATTERI DELL'ACTIO TRIBUTARIA	106
I. La legittimazione passiva.....	106
II. La legittimazione attiva	107
III. La gestione dell'attività imprenditoriale in relazione a beni peculiari	107
IV. Imprescrittibilità dell'azione e trasmissibilità agli eredi.....	107

29. REQUISITI PER L'ESERCIZIO DELL' <i>ACTIO TRIBUTORIA</i>	108
I. Esistenza di beni individuati dal proprietario e affidati alla gestione imprenditoriale.....	108
II. La conoscenza da parte degli aventi potestà dei negozi posti in essere dall' <i>alieni iuris</i> : il volere, il non <i>nolens</i> , e la tolleranza.....	111
III. La presenza del dolo.....	113
30. LA REGOLA DELLA SEPARAZIONE APPLICABILE NELL' <i>ACTIO TRIBUTORIA</i>	115
I. Per obbligazioni sorte in luoghi diversi si applicano diverse azioni di ripartizione.....	115
II. Per le diverse obbligazione assunte dallo stesso soggetto in <i>potestà</i> , con diverse <i>merces peculiares</i> , si applicano diverse azioni di ripartizione.....	115
31. LA CONDIZIONE DI PRIVILEGIO BASATO SULLA SEPARAZIONE DEL PATRIMONIO NELL' <i>ACTIO TRIBUTORIA</i>	116
I. La priorità del diritto del creditore.....	116
II. La priorità sulla petizione avente ad oggetto diritti reali	117
III. Il soddisfacimento del diritto dei creditori in proporzione alle rispettive quote.....	118
IV. Imprescrittibilità dell'azione e trasmissibilità agli eredi.....	118
V. La garanzia per la priorità della pretesa	118
32. IL RAPPORTO TRA L' <i>ACTIO TRIBUTORIA</i> E LE <i>ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS</i>	118
I. Le diverse opinioni espresse in dottrina.....	118
II. La posizione dell' <i>actio tributoria</i> nelle Istituzioni di Gaio e di Giustiniano.....	119
III. La natura comune all' <i>actio tributoria</i> e alle <i>actiones adiecticiae qualitatis</i>	120
CAPITOLO VIII UNITARIETÀ DELLA CATEGORIA DELLE <i>ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS</i> NEL DIRITTO ROMANO E DISTINZIONE NEL DIRITTO MODERNO.....	124
33. LE <i>ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS</i> QUALE STRUMENTO PER COLMARE PER LA LACUNA IN TEMA DI OBBLIGAZIONI DA ATTI LECITI COMPIUTI DA SOGGETTI DETERMINATI.....	124
34. IL MODELLO DI IMPRESA ROMANA FONDATA SULLE <i>ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS</i>	127
I. Il modello di gestione in cui il proprietario è distinto dal manager, basato sulla <i>praepositio</i> : le diverse forme di <i>praepositio</i> nelle azioni; <i>praepositio</i> e nesso causale fra responsabilità dell'imprenditore affare gestito dal <i>manager</i>	128
II. Il modello della ripartizione del rischio nella gestione dell'impresa basato sulla separazione dei patrimoni	130
III. I tipi di organizzazione di impresa basati sulla <i>praepositio</i> e sulla separazione dei patrimoni	132
35. IL SISTEMA INTEGRATO DELLE <i>ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS</i>	132
I. Interazione tra azioni per far valere forme di responsabilità illimitata e forme di responsabilità limitata	132
II. Interazione tra azioni per far valere forme di responsabilità limitata	133
36. LA OBBLIGAZIONE <i>IN SOLIDUM</i> NELLE <i>ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS</i>	133
I. Il rapporto fra ' <i>in solidum</i> ' nel diritto romano e "in solido" nel diritto moderno.....	133
II. L' <i>'in solidum'</i> nelle <i>Institutiones</i> gaiane.....	135
III. L' <i>'in solidum'</i> nell' <i>Institutiones</i> giustiniane	136
IV. L' <i>'in solidum'</i> nei Digesta giustiniane	137
V. Conclusione	138
37. LA DIFFUSIONE DELL'OBBLIGAZIONE <i>IN SOLIDUM</i> NEL SISTEMA DEL DIRITTO ROMANO.....	139
I. I modelli della obbligazione in solido nel codice civile: il modello della definizione unitaria del codice civile italiano, argentino, brasiliano; il modello delle definizioni distinte del codice civile napoleone e tedesco; il modello del codice civile di Taiwan, giapponese; la comparazione tra l'obbligazione in solido moderna e l'obbligazione in <i>solidum</i> romana	139
II. La legislazione attuale cinese sull'obbligazione solidale: le disposizioni contenute nei Principi Generali del Diritto Civile della Repubblica Popolare Cinese (1986); la responsabilità solidale nella disciplina riguardante l'organizzazione dell'impresa; la responsabilità solidale nelle leggi sul lavoro; la responsabilità solidale nella Legge sulla sicurezza alimentare (2009)	142
III. La mancanza di uniformità nella legislazione cinese in materia di obbligazioni solidali: la confusione tra 'obbligazione solidale' e 'responsabilità solidale'; la confusione tra responsabilità solidale, responsabilità illimitata e responsabilità solidale illimitata	145
IV. Rapporto tra 'solidale' e 'illimitata'	147
V. L'elaborazione di una soluzione ai fini di una maggiore uniformità nell'attuale legislazione cinese sul tema delle obbligazioni solidali	149

38. IL MUTAMENTO E LA SEPARAZIONE DELLE <i>ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS</i> NEL DIRITTO CIVILE MODERNO	151
I. Il mutamento degli istituti	151
II. Il mutamento del sistema dell'organizzazione dell'impresa nel diritto civile moderno	152
III. L'evoluzione del regime degli atti leciti compiuti dal terzo dettato in relazione alle <i>actiones adiecticiae qualitat</i> is	153
IV. Cenni ai principi comuni al sistema delle obbligazioni cinese: il sistema cinese delle obbligazioni derivante da atto del terzo; assenza dell'istituto della rappresentanza commerciale; la soluzione dall'art. 402 della Legge sui Contratti; il conflitto tra l'art. 402 della Legge sui Contratti e l'art. 63 dei Principi Generali del Diritto Civile	154
CONCLUSIONI	158
INDICE DELLE FONTI	161
BIBLIOGRAFIA	164

Capitolo I Le *actiones adiecticiae qualitatatis* in generale

1. Dottrina moderna

In dottrina ancora si discute se nel periodo della storia romana che va dal secondo secolo a.C. al secondo secolo d.C., durante il quale Roma si è trovata al centro di un'economia di scambio sviluppata su scala 'mondiale', vi sia stato un diritto commerciale². Tuttavia, lo studio del rapporto tra i sistemi economici e quelli giuridici non è mai cessato, sia all'interno del sistema giuridico romanistico che in quello anglo-americano. Per quanto riguarda il diritto romano, lo studio di tematiche riconducibili a quello che oggi viene definito come diritto commerciale è un ambito importante, il cui contenuto include molti istituti specifici e, quindi, la produzione di scritti in materia è stata piuttosto ampia; relativamente a quelli che ho potuto consultare, ho notato che a partire dal ventesimo secolo oggetto dell'attenzione degli studiosi in materia sono stati sia i 'sistemi macroscopici' che gli 'istituti microscopici'.

A questo proposito, possiamo brevemente richiamare:

A) In tema di principi generali del diritto commerciale: lo studio di Serrao sul diritto privato dal punto di vista dell'economia e della società³; lo studio generale sul diritto commerciale romano condotto da Cerami, Di Porto e Petrucci⁴;

B) In tema di studi sul sistema organizzativo dell'attività imprenditoriale: il lavoro sulla società nel diritto romano di Arangio Ruiz⁵; le ricerche sull'impresa collettiva e lo schiavo 'manager' nella Roma antica di Di Porto⁶;

C) In tema di soggetti operanti nell'attività commerciale: lo studio sulle persone

² Cfr. A. DI PORTO, *Il diritto commerciale romano una 'zona d'ombra' nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo III*, Napoli, 1997, 413 ss.

³ Cfr. F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Napoli, 2006.

⁴ Cfr. P. CERAMI – A. DI PORTO – A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*(2), Torino, 2004.

⁵ Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1965.

⁶ Cfr. A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica* (II sec.a.C.-II sec. d.C.), Milano, 1984.

nel dritto privato romano di Albanese⁷;

D) Per quando riguarda i lavori incentrati su argomenti più specifici⁸: lo studio su impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale di Serrao⁹; il lavoro sulla connessione tra *actiones adiecticiae qualitis* e la rappresentanza diretta di Wacke¹⁰; quello sulla rappresentanza della Miceli¹¹; quello sulle *actiones adiecticiae qualitis*, ancora condotto dalla Miceli¹²; lo studio sull'*institor* nella Roma antica di J.J.Aubert ecc¹³.

Sia la categoria delle *actiones adiecticiae qualitis* che le singole azioni prese singolarmente sono state spesso oggetto di studio. Per molto tempo l'attenzione degli studiosi si è concentrata sul rapporto tra le *actiones adiecticiae qualitis* e la rappresentanza; successivamente, gli interessi delle ricerche si sono estesi al fondamento giuridico del strumento dell'organizzazione imprenditoriale romana¹⁴.

Relativamente ai contributi che ho consultato, ritengo opportuno richiamare separatamente quanto di rilievo è emerso dalle opere di carattere istituzionale e quanto è emerso da articoli e monografie.

I. Le *actiones adiecticiae qualitis* nelle opere istituzionali

Le istituzioni di diritto romano di Bonfante, Arangio Ruiz, Talamanca, Burdese e Marrone hanno affrontato il tema delle azioni adietizie. In tali opere queste azioni

⁷ Cfr. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979.

⁸ Cfr. M. MICELI, *Studi sulla 'Rappresentanza' nel diritto romano* (1), Milano, 2008; M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitis'*, Torino, 2001; J. J. AUBERT, *Business managers in ancient rome: a social and economic study of institores, 200 B.C.-A.D. 250*, Leiden, 1994; J. Andreau, *Banking and business in the roman world*, New York, 1999; A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a. C. metà del III secolo d. C.)*, Napoli, 1991; J.M.FRAYS, *Subsistence farming in roman Italy*, London, 1979; W.V.HARRIS, *Roman terracotta lamps: The organization of an industry*, JRS70, 1980; T. HELEN, *Organization of roman brick production in the first and second centuries*, Helsinki, 1975.

⁹ Cfr. F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 2002.

¹⁰ Cfr. A. WACKE, *Le azioni adietizie*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne ricerche dedicate AF. Gallo 2*, Napoli, 1997, 583-615.

¹¹ Cfr. M. MICELI, *Studi sulla 'rappresentanza' nel diritto romano* (1), cit. 31-87.

¹² Cfr. M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitis'*, cit.

¹³ Cfr. J. J. AUBERT, *Business managers in ancient Rome: a social and economic study of institores, 200 B.C.-A.D. 250*, cit., 46ss.

¹⁴ Cfr. F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 17-64; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in roma antica* (II sec.a.c. -IIsec.d.c.), cit., 423ss; P. CERAMI - A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano*, Torino, 2002, 43-67.

vengono sempre considerate insieme, come gruppo di azioni aventi una stessa natura, sia con il nome generale “*actiones adiecticiae qualitatis*”, sia con un altro nome, oppure, ancora, senza un nome generale.

Il Bonfante descrive tali azioni nel paragrafo avente ad oggetto “l’ obbligazione delle persone *alieni iuris*” e rileva che “le azioni sono denominate dai commentatori *actiones adiecticiae qualitatis*”¹⁵. Gli studiosi successivi, in prevalenza, seguono il Bonfante. Arangio Ruiz ritiene che, sebbene la rappresentanza diretta sia esclusa in via di principio dal diritto romano, tuttavia, le azioni *exercitoria* e *institoria* che vengono concesse anche se il capitano della nave o il preposto all’azienda terrestre non sono soggetti alla potestà di alcuno e, l’azione *quasi institoria*, concessa contro l’interessato in base al contratto del *procurator omnium bonorum*, costituiscono un’ammissione evidente della rappresentanza diretta¹⁶.

Il Talamanca, nel discutere la connessione fra le *actiones adiecticiae qualitatis* e la rappresentanza diretta, sottolinea che “quando il *magister navis* o l’*institor* per cui è avvenuta la *praepositio* non siano sottoposti alla *potestas* del preponente, e si ha qui, sia pur con un funzionamento unilaterale, un caso che, in certo qual modo, può essere avvicinato alla rappresentanza diretta”¹⁷. Il Burdese ritiene che queste azioni sanzionino una responsabilità dell’avente potestà che si aggiunge all’obbligazione civile o anche solo naturale in cui incorre il soggetto a potestà per il negozio obbligatorio da lui contratto¹⁸. Il Marrone sottolinea che gli interpreti adottarono, per tale categoria di azioni, la denominazione di *actiones adiecticiae qualitatis* per esprimere che nelle ipotesi ad esse relative veniva in considerazione una responsabilità aggiunta, cioè, “la responsabilità del *dominus* sanzionata da *actio* che si aggiungeva a quella ‘naturale’ del servo”¹⁹.

II. Le *actiones adiecticiae qualitatis* nelle opere monografiche e negli articoli di diritto romano

I contributi sulle *actiones adiecticiae qualitatis* possono dividersi in studi che affrontano argomenti di portata più generale e studi che ne affrontano argomenti più

¹⁵ P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987, 147.

¹⁶ V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*(14), Napoli, 2006, 95-96.

¹⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990,86.

¹⁸ A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* (3), Torino, 1975, 509, nt.1.

¹⁹ M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1994, 197.

specifici. Tra i primi possono annoverarsi quelli relativi: alla connessione fra le *actiones adiecticiae qualitis* e la rappresentanza diretta; alla connessione fra tali azioni e il sistema organizzativo dell'attività imprenditoriale; la connessione fra tali azioni e la 'personalità giuridica' allo schiavo²⁰; la connessione fra tali azioni e la protezione dei contraenti.

La dottrina dominante afferma una connessione fra le *actiones adiecticiae qualitis* e la rappresentanza diretta. Lo studio di Wacke si concentra sul rapporto tra l'origine della rappresentanza diretta e tali azioni, investigando la natura delle azioni e la *praepositio* nell'*actio exercitoria* e quella *institoria*, facendo una comparazione tra le azioni e l'istituto della rappresentanza nel BGB e HGB. Wacke propone che tali azioni costituiscano i *principia* originari rispetto della rappresentanza diretta, con queste, si intraprende la prima tappa del passaggio dalla rappresentanza indiretta a quella diretta. Tale passaggio, i cui cardini sono costituiti dall'introduzione e estensione delle azioni, si può suddividere in quattro momenti: il primo, caratterizzato dall'affermarsi, con le azioni *institoria* ed *exercitoria*, di una rappresentanza diversa da quella indiretta; il secondo, relativo all'assunzione unilaterale della responsabilità dal lato passivo; il terzo, caratterizzato dall'estensione al di fuori dell'ambito commerciale della rappresentanza dal lato passivo per mezzo di azioni *ad exemplum institoriae actionis*; l'ultimo, relativo all'eliminazione della responsabilità personale dell'incaricato per i contratti da lui conclusi in nome del mandante²¹. Lo studio dell'autore tedesco mette in evidenza l'evoluzione dell'istituto nel sistema romanistico e la comparazione tra il diritto romano e quello moderno.

Lo studio della Miceli dimostrerebbe la connessione fra le *actiones adiecticiae qualitis* e la rappresentanza diretta. La sua ricerca, che inizia con un'indagine sulla formula delle azioni, in base ad un'analisi critica della ricostruzione delle formule proposta da Keller e Lenel, sottolinea i limiti e gli aspetti controversi di queste ultime ricostruzioni: in primo luogo le fonti relative alle azioni sembrano contraddire decisamente l'idea che il *pater familias* si obblighi solo in virtù della *litis contestatio*.

²⁰ A. DI PORTO, *Il diritto commerciale romano una 'zona d'ombra' nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, cit., 413 ss.

²¹ A. WACKE, *Le azioni adiecticiae*, cit., 585ss. Per quando riguarda il ruolo dell'*actio quasi institoria* per la rappresentanza, cfr. M. MICELI, *Studi sulla 'rappresentanza' nel diritto romano (1)*, cit., 19.

Viene dunque criticata la tesi del Keller, secondo il quale i *patres familias* agiscono ‘come se fossero dei *defensores* dei *fili* o dei servi’, perché l’indagine storica nega la possibilità di una capacità a contrarre obbligazioni degli schiavi e, di conseguenza, negherebbe anche il potere di essere *defensor* dell’*alieni iuris* nell’*intentio*. In secondo luogo, le azioni sanzionano una responsabilità propria del *pater familias*, quindi non sarebbe condivisibile la tesi del Keller e del Lenel, i quali sostengono che nell’*intentio* delle azioni debba menzionarsi l’*obligatio* del *filius*, del preposto, o l’*obligatio naturalis* dello schiavo. Infine, nelle fonti si legge chiaramente che nelle azioni ad essere *obligatus* è il *pater familias*, cioè il padre di famiglia o il padrone o il preponente. Come conseguenza di tali osservazioni, la studiosa ritiene che la responsabilità derivante dalle *actiones adiecticiae qualitatis* sia una responsabilità aggiunta e riconosce la possibilità che il padre di famiglia o il padrone o il preponente possono acquistare l’obbligazione tramite l’attività contrattuale di altri. Afferma, altresì, la connessione tra tali azioni e la rappresentanza²². Dopo sette anni, sulla base del primo contributo, la Miceli estende il suo studio da una ricerca esegetica ad un lavoro relativo alla posizione delle azioni adiecticie nel sistema sotto un profilo storico, indagando, inoltre, il rapporto tra le azioni e la rappresentanza dal punto di vista dell’obbligazione derivante dall’attività negoziale di altri. Nel suo contributo la studiosa sostiene che, sebbene il diritto romano non elaborò mai un concetto tecnico ed unitario di rappresentanza, tuttavia nelle fonti vi sono ipotesi e soluzioni che riguardano certamente casi di sostituzione negoziale, cioè le *actiones adiecticiae qualitatis*²³.

Diversa ed opposta è l’opinione del Buckland, secondo il quale la responsabilità del *pater familias* non deriva dalla rappresentanza, ma è uno strumento per la distribuzione del rischio.

Il *praetor*, secondo tale impostazione, avrebbe creato tali tipi di azioni per agevolare l’utilizzo della forza lavorativa degli schiavi e dei figli che, non avendo la capacità di agire e quindi la possibilità di gestire l’impresa, non avrebbero potuto altrimenti essere pienamente utilizzati. Attraverso tali azioni si sarebbe potuto altresì ottenere uno strumento per distribuire i rischi, cioè: chi prepone l’*insitor* alla gestione

²² M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle ‘actiones adiecticiae qualitatis’*, cit., 185-224.

²³ M. MICELI, *Studi sulla rappresentanza nel diritto romano (I)*, cit., 1-8.

è allo stesso tempo responsabile per i rischi e ciò non ha niente a che fare con la rappresentanza²⁴.

Lo studio del Serrao non si limita alla connessione fra le azioni e la rappresentanza, ma investe le azioni e il sistema organizzativo dell'attività imprenditoriale in base ad un'indagine storica. L'autore conclude riassumendo i quattro cardini organizzativi dell'impresa romana: innanzi tutto questa presuppone il carattere potestativo della famiglia romana; in secondo luogo, la funzione manageriale dello schiavo; in terzo luogo, deve richiamarsi il fenomeno economico, prima, e la figura giuridica, poi, del peculio; infine, una situazione di conoscenza e volontà del *dominus* o *pater*, "che va dalla semplice *scientia*, alla *voluntas*, alla *praepositio*"²⁵. Assume rilievo, dunque, la rilevanza esterna nei confronti dei terzi dell'impresa e i rapporti con l'imprenditore vengono ricondotti a diversi livelli. In base ai principi da ultimo richiamati "si vengono a costituire i tipi a responsabilità illimitata o limitata; in base a questi principi ancora e nel clima economico descritto va sorgendo il concetto che noi chiamiamo d'impresa e quello di azienda"²⁶.

Di Porto, per quanto riguarda le soluzioni romane dell'organizzazione imprenditoriale, concentra l'attenzione sull'impiego manageriale dello schiavo, come *praepositus* o come organo di un peculio, per organizzare sia l'impresa individuale sia l'impresa collettiva, affrontando il tema, nel secondo caso, dall'angolo visuale dell'*exercere negotiationes per servos communes*²⁷. Per quanto attiene il profilo del rapporto tra economia e sistema giuridico, lo studioso ritiene che le azioni adiettizie costituiscano il sistema giuridico per l'organizzazione dell'impresa romana; ritiene, inoltre, che il periodo compreso tra il secondo sec. a.C. e il secondo sec. d.C. possa considerarsi come il picco della diffusione del fenomeno dello schiavo 'manager', fenomeno in riferimento al quale svolge indagini circa la responsabilità dell'*exercitor* o dell'imprenditore. Lo studioso, poi, analizza il ruolo delle azioni adiettizie in riferimento agli schemi dell'impresa a responsabilità illimitata e limitata

²⁴ W.W. BUCKLAND – A. D. MCNAIR, *Roman law and common law* (2), Cambridge, 1974, 217-220.

²⁵ F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 20.

²⁶ F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 17-64. In particolare, l'ultima citazione è stata tratta da p.21.

²⁷ A. DI PORTO, *Il diritto commerciale romano una 'zona d'ombra' nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, cit., 413 ss.

e, attraverso il suo studio, dimostra il processo di conversione dalla rappresentanza civile alla quella commerciale²⁸.

La visione di Cerami è vicina a quella di Di Porto. Esso ritiene che tra le funzioni di tali azioni vi sia anche quella di costruire i tipi organizzativi dell'impresa romana. Tale Autore, svolge, inoltre, indagini circa l'ordine cronologico delle azioni adietizie²⁹.

Un ulteriore lavoro di rilievo sulle azioni adietizie sotto i profili collegati al sistema economico è quello di Aubert sui *business managers* romani. Concentrando l'attenzione sull'*institor* romano nel periodo compreso tra il 200 a.C. e il 250 d.C., l'autore indaga l'origine dell'*institor* nel commercio romano, includendo fenomeni simili a quello dell'institore anche nell'impresa artigianale e agricola e analizzando l'ordine ed il contenuto delle azioni. Inoltre, diversamente dagli altri, gli afferma l'esistenza di una connessione fra le azioni adietizie e la rappresentanza nel diritto romano³⁰. Il suo studio descrive il ruolo delle azioni adietizie nel corso dello sviluppo dell'economia romana sotto profili economici e sociali.

L'Albanese ritiene che le azioni adietizie costituiscano la fonte di una responsabilità adietizia del *dominus* o di altro titolare di poteri sul servo. Tale responsabilità si basa sui tre elementi: *iussus*, *praepositio*, esistenza di un *peculium*. Nel concentrare l'attenzione su questi tre elementi, lo studioso compie indagini su ogni tipo di azione adietizia. La differenza tra il suo studio e gli altri è nel fatto che egli considera le azioni adietizie come un fenomeno storico tramite il quale gli *alieni iuris* acquistano la capacità di compiere una gestione di fatto³¹. Tale lavoro mostra come il *praetor* riconoscesse la capacità d'agire ai soggetti a potestà e li rendesse come dei mediatori del *pater familias* per esercitare la gestione³².

Il Petrucci nello studio sulle azioni adietizie introduce ulteriori osservazioni sulla protezione del contraente che conclude il contratto con la persona preposta

²⁸ A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec. a.C.-IIsec.d.C.)*, cit., 18-46.

²⁹ P. CERAMI – A. DI PORTO – A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano (2)*, cit., 11-41.

³⁰ J. J. AUBERT, *Business managers in ancient rome: a social and economic study of institores*, 200 B.C.-A.D. 250, cit., 46-100.

³¹ A. GUARINO, *Actiones adiecticiae qualitatis*, in *Estratto dal Novissimo Digesto Italiana*, Torino, 1958.4.

³² B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 146-162.

dall'imprenditore. Compie approfondimenti circa la pubblicità della *praepositio*, circa il sostituto nominato dal *magister*; circa il diritto di agire alternativamente contro l'*institor* o l'imprenditore; circa la *ratio* delle azioni adiettizie. Tale autore sostiene inoltre che le azioni non solo sono il fondamento del sistema organizzativo dell'attività imprenditoriale romana, ma anche un'estensione del rimedio civile per la protezione dei terzi contraenti³³.

Per gli approfondimenti relativi ad ogni singolo tipo di *actiones adiecticiae qualitatatis* si rimanda ai capitoli successivi.

2. L'origine della denominazione "*actiones adiecticiae qualitatatis*"

Il Bonfante rileva che la denominazione di *actiones adiecticiae qualitatatis* trova uno spunto nelle fonti romane³⁴, il Talamanca aggiunge "esse sono state chiamate così dalla dottrina medievale con un infelice aggancio testuale ad un'espressione adoperata da Paolo, in D.14.1.5.1"³⁵. Nessuno degli studiosi della materia sembra muovere obiezioni su questo punto.³⁶ Perciò, il mio studio deve cominciare dal testo di Paolo riportato in D.14.1.5.1: *Item si servus meus navem exercebit et cum magistro eius contraxero, nihil obstat, quo minus adversus magistrum experiar actione, quae mihi vel iure civili vel honorario competit: nam et cuivis alii non obstat hoc edictum, quo minus cum magistro agere possit: hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur.*

Secondo la *Palingenesia Iuris Civilis* del Lenel, questo frammento è tratto dal libro 29 del commentario all'editto di Paolo, dalla parte relativa all'*actio exercitoria*³⁷, mentre, i seguenti affrontano il tema delle *actiones institoria* e *tributoria*. L'ordine della trattazione di queste azioni è lo stesso che si ritrova nel Digesto.

I. I problemi affrontati in D.14.1.5.1

Contesto in cui il frammento è inserito: il contenuto del primo titolo del libro 14

³³ A. PETRUCCI, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli institores ed i magistri navis nel diritto romano dell'età commerciale*, IVRA LIII, 2002, 17-56.

³⁴ P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 147, nt51.

³⁵ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 85.

³⁶ A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*(3), cit., 509, nt.1; A. WACKE, *Le azioni adiettizie*, cit., 585.

³⁷ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*(1), Leipzig, 1889, 1024.

del Digesto riguarda l'*actio exercitoria*. Secondo l'editto, quando l'*exercitor* ha preposto gli schiavi, i figli o i sottoposti alla gestione di un affare di commercio navale, il terzo contraente può agire contro l'*exercitor* con l'*actio exercitoria*.

Per chiarire l'ipotesi discussa nel frammento si devono considerare alcuni presupposti: il *dominus* ha dato il peculio al suo schiavo per esercitare l'impresa; lo schiavo esercita l'impresa di navigazione ed ha preposto un *magister navis*; il *dominus* ha concluso un contratto con il *magister*; il *magister* non adempie il contratto. La questione riguarda il rimedio che il *dominus* può chiedere.

II. Analisi delle parole chiave: *hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur*

La maggiore difficoltà nella comprensione del testo in esame riguarda l'ultima frase: *hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur*. Nella traduzione in italiano del Digesto a cura di Schipani, per chiarire il contenuto, sono stati aggiunti tre componenti nella traduzione del frammento: l'oggetto diretto del primo verbo della prima frase, cioè *transfertur*: l'*actio exercitoria*; una determinazione del soggetto contro cui *transfertur* l'azione: contro il *magister*; l'oggetto del verbo della seconda frase, cioè *adicitur*: un'azione nuova³⁸. La mia traduzione in cinese del frammento ha accolto quanto aggiunto nella traduzione in italiano.

La traduzione proposta da Cerami è “infatti in questo editto l'azione non è trasferita, ma è aggiunta”³⁹. Poi, l'autore spiega che tale soluzione è legata alla volontà di “sottolineare che l'azione pretoria non comporta il trasferimento della responsabilità dall'effettivo contraente al *dominus negotii*, sebbene l'aggiungersi della responsabilità pretoria di quest'ultimo alla responsabilità diretta (naturale o civile) del contraente”⁴⁰. L'opinione del Wacke è che l'azione “non subisce un trasferimento, ma si affianca a un'azione già esistente”⁴¹.

Credo si possa confermare che in questa frase si voglia negare il trasferimento. Sebbene l'oggetto di trasferire sia stato omissso, tuttavia, non si può comunque negare

³⁸ Cfr. *Digesti o pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione (IX—XIV)[M]*, a cura di Sandro Schipani con la collaborazione di Lelio Lantella, Milano, 2007. La mia traduzione cinese dei libri 14 e 15 segue questa traduzione.

³⁹ P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano*, cit., 43-44.

⁴⁰ P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano*, cit., 44.

⁴¹ A. WACKE, *Le azioni adiettizie*, cit., 585.

che vi sia un qualcosa *adicitur*, un ulteriore problema è costituito dal fatto che, anche per quanto riguarda questo secondo verbo, l'oggetto non è palesemente specificato nel testo.

Torniamo all'inizio del frammento, *Item si servus meus navem exercebit et cum magistro eius contraxero, nihil obstat, quo minus adversus magistrum experiar actione, quae mihi vel iure civili vel honorario competit: nam et cuivis alii non obstat hoc edictum, quo minus cum magistro agere possit*, il contraente può esercitare l'azione contro il *magister* sia in base allo *ius civile* che allo *ius honorarium*, perciò deduciamo che l'azione contro il *magister* o la responsabilità del *magister* non dovrebbe essere l'oggetto di *adicitur*.

Nel testo viene sottolineato che *non obstat hoc edictum*, è dunque necessario comprendere di cosa parli *hoc edictum*. Andiamo al *principium* del primo frammento del titolo: *Utilitatem huius edicti patere nemo est qui ignoret. Nam cum interdum ignari, cuius sint condicionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur, qui institorem tabernae vel negotio praeposuit, cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro quam institore. Quippe res patitur, ut de condicione quis institoris dispiciat et sic contrahat: in navis magistro non ita, nam interdum locus tempus non patitur plenius deliberandi consilium*. Dal contesto, si evince, dunque, che *hoc edictum* riguarda l'*actio exercitoria*, creata dal pretore in base ad un principio di equità (*aequum fuit*) e quindi, tornando a D. 14.1.5.1, sembra potersi dire che, in base allo stesso principio sia riconosciuta anche al *dominus* la possibilità di agire contro l'*exercitor*, ovvero, contro il suo stesso schiavo. Sebbene a causa della dipendenza economica dello schiavo dal *dominus* sembra che ciò non abbia senso, tuttavia, considerando che lo schiavo 'ha' un *peculium*, che assume la configurazione di 'patrimonio separato' del *dominus*, separato dal restante suo patrimonio, la *res domini*⁴², la puntualizzazione operata dal giurista romano acquista significato.

Il problema che successivamente viene in rilievo, riguarda il fatto che tale nuova azione potrebbe essere in conflitto con l'azione contro *magister*, dato che entrambe fanno riferimento ad una stessa obbligazione derivante dal comportamento contrattuale del *magister*. Tale conflitto apre il campo a due possibilità: l'azione

⁴² A. DI PORTO, *Il diritto commerciale romano una 'zona d'ombra' nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico comparative dei commercialisti*, cit., 413ss.

nuova sostituisce quella vecchia, oppure entrambe coesistono.

III. Le soluzioni offerte dai giuristi romani

La soluzione di Paolo, che sembra potersi ricavare dal frammento, è quella per cui il terzo contraente può agire non solo contro il *magister* secondo lo *ius civile* o lo *ius praetorium*, ma anche contro l'*exercitor*. Cioè il terzo che contrae con il *magister* può agire anche contro l'*exercitor* con questa azione, cioè l'*actio exercitoria*, la quale, tra l'altro, non impedisce di agire altresì contro il *magister*, perché l'editto, appunto, non opera un trasferimento tra azione contro il *magister* e azione contro l'*exercitor*. Non si tratta, dunque, di una sostituzione dei soggetti responsabili. Quindi, nel caso in cui il *magister* abbia la capacità di contrarre obbligazioni secondo il diritto civile, queste due azioni potrebbero coesistere.

Questa impostazione, tuttavia, sembra in conflitto con l'opinione di Ulpiano riportata in D.14.1.1.24 tratto da 28 ad ed. *Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur, et ideo, si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest. sed si quid sit solutum, si quidem a magistro, ipso iure minuitur obligatio: sed et si ab exercitore, sive suo nomine, id est propter honorariam obligationem, sive magistri nomine solverit, minuetur obligatio, quoniam et alius pro me solvendo me liberat*. In questo testo, infatti, Ulpiano ritenne che il terzo contraente avesse soltanto potuto scegliere un'azione: quella contro il *magister* oppure quella contro l'*exercitor*; il pagamento effettuato da uno dei due avrebbe potuto considerarsi come adempimento dell'obbligazione. Ulpiano sottolineò che in questo caso sarebbe esistita soltanto un'obbligazione, in base alla quale ci sono due forme di adempimento che si escludono reciprocamente.

Se applichiamo la soluzione di Ulpiano al caso discusso in D.14.1.5.1, da un punto di vista formale, sembra poter essere in conflitto, perché Paolo sottolinea che l'*actio exercitoria* è indipendente dall'azione contro il *magister* e per questo ha usato "*adicitur*". Ebbene, dalla spiegazione di Paolo, possiamo dedurre che ci sono due obbligazioni; il terzo contraente potrebbe, dunque, esercitare le due azioni sulla base di quelle? Dal testo di Paolo non emerge una risposta diretta a questa domanda, ma soltanto una soluzione del primo problema, cioè il terzo contraente ha il diritto di agire sia contro il *magister* che contro l'*exercitor*. Il passo di Ulpiano ha risolto il secondo problema, cioè come concretamente si esercita tale diritto di azione. Resta comunque un dubbio da risolvere: dal passo di Paolo, non riusciamo a sapere se

l'obbligazione concluso dal *magister* sia unica o no. Perciò non possiamo dire che l'opinione di Paolo sia in conflitto con quella di Ulpiano. Il passo di Paolo, infatti, conferma solo la possibilità di agire con l'*actio exercitoria*, però, per quanto riguarda il come avrebbe questa dovuto essere esercitata, e il come avrebbe dovuto essere gestito il rapporto tra questa e l'altra azione civile, non può nascondersi che Paolo non abbia dato una risposta chiara quanto quella di Ulpiano.

Accursio interpreta la frase *hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur* del frammento riportato in D.14.1.5.1⁴³, sottolineando che il termine "*adicitur*" dimostra che l'azione pretoria non comporta il trasferimento della responsabilità dall'effettivo contraente al *dominus negotii*, bensì l'aggiunta della responsabilità pretoria di quest'ultimo alla responsabilità diretta (naturale o civile) del contraente⁴⁴. Orbene possiamo dedurre che il pretore non ha trasferito l'azione civile, ma ha aggiunto un'azione nuova. E questa azione nuova è l'*actio exercitoria*, la quale viene aggiunta a quella già esistente fra il *magister* e il terzo contraente, si tratta dunque di un'azione aggiuntiva all'azione civile.

Accursio, nell'analizzare le parole "*praeterea introducta* contenute nel paragrafo I.4.7.4, ha citato, insieme, le sei azioni: l'*actio exercitoria*, l'*actio insitoria*, l'*actio quod iussu*, l'*actio de peculio*, l'*actio de in rem verso*, l'*actio tributaria*⁴⁵.

3. L'ordine cronologico delle *actiones adiecticiae qualitatis*: a) la stratificazione dell'Editto; b) la struttura sistematica delle Istituzioni

Nelle Istituzioni di Gaio viene riportato che la prima azione di tale categoria ad esser stata riconosciuta sia stata l'*actio quod iussu*, successivamente, l'*actio exercitoria*, l'*actio institoria*, l'*actio tributaria* e, poi, l'*actio de peculio* e l'*actio de in rem verso*. Nelle Istituzioni di Giustiniano viene seguito lo stesso ordine. Secondo l'ordine dell'Editto, seguito nel Digesto di Giustiniano, la prima è l'*actio exercitoria*, poi l'*actio insitoria*, l'*actio tributaria*, l'*actio de peculio*, l'*actio de in rem verso* e, in ultimo l'*actio quod iussu*.

Nell'opera accursiana, come più risalente torna ad essere indicata l'*actio quod*

⁴³ ACCVRSII, *Digestvm vetvs sev pandectarvm ivris civilis*, Venetiis, 1574, 975.

⁴⁴ P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano*, cit., 44.

⁴⁵ ACCVRSII, *Instit.Iustin. August.*, Venetiis, 1574, 714.

iussu, poi l'*actio exercitoria* e l'*actio institoria*, l'*actio tributoria*, l'*actio de in rem verso* e l'*actio de peculio*⁴⁶. Quest'ordine non è del tutto uguale a quello di Gaio rendendo quindi lo studio dell'ordine delle azioni un problema complesso. È, infatti, opinione comune che si tratti di un problema di difficile soluzione⁴⁷.

Nella dottrina vi è un'ampia discussione circa l'ordine cronologico delle *actiones adiecticiae qualitatis*; si distinguono, tuttavia, due opinioni dominanti. Una prima opinione tende ad affermare come corretto l'ordine riportato nelle Istituzioni di Gaio⁴⁸; la seconda sostiene, invece, che sia corretto l'ordine dell'Editto così come riportato nel Digesto. L'elemento centrale della distinzione si trova nella definizione del rapporto cronologico tra *actio exercitoria* e *actio quod iussu*⁴⁹. In riferimento alla prima opinione, gli studiosi che la appoggiano ritengono che il rimedio più antico sia l'*actio quod iussu* perché l'esistenza di uno *iussus* costituisce effettivamente una circostanza di portata assai specifica che avrebbe ben potuto sollecitare per la prima volta l'intervento del pretore⁵⁰. Per tale ragione Longo sostiene che Gaio abbia inteso mettere in rilievo lo *iussus* come comune denominatore valevole anche per l'azione *institoria* ed *exercitoria*⁵¹. Costa, Gandolfo e Solazzi ritengono, invece, che il rapido evolversi dei rapporti commerciali possa avere indotto il pretore alla concessione dell'*actio exercitoria* (e dell'*actio institoria*) prima ancora che fosse stata introdotta l'*actio quod iussu*⁵². Tale ultima impostazione riceve una significativa conferma dalle *Tabulae Pompeianae* (7,15,16,18⁵³).

Una possibile spiegazione potrebbe essere che l'ordine delle azioni abbia

⁴⁶ ACCVRSII, *Digestvm vetvs sev pandectarvm ivris civilis*, cit., 975.

⁴⁷ P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano*, cit., 45.

⁴⁸ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 160; G. LONGO, *Actio exercitoria- actio institoria -actio quasi institoria*, *Studi in onore di Gaetano Scherillo II*, Milano, 1972, 582; J. J. AUBERT, *Business managers in ancient Rome: a social and economic study of institores, 200 B.C.-A.D. 250*, cit., 76.

⁴⁹ P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano*, cit., 45.

⁵⁰ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 160.

⁵¹ G. LONGO, *Actio exercitoria- actio institoria -actio quasi institoria*, cit., 582, nt.5

⁵² E. COSTA, *Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano*, Parma, 1891; S. SOLAZZI, *L'età dell'actio exercitoria*, *Scritti di diritto romano*, IV (1938-1947), Napoli, 1963, 241-264.

⁵³ P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano*, cit., 45. Queste *tabulae* “scoperte nel 1959 a Murèdine e relative ad un complesso di operazioni economico finanziarie svolte fra il 37 ed il 39 d.C. da *Hesicus*, schiavo manager del liberto imperiale *Euenus*, e da *Diognetus*, schiavo gestore *nomine proprio* degli *horrea Bassiana publica* di Pozzuoli, dei quali era conduttore il suo *dominus Novius Cupaerus*”.

seguito due percorsi: quello del diritto pretorio e che viene riportato nell'editto e seguito nel Digesto; l'altro, collegato agli scritti dei giuristi romani, che emerge dalle Istituzioni⁵⁴. Ancora oggi, ad ogni modo, l'ordine cronologico dell'emersione delle *actiones adiecticiae qualitatis* resta un problema di difficile soluzione.

4. La natura delle *actiones adiecticiae qualitatis*

Il silenzio di Paolo e la diversa spiegazione di Ulpiano risultano ancora oggi essere alla base della discussione degli studiosi moderni sulla natura delle *actiones adiecticiae qualitatis*. Il nucleo della discussione ruota intorno alla la ricostruzione della formula.

I. Le formule con 'trasposizione di soggetti' proposte dal Keller e dal Lenel: nell'*intentio* andrebbe menzionato il soggetto che ha effettivamente concluso l'atto negoziale, mentre nella *condemnatio* andrebbe menzionato il *pater familias* o il *dominus* che è chiamato a rispondere dell'attività negoziale del soggetto sottoposto a potestà

La tesi proposta dal Keller e poi accettata e consolidata da Lenel è stata comunemente accolta nell'ambito della dottrina romanistica⁵⁵. Secondo questa tesi, le formule delle azioni rientranti nella denominazione di *actiones adiecticiae qualitatis* si basano sulla trasposizione dei soggetti: nell'*intentio* andrebbe menzionato il soggetto che ha effettivamente concluso l'atto negoziale, mentre nella *condemnatio* andrebbe indicato il *pater familias* o il *dominus* chiamato a rispondere dell'attività negoziale conclusa dal soggetto sottoposto a potestà. Il pretore ha fatto ricorso alla formula con trasposizione di soggetti, ad esempio, nel caso del *cognitor* e del *procurator*⁵⁶.

La ricostruzione delle formule delle *actiones adiecticiae qualitatis* proposta dal Keller è:

SI PARET TITUM MAGISTRUM A.°HS .X. M. DARE OPRTERE, IUDEX N.^m

⁵⁴ La mia opinione è maturata nel corso di una discussione con il Prof. Cardilli.

⁵⁵ Cfr. F. KELLER, *Il processo civile romano e le azioni*, Traduzione italiana a cura di Francesco Filomusi Guelfi con annotazioni di Nicola De Crescenzo, Napoli, 1872, 105-106; O. LENEL, *Das edictum perpetuum*(3), Leipzig, 1927, 257-286; P. CERAMI – A. DI PORTO – A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*(2), cit., 11; M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 21.

⁵⁶ M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 20.

EXERCITOREM A.° HS. X. M. CONDEMNA S.N.P.A.

Ovvero

QUOD A.S TITIO MAGISTRO M. MEDIMNOS TRITICI VENDIDIT. Q.D.R.A.,
QUICQUID OB EAM REM TITIVM A.° DARE FACERE OPORTET E. F. B., EIUS
N.M A.° CONDEMNA

“In un modo affatto simigliante trovansi regolate tutte le altre così dette actiones adiecticiae, fondate su simili idee giuridiche, segnatamente l'institoria, quod iussu, de peculio, de in rem verso e tributaria, sol che nelle tre ultime si accompagna una speciale condizione nella misura della condanna”⁵⁷.

Ad esempio, dunque, nella formula dell'*actio exercitoria*, si passa dal *magister* all'*exercitor*, come nel caso dei rappresentanti processuali, la cui formula, si ritiene, possa essere stata utilizzata come modello per la costruzione di quelle delle *actiones adiecticiae qualitatis*. Il principale doveva, quindi, rispondere per i negozi compiuti dal suo rappresentante, cioè il *pater* o il *dominus* o il preponente avrebbero dovuto rispondere degli effetti giuridici dei negozi posti in essere dai loro schiavi, figli o sottoposti. In sostanza, si procede ad imputare gli effetti conseguenti a tali negozi a soggetti differenti dagli originari titolari, che assumono il giudizio solo tramite la *litis contestatio*⁵⁸. Lenel ha seguito quasi totalmente la tesi proposta dal Keller⁵⁹.

Wacke ha seguito, a sua volta, tale tesi. Egli ritiene che la peculiarità delle *actiones adiecticiae qualitatis* consista nella modifica dell'azione di base (che può essere stata un'*actio civilis* o pretoria) e nella sostituzione della persona del convenuto, cioè, in luogo di colui che ha concluso il contratto, che appare quale legittimato passivo nell'*intentio* della formula, si sostituisce, nella *condemnatio*, il nome del *dominus negotii* o dell'avente potestà⁶⁰. Tale Autore sostiene, dunque, che le *actiones adiecticiae qualitatis* sono delle azioni onorarie con trasposizione del soggetto passivo, con le quali non si crea un nuovo rimedio, ma un riconoscimento passivo della tutela del diritto dei terzi. La stessa trasposizione di soggetti si verifica nel caso di subingresso di un *cognitor* o un *procurator* per conto del convenuto⁶¹.

⁵⁷ F. KELLER, *Il processo civile romano e le azioni*, cit., 105-106.

⁵⁸ M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 42.

⁵⁹ O. LENEL, *Das edictum perpetuum*(3), cit., 257-286.

⁶⁰ A. WACKE, *Le azioni adietizie*, cit., 585-586.

⁶¹ A. WACKE, *Le azioni adietizie*, cit., 585-586.

Analogamente, quando Albanese parla delle azioni contro il titolare del servo afferma che le azioni *exercitoria* e *insititoria*, nel processo formulare, erano (come quella *quod iussu*) caratterizzate sempre da una formula con trasposizione di soggetti⁶². Ritiene l'autore che nella formula di tali azioni l'*intentio* era basata sull'obbligazione naturale, invece nella *condemnatio*, il pretore comminava una responsabilità di *ius praetorium* al *pater*, al *dominus* o al preponente⁶³.

II. I dubbi rispetto alla tesi secondo la quale il pretore avrebbe concepito le formule delle azioni adiettizie tramite la 'trasposizione di soggetti'

Negli studi successivi sulle azioni adiettizie la ricostruzione delle formule proposta dal Keller viene messa in discussione. La Miceli, tenendo presenti gli studi del Keller e del Lenel, ha affrontato uno studio specifico e organico sulla struttura formulare delle azioni adiettizie e, relativamente all'opinione di Paolo riportata in D.14.1.5.1, ritiene "Paolo, infatti, giustifica la concessione dell'azione contro il *magister* proprio facendo leva sulla considerazione che l'introduzione dell'editto *de exercitoria actione* non determina un "trasferimento dell'azione" e, quindi, un mutamento del soggetto passivamente convenibile (*'hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur'*), ma solamente l'introduzione di un'ulteriore azione contro un soggetto differente da quello che concretamente ha posto in essere l'atto negoziale. In realtà, non siamo in grado di stabilire se la *traslatio actionis*, esclusa dal giurista, potesse riguardare l'eventuale assunzione del giudizio al momento della *litis contestatio*"⁶⁴.

Per la dottrina che sostiene l'ipotesi della 'trasposizione di soggetti', è necessario che il *pater* o il *dominus* abbiano agito come se fossero dei "*defensores* dei *filii* o dei servi"⁶⁵. A questo deve aggiungersi un ulteriore presupposto, cioè che nell'*intentio* delle azioni adiettizie si debba fare menzione dell'*obligatio* del *filius*, del preposto, o dell'*obligatio naturalis* dello schiavo. I limiti attribuiti dalla Miceli alla ricostruzione delle formule proposte dal Keller includono il fatto che il figlio in quell'epoca⁶⁶

⁶² B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 148.

⁶³ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 148, nt.641.

⁶⁴ M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 220.

⁶⁵ M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 27.

⁶⁶ Secondo la tesi che sarà oggetto di studio successivamente, e che appare preferibile, essi, infatti, acquistarono la piena capacità di obbligarsi solo agli inizi dell'età classica. Cfr. M. MICELI, *Sulla struttura*

ancora non avesse avuto riconosciuta la piena capacità giuridica e che il concetto di *obligatio naturalis* è tardo, riferibile molto probabilmente alla prima età classica⁶⁷. Inoltre, l'autrice sostiene che la menzione nell'*intentio* delle azioni dell'*obligatio* dello schiavo o del figlio contrasta principalmente con alcune testimonianze di fondamentale importanza presenti nelle fonti, in cui si legge chiaramente che, nel caso delle azioni adiettizie, ad essere *obligatus* è il *pater familias*, il *dominus* o il preponente⁶⁸.

III. La responsabilità derivante dalle *actiones adiecticiae qualitatis* è aggiuntiva: Le azioni adiettizie sancivano una responsabilità aggiuntiva dell'avente potestà mediante l'espedito tecnico dell'inserimento del nome del contraente nell'*intentio* e del nome dell'avente potestà nella *condemnatio*

La dottrina che sostiene per le formule delle azioni adiettizie la 'trasposizione di soggetti' collega la struttura di queste formule a quella delle azioni relative ad ipotesi di rappresentanza processuale, perciò assume che in questo caso nell'*intentio* dovesse essere menzionato il *filius* o il servo o il preposto, invece nel *condemnatio* il *praetor* sanciva la responsabilità del *pater* o del *dominus* o del preponente tramite il trasferimento dei soggetti⁶⁹.

Secondo lo studio della Miceli, lo schiavo o figlio non avrebbero potuto in questo periodo divenire il soggetto menzionato nell'*intentio* delle azioni, perciò non si sarebbe potuto applicare la formula utilizzata per i 'rappresentanti processuali', cioè, sia nell'*intentio* che nella *condemnatio*, avrebbe sempre dovuto farsi riferimento al *pater*, al *dominus* o al preponente. Quando lo schiavo o il figlio ottennero la capacità di contrarre obbligazioni, il terzo contraente avrebbe potuto scegliere di agire contro il contraente, cioè lo schiavo, il figlio o il sottoposto con l'azione contrattuale, oppure contro il *pater*, il *dominus* o il preponente con le azioni adiettizie. E l'esperimento di una di queste due azioni (di quella contrattuale o di quella rientrante nelle azioni adiettizie) avrebbe permesso di raggiungere il soddisfacimento dell'obbligazione; ciò

formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis', cit., 29.

⁶⁷ MICELI, MARIA. *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*[M].Torino: G.Giappichelli Editore, 2001.30.

⁶⁸ M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 31.

⁶⁹ Ci si riferisce agli studi di Keller e Lenel, cfr. M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 9-10.

in connessione agli istituti dell'*exceptio rei iudicate vel in iudicium deductae*⁷⁰.

Vi è parte della dottrina che, senza addentrarsi nelle discussioni sulla ricostruzione delle formule, propone una responsabilità aggiuntiva nel caso delle *actiones adiecticiae qualitis*.

Cerami ritiene che Paolo nel frammento D.14.1.5.1 volesse sottolineare che l'azione pretoria non comporta il trasferimento della responsabilità dal contraente effettivo al *dominus negotii*, bensì l'aggiungersi della responsabilità pretoria di quest'ultimo alla responsabilità diretta (naturale o civile) del contraente⁷¹. Sembra che egli abbia accettato la dottrina di Keller e, al tempo stesso, aggiunge che la struttura formulare sanciva una responsabilità aggiuntiva dell'avente potestà mediante l'espedito tecnico dell'inserimento del nome del contraente nell'*intentio* e del nome dell'avente potestà nella *condemnatio*.

5. Analisi delle problematiche derivanti dalla traduzione in cinese della denominazione “*actiones adiecticiae qualitis*” e delle singole azioni in essa rientranti

I. La situazione attuale

Per affrontare in modo corretto la traduzione in cinese della denominazione di “*actiones adiecticiae qualitis*” e delle singole azioni incluse in questa denominazione generale, ritengo opportuno partire dalle fonti romane e considerare, poi, la traduzione in cinese dei contributi italiani su questo tema, i quali possono offrire ipotesi di traduzione, e i contributi cinesi su questo tema di diritto romano.

Tavola comparativa delle traduzioni dei nomi delle azioni adiectizie che creano questioni problematiche:

Fonti romane; contributi italiani e contributi cinesi	<i>actiones adiecticiae qualitis</i>	<i>actio exercitoria</i>	<i>actio institoria</i>	<i>actio de in rem verso</i>
--	--	--------------------------	-------------------------	----------------------------------

⁷⁰ M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitis'*, cit., 89-177.

⁷¹ P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale Romano*, cit., 44.

Gaius: Isituzioni ⁷²	主人或家父责任 之诉 (zhuren huojiafu zhi su) /l'azione della responsabilità del dominus o del pater	船 东 之 诉 (chuandong zhi su)/l'azione del proprietario della nave- armatore	经 管 人 之 诉 (jingguanren zhi su)/l'azione del manager	转化物之诉 (zhuanhuawu zhi su) / l'azione della cosa versata/
Giustiniano: Istituzioni ⁷³		船 舶 经 营 人 之 诉 (chuanbo jingyingren zhi su)/l'azione dell'imprenditore navale	总 管 之 诉 (zongguan zhi su) / l'azione dell'istitutore	主人利得之诉 (zhurenlide zhi su)/l'azione del dominus per l'accresciment o
Corporis Iuris Civilis Fragmenta Selecta Sul Negozio Giuridico ⁷⁴			institor: 行 纪 人 (hang ji ren) ⁷⁵ / rappresentante indiretto	
L'obbligazione contrattuale e quasi		船 舶 经 营 者 之 诉 (chuanbojingyingzhe zhi su) /	总 管 之 诉 (zongguan zhi su) / /	

⁷² [古罗马]盖尤斯.《法学阶梯》[Z].黄风译,北京:中国政法大学出版社,1996.322,326. (GIUS, *Institutiones*, trad. da Feng Huang, BeiJing, 1996, 322)

⁷³ [古罗马]优士丁尼.《法学阶梯》(第2版)[Z].徐国栋译,北京:中国政法大学出版社,2005.485,489.(IUSTINIANI, *Institutiones*, trad. da Guodong Xu, BeiJing, 2005, 485, 489.)

⁷⁴ 《民法大全选译. 法律行为》[Z].徐国栋译, [意]斯奇巴尼选编,北京:中国政法大学出版社,1998.113.注释121.(*Corporis iuris civilis fragmenta selecta*, a cura di Sandro Schipani ordinario di diritto romano, *Sul negozio giuridico*, trad. da Guodong Xu, Beijing, 1998, 113.)

⁷⁵ La traduzione è relativa solo alla parola *institor*, Guodong Xu sostiene che *institor* sia un rappresentante indiretto. Cfr. 《民法大全选译. 法律行为》[Z].徐国栋译, [意]S.斯奇巴尼选编,北京:中国政法大学出版社,1998.113. nt.121. (*Corporis iuris civilis fragmenta selecta*, a cura di Sandro Schipani ordinario di diritto romano, *Sul negozio giuridico*, trad. da Guodong Xu, cit., 113, nt.121)

⁷⁶ 《契约之债与准契约之债》[Z], 丁玫译, [意]S.斯奇巴尼选编,北京:中国政法大学出版社,1998.367.(*L'obbligazione del contratto e l'obbligazione del quasi contratto*, trad. da Mei Ding, Selezione di testi a

contrattuale ⁷⁶		l'azione dell'imprenditore navale	l'azione dell'istitutore	
Bonfante: Istituzioni di diritto romano ⁷⁷	主人或家父责任 之诉 (zhuren huo jiafu zeren zhi su) / l'azione di responsabilità del <i>dominus o pater</i>	船 东 之 诉 (chuandong zhi su) / l'azione del proprietario della nave- armatore	经 管 人 之 诉 (jingguanren zhi su) / l'azione del <i>manager</i> -gestore/	转化物之诉 (zhuanhuawu zhi su) / l'azione della cosa versata /
Zhou Nan: Il Diritto Romano ⁷⁸	附加之诉(fujia zhi su) / azione addizionale	海 商 之 诉 (haishang zhi su)/azione di commercio marittimo	企业之诉(qiye zhi su)/azione dell'imprenditore	所得利益之诉 (suodeliyi zhi su) / l'azione di accrescimento
Huang Feng: Il Dizionario del Diritto Romano ⁷⁹	主人或家父责任之 诉 (zhuren huo jiafu zeren zhi su) / l'azione di responsabilità del <i>dominus o pater</i>	船 东 之 诉 (chuandong zhi su) /l'azione del proprietario della nave-armatore	经 管 人 之 诉 (jingguanren zhi su) / l'azione del gestore- <i>manager</i>	转化物之诉 (zhuanhuawu Zhi su) / azione della cosa versata

A me sembra che la traduzione di *actio exercitoria* dovrebbe essere 针对船舶经营人之诉 (l'azione contro l'*exercitor*/zhen dui chuanbo jingyingren zhi su); quella dell'*actio institoria*, 总管之诉 (l'azione dell'istitutore/zongguan zhi su); quella dell'*actio de in rem verso* dovrebbe essere 转化物之诉(l'azione *de in rem verso* /zhuanhuawu zhi su); quella di *actiones adiecticiae qualitatis* dovrebbe essere 增加之诉(le azioni aggiuntive-adiettizie/zengjia zhi su).

cura di Sandro Schipani, Bei Jing, 1998,367)

⁷⁷ 【意】彭梵得.《罗马法教科书》(修订版)[M].黄风译, 北京: 中国政法大学出版社,2005.103-105. (P. BONFANTE. *Istituzioni di diritto romano*, trad. da Feng Huang, Bei Jing, 2005, 103-105.)

⁷⁸ 周枬.《罗马法原论》(下册) [M], 北京: 商务印书馆, 1994.617-618. (NAN ZHOU, *Il diritto romano*(2), Bei Jing, 1994, 617-618)

⁷⁹ 黄风编著,《罗马法词典》[Z].北京: 法律出版社, 2001.9; 12; 20.(*Dizionario del diritto romano*, A cura di Feng Huang, Bei Jing, 2001, 9, 12, 20.)

II. Analisi testuale delle denominazioni

Relativamente alla traduzione di *'actio'*, e il plurale *'actiones'*, non ci sono problemi; ne esistono, invece, per le traduzioni di *'exercitoria'*, *'institoria'*, *'in rem verso'*, *'adiecticiae qualitatis'*. In primo luogo analizziamo i loro significati in latino:

'Exercitoria' è un aggettivo, nominativo, singolare, femminile di *'exercitorius'*, che possiede due significati: concernente l'esercizio, da esercizio; oppure concernente l'armatore di navi⁸⁰. Per questo termine ci sono tre traduzioni in cinese: 船主 (proprietario della nave/*chuanzhu*), oppure 船舶经营人 (imprenditore navale/*chuanbo jingyingren*); inoltre, la terza traduzione è 海商 (in funzione di aggettivo traducibile con "di commercio marittimo"/*hai shang*) che individua soltanto l'ambito dell'*actio exercitoria*, ma non indica l'identità delle parti dell'azione. Perciò la traduzione di 船舶经营人 (imprenditore navale /*chuanbo jingyingren*) sarebbe preferibile.

'Institoria' è un aggettivo nominativo, femminile, singolare di *'institorius'*, che significa: di o da venditore, mercantile⁸¹. Ci sono tre traduzioni in cinese: 总管 (istitutore /*zongguan*) oppure 经管人 (gestore-manager/*jingguanren*), oppure 企业 (che in funzione di aggettivo sarebbe traducibile con "di impresa"/*qiye*), riguardo le prime due traduzioni si osserva che entrambe sembrano essere esatte, ma l'ambito di 总管 (istitutore /*zong guan*) è più esteso di 经管人 (manager/*jing guan ren*), in quanto non è limitato al commercio. A questo proposito si osservi che "Per obbligazioni contratte da rappresentanti *sui iuris* al di fuori dei rapporti commerciali, la giurisprudenza tardoclassica ammise, sul modello dell'*actio institoria*, un'azione nei confronti del mandante"⁸². La terza traduzione non è relativa all'azione. Perciò la traduzione, 总管 (istitutore /*zong guan*), sembra essere la migliore.

'Rem' è l'accusativo di *res*, che significa la cosa⁸³; *'verso'* è il participio di *'vertere'*, il quale significa: cambiare, mutare, trasformare⁸⁴. *'in rem verso'* potrebbe

⁸⁰ L. CASTIGLIONI – S. MARIOTTI, *IL vocabolario della lingua latina* (nuova edizione con appendice antiquaria), Milano, 1990, 345.

⁸¹ L. CASTIGLIONI – S. MARIOTTI, *IL vocabolario della lingua latina* (nuova edizione con appendice antiquaria), cit., 544.

⁸² A. WACKE, *Le azioni adiecticiae*, cit., 609-610.

⁸³ L. CASTIGLIONI – S. MARIOTTI, *IL vocabolario della lingua latina* (nuova edizione con appendice antiquaria), cit., 905.

‘*Adiecticiae*’ è un aggettivo che ha le proprie radici nel verbo ‘*adicio*’, tra i significati di tale verbo si può menzionare: aggiungere, ammassare, aumentare; ‘*qualitatis*’ è il genitivo del sostantivo ‘*qualitas*’, che significa “qualità, proprietà, natura, condizione”⁸⁵. Le due traduzioni in cinese della denominazione “*actiones adiecticiae qualitatis*” sono: 附加之诉(azioni addizionali /*fujia*); 主人或家父责任之诉(azioni di responsabilità del *dominus o pater/zhuren huo jiafu zeren zhi su*); quest’ultima, rispetto alla prima, è una traduzione maggiormente libera, basata sul contenuto dell’azione e sembra essere migliore, tuttavia è necessario approfondire ulteriormente le ricerche in materia.

III . L’analisi delle diverse traduzioni volta alla dimostrazione della relazione logica delle parole

In base ai tipi di sintassi nei nomi delle azioni, vi sono diversi metodi adoperati per tradurre i nomi delle azioni in cinese⁸⁶:

A) *actio* + prep.+ sostantivo.

actio + *a* +sostantivo.(acc.): va tradotto senza preposizione, per es. *actio ad exhibendum*: 出示之诉(*chushi zhi su*) , che significa azione di esibizione.

actio + *de* +sostantivo.(abl.): va tradotto senza preposizione, per es. *actio de dote*: 嫁资之诉 (*jiazi zhi su*) , che significa azione dotale.

actio + *ex* + sostantivo.(abl.), va tradotto con preposizione, per es. *actio ex stipulatu*: 依要式口约之诉(*yi yaoshi kouyue zhi su*), che significa l’azione secondo la stipulazione.

actio + *in* + sostantivo.(acc.), quando il sostantivo indica l’oggetto dell’azione, va tradotto senza preposizione, per es. *actio in rem superficiaria*: 地上物之诉 (*dishangwu zhi su*), che significa l’azione sulle cose sopra la terra; quando il sostantivo indica una delle parti processuali dell’azione, va tradotto con preposizione, per es.

⁸⁴ L. CASTIGLIONI – S. MARIOTTI, *IL vocabolario della lingua latina* (nuova edizione con appendice antiquaria), cit., 1132.

⁸⁵ L. CASTIGLIONI – S. MARIOTTI, *IL vocabolario della lingua latina* (nuova edizione con appendice antiquaria), cit., 863.

⁸⁶ Cfr. 黄风《罗马法词典》为例, 参见黄风编著, 《罗马法词典》[Z].北京: 法律出版社, 2001. (*Dizionario del diritto romano*, a cura di Feng Huang, Bei Jing, 2001)

actio +adversus +sostantivo(acc.), va tradotto con preposizione, per es. *actio adversus nautas*: 针对船舶经营人之诉 (*zhendui chuanbojingyingren zhi su*, che significa l'azione contro i naviganti⁸⁷.

actio +contra +sostantivo(acc.), va tradotto con la preposizione, per es. *actio contra nautas*, come *actio adversus nautas*.

actio +quod +sostantivo(abl.), va tradotto con la preposizione, per es. *actio quod iussu*: 依令行为之诉 (*yiling xingwei zhi su*), che significa l'azione secondo l'ordine.

B) *actio +sostantivo(gen.)*: va tradotto senza preposizione, per es. *actio furti*: 盗窃之诉 (*daoqie zhi su*, che significa l'azione per il furto.

C) *actio+aggettivo(nom.)*: va tradotto senza preposizione, per es. *actio tributoria*: 分配之诉 (*fenpei zhi su*), che significa l'azione di ripartizione.

D) *actiones +aggettivo(sogg.)*: va tradotto senza preposizione, per es. *actiones aediliciae*: 营造司诉讼 (*yingzaosi susong*), che significa le azioni dell'edile.

L'*actio exercitoria* e l'*actio institoria* rientrano nel tipo "*actio+aggettivo(nom.)*". La particolarità di queste due azioni è che le parole che seguono '*actio*' non descrivono la natura delle azioni, ma indicano l'identità della parte processuale nell'azione. La connessione logica fra '*actio*' e '*exercitoria*' è, inoltre, diversa da quella fra '*actio*' e '*institoria*'. Nell'*actio exercitoria* è il padre di famiglia o il padrone o preponente che compie la *praepositio* al *magister navis*, invece in quella *institoria* il riferimento viene posto in essere nei confronti del servo, figlio o sottoposto che è autorizzato all'esercizio dell'impresa. La connessione, dunque, fra l'azione e l'*exercitor* implicherebbe un 'contro'; la connessione fra l'azione e l'*institor* non implica, invece, il 'contro'. Perciò, tornando ad analizzare le traduzioni, sarebbe necessario che queste facessero riferimento alle diverse connessioni logiche, per attualizzare il contenuto delle azioni. Nella traduzione in italiano del Digesto a cura di Schipani, *actio exercitoria* viene tradotta in due modi diversi: azione esercitoria o azione contro l'armatore⁸⁸.

⁸⁷ Nel Dizionario di Feng Huang ha trad. *nautas* con comandante della nave, non è preciso, qui *nautas* vorrebbe significare l'armatore della nave.

⁸⁸ *Digesti o pandette dell'imperatore Giustiniano testo e traduzione (IX—XIV)*, a cura di Sandro Schipani, cit., 129.

Riguardo all'*actio de in rem verso*, l'espressione *in rem verso* indica l'oggetto dell'azione, cioè il *quantum* versato nel patrimonio dell'avente potestà oltre i limiti del peculio. La preposizione *de* serve a collegare il termine *actio* alla descrizione della natura dell'azione. Ci sono due possibili traduzioni, una più letterale e l'altra più libera⁸⁹.

La denominazione '*actiones adiecticiae qualitatis*' rientra nel tipo "*actiones* +aggettivo(nom.)". In base al significato letterale, il nome non indica l'identità delle parti, ma descrive la natura dell'azione. Vi sono, pertanto, due possibili traduzioni: una traduzione più letterale e una traduzione più libera⁹⁰.

Ci si può domandare se, nella traduzione in cinese, sia opportuno evitare di mettere in rilievo le diverse connessioni logiche delle parole nei nomi delle azioni *exercitoria* e *institoria*. In questo modo, potrebbe nascere una confusione, cioè potrebbe sembrare che la posizione dell'*exercitor* sia, *mutatis mutandis*, uguale a quella dell'*institor*.

Riguardo all'*actio de in rem verso* e alle *actiones adiecticiae qualitatis*, ci si può domandare se si debba scegliere la traduzione letterale o quella più libera.

IV. Analisi delle ricorrenze delle azioni adietizie nelle fonti

In basi all'analisi del Marrone, non tutte le azioni assumono, nel Digesto, una denominazione unica, propria e ricorrente⁹¹. I nomi delle azioni *exercitoria* e *institoria* ebbero una denominazione unica e propria ed inoltre sono sempre apparsi insieme, non solo nel Digesto, ma anche nelle Istituzioni di Gaio e Giustiniano. Il nome dell'*actio de in rem verso*, invece, non ricorre in modo omogeneo. La denominazione di *actiones adiecticiae qualitatis* non è romana, ma risale alla dottrina medievale.

Ci sono tre diverse denominazioni per l'*actio de in rem verso* nelle fonti. Nelle Istituzioni di Gaio, la espressione '*in rem + vertere*' ricorre sei volte; '*in rem +dominium+vertere*' o senza '*vertere*' ricorre sei volte; '*in rem+patris+vertere*' ricorre tre volte. Nelle Istituzioni di Giustiniano, '*in rem + vertere*' ricorre sette volte; '*in rem +dominium+vertere*' o senza *vertere* ricorre otto volte. Nel Codex di Giustiniano, '*in rem + vertere*' ricorre otto volte; '*in rem +dominium+vertere*' ricorre due volte; '*in*

⁸⁹ V. la tabella della traduzione delle azioni in cinese.

⁹⁰ V. la tabella delle traduzioni delle azioni in cinese.

⁹¹ M. MARRONE, *Per la traduzione italiana del digesto sui nomi delle azioni*, in *Scientia iuris e linguaggio*. Atti Sassari (1996), Milano, 2001, 113.

rem+patris’ ricorre una volta. Nel Digesto di Giustiniano, *‘in rem + vertere’* ricorre centoventi volte; *‘in rem +dominium+vertere’* o senza *vertere* ricorre ventuno volte; *‘in rem+patris+vertere’* o senza *vertere* ricorre undici volte. La espressione *‘de in rem verso’* sempre segue *‘actio’* o *‘agere’*, invece, le espressioni *‘in rem +dominium+vertere’* e *‘in rem+patris+vertere’* rare volte ricorrono insieme ad *‘actio’* o *‘agere’*. Sulla base di ciò si può osservare: in primo luogo l’espressione *‘de in rem verso’* più *‘agere’* sembrerebbe un modo generale per indicare l’azione *de in rem verso*; in secondo luogo, non appare opportuno, come a volte accade nella traduzione in cinese, distinguere l’azione per l’arricchimento del *pater* e l’azione per l’arricchimento del *dominus*.

V. Conclusioni

A) *‘actio exercitoria’* e *‘actio institoria’*

Gli aspetti che, fondamentalmente, queste azioni hanno in comune sono: che l’origine della responsabilità è nella *praepositio*; che la responsabilità è *in solidum*⁹²; che i soggetti sui quali in entrambi i casi ricade la responsabilità sono sempre i preponenti. L’*actio exercitoria* sembra sia una forma specifica di *actio institoria* perché la prima si applica nell’ambito del commercio marittimo, mentre la seconda si applica nel commercio in generale, purché non si ricada nell’ambito di applicazione della prima. Tuttavia, come precedentemente sottolineato, le posizioni dei soggetti nelle azioni *exercitoria* e *institoria* sono diverse, cioè, nella prima l’*exercitor* è il preponente, che deve rispondere, mentre nella seconda, l’*institor* è il preposto, ossia colui con cui il terzo contraente conclude il contratto. Qualora si utilizzi lo stesso modo per tradurli, come sottolineato, potrebbe ingenerarsi confusione nel cogliere la diversa connessione logica. Sarebbe quindi maggiormente preciso l’utilizzo di traduzioni che possano rispecchiare la diversa connessione logica. La traduzione ‘针对船舶经营人之诉(azione contro *exercitor/zhendui chuanbojingyingren zhisu*)’ per l’*actio exercitoria* potrebbe essere resa in modo da poter indicare il ‘contro’ fra l’azione e ‘*exercitor*’.

B) *actio de in rem verso*

In primo luogo, il proprietario della *res* versata può essere sia il *dominus* che il

⁹² Cfr.[古罗马]优士丁尼.《法学阶梯》(第2版)[Z].徐国栋译,北京:中国政法大学出版社,2005.485.
(IUSTINIANI, *Institutiones*(2), trad. da Guodong Xu, cit., 485)

pater. In secondo luogo, non tutti gli incrementi della proprietà del *dominus* e del *pater* possono esser posti alla base dell'esercizio di tale azione, si deve dunque distinguere tra l'incremento dal *peculio* e quello che può essere colpito dall'azione *de in rem verso*. Tale distinzione assume particolare significato, poiché, nel primo caso si ricorre all'*actio de peculio*, mentre, nel secondo all'*actio de in rem verso*. Infine, dobbiamo chiarire se l'incremento viene dal contratto concluso dallo schiavo, figlio o sottoposto, cioè se l'oggetto di tale contratto sia stato trasferito nel patrimonio del *dominus* o del *pater* tramite l'adempimento del contratto, poiché soltanto in questo caso si potrebbe utilizzare l'azione *de in rem verso*. Infatti, in occasione di incrementi che siano frutto di trasferimenti nel patrimonio dell'avente potestà che non abbiano seguito tale corso, come ad esempio per una donazione che il *dominus* abbia accettato dal suo schiavo, non si può applicare tale azione; così come questa non può applicarsi agli incrementi derivanti da attività direttamente poste in essere dal *dominus*⁹³. Perciò la traduzione '转化物之诉(l'azione sulla cosa versata / *zhuanhuawu zhisu*)' sembra essere migliore.

C) *actiones adiecticiae qualitatis*

Le *actiones adiecticiae qualitatis* costituiscono un gruppo di azioni introdotte dal pretore oltre l'ambito delle azioni civili ed il cui effetto giuridico è che l'imprenditore deve rispondere per il comportamento dello schiavo, figlio o sottoposto, nei cui confronti ha posto in essere una *praepositio* ovvero a cui abbia dato uno *iussum* o un *peculium*. Tramite i giuristi medievali, '*actiones adiecticiae qualitatis*' diventa una denominazione generale che ricomprende sei azioni: *actio exercitoria*, *actio institoria*, *actio quod iussu*, *actio de peculio*, *actio de in rem verso*, *actio tributaria*. Queste azioni costituiscono il fondamento del sistema giuridico dell'organizzazione imprenditoriale romana. La caratteristica più specifica di queste azioni è che non comportano il trasferimento della responsabilità dall'effettivo contraente al padre di famiglia o al padrone o al preponente, bensì l'aggiungersi della responsabilità pretoria di questi alla responsabilità civile o naturale del contraente⁹⁴. Il Burdese, infatti, sostiene che le *actiones adiecticiae qualitatis* sanzionano una responsabilità dell'avente potestà che si aggiunge (e in tal senso è adiettizia) all'obbligo civile o

⁹³ Cfr. §25.

⁹⁴ P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano*, cit., 44.

anche solo naturale ed include la ‘responsabilità adiettizia’ tra i tipi di obbligazione⁹⁵. Sebbene la traduzione 家父责任 (responsabilità del *pater familias* /*jiafu zeren*) possa esprimere ed includere il significato delle *actiones adiecticiae qualitatis*, tuttavia, la responsabilità del *pater familias* in diritto romano non include solo questa responsabilità adiettizia, ma anche le varie forme di responsabilità extracontrattuale del *pater familias*, cosicché l’ambito della responsabilità del *pater familias* supera il contenuto delle azioni in esame. Inoltre, la traduzione ‘附加之诉 (responsabilità addizionale o annessa/*fujia zhisu*)’ può anche significare responsabilità aggiuntiva⁹⁶, ma il problema è che ‘附加 (addizionale o annesso/*fu jia*)’, in cinese, semanticamente implica una subordinazione. La responsabilità delle azioni adiettizie, non è, tuttavia, subordinata ad altra responsabilità ‘principale’, trattandosi, piuttosto, di una responsabilità nuova e aggiuntiva. Perciò la traduzione ‘增加之诉 (le azioni aggiuntive/*zengjia zhi su*)’ sembra essere preferibile, considerando che ‘增加’ semanticamente implica un’aggiunta in senso esteso⁹⁷.

Considerando le diverse opinioni presenti in dottrina sulle *actiones adiecticiae qualitatis*, credo sia opportuna una puntuale analisi di ciascuna azione rientrante in questa denominazione.

⁹⁵ A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*(3), cit., 509, nt.1.

⁹⁶ Wacke ritiene che la responsabilità adiettizia sia intimamente connessa alla responsabilità accessoria derivante da una garanzia personale: anche la responsabilità adiettizia sarebbe ‘accessoria’, cfr. A. WACKE, *Le azioni adiettizie*, cit., 586.

⁹⁷ Cfr. §4.

Capitolo II L'*actio exercitoria*:

Il 'punto di irruzione' nell'evoluzione storica della rappresentanza

L'*actio exercitoria* fa parte delle *actiones adiecticiae qualitatis*, le quali, come si è già messo in luce, sono state introdotte dall'editto pretorio. In base all'editto, quando l'*exercitor* affida la gestione e l'amministrazione della nave ad un suo servo, preponendolo ad essa come *magister navis*, compie una *praepositio*, il terzo contraente che ha concluso il contratto con il *magister navis* può agire direttamente contro l'*exercitor* con l'*actio exercitoria*. Questa azione ha sorpassato il principio, rigoroso, della relatività di tutti i rapporti obbligatori nel diritto romano ed ha inserito l'*exercitor* nel rapporto contrattuale, utilizzando la *praepositio* quale criterio di imputazione. Questa azione è, pertanto, considerata uno dei fondamenti della rappresentanza moderna. Anche gli autori che hanno approfondito tale azione hanno sottolineato questo legame tra l'azione *exercitoria* e la moderna rappresentanza⁹⁸. Come affermava Jhering, riportato da Solazzi, l'*actio exercitoria* è il punto dell'irruzione, sul piano storico, dello sviluppo dell'istituto della rappresentanza nel diritto romano⁹⁹.

6. La nascita dell'*actio exercitoria*

⁹⁸ V. JHERING, *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain*(3), Paris, 1880,32; S. SOLAZZI, *L'età dell'actio exercitoria*, cit., 247-264; F. KELLER, *Il processo civile romano e le azioni*[M], cit., 104-105; F. DE MARTINO, *Studi sull'actio exercitoria*, *Diritto economia e società nel mondo romano I*, 1997, 495-519; F. DE MARTINO, *Ancora sull'actio exercitoria*, *Diritto economia e società nel mondo romano I*, 1997, 629-695; F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 28. G. LONGO, *Actio exercitoria- actio institoria - actio quasi institoria*, 587-603; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma Antica (II sec.a.C.-IIsec.d.C.)*, cit., 27-46; A. PETRUCCI, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli institores ed i magistri navis nel diritto romano dell'età commerciale*, cit., 51-54. M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 185-224; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 86; A. WACKE, *Le azioni adiecticiae*, cit., 583-615; A. WATSON, *Contract of mandate in roman law*, Oxford, 1961, 79; J. J. AUBERT, *Business managers in ancient rome: a social and economic study of institores*, 200 B.C.-A.D. 250, cit., 58-64.

⁹⁹ S. SOLAZZI, *L'età dell'actio exercitoria*, cit., 243-264, nt. 81; V. JHERING, *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain*(3), cit., 32.

I. Il contesto storico-economico

Per un lungo periodo, la struttura della famiglia romana sottoposta allo schema della *potestas* restò una unità economica chiusa, e solo più tardi nell'età repubblicana, lentamente, si aprì verso il trasferimento della proprietà e dei fondi al di fuori della famiglia. In conseguenza di ciò per la gestione dei patrimoni domestici era necessario un maggiore impiego di lavoro; per questo motivo il fenomeno dell'ingresso nel commercio domestico di soggetti estranei alla famiglia diventò, a sua volta, più diffuso.

Tuttavia, sulla base dello *ius civile*, i giuristi continuavano a seguire il principio dell'*alteri stipulari nemo potest*, obbedendo, dunque, ad un principio di rigorosa relatività di tutti i rapporti obbligatori; come conseguenza di ciò, "l'intervento di un terzo in rapporti obbligatori era dunque in linea di principio, escluso"¹⁰⁰. Il *pater familias* poteva, dunque, in base a tale schema, acquistare gli effetti giuridici dell'attività dei suoi sottoposti senza, tuttavia, dover risponderne direttamente, cioè in base allo *ius civile*, la sua potestà non era un criterio di imputazione e il terzo non avrebbe potuto agire contro il *pater familias* per il contratto concluso con i suoi sottoposti. Di conseguenza il *pater familias* beneficiava di una tutela unilaterale, cioè poteva arricchirsi grazie ai negozi compiuti dal soggetto sottoposto alla sua *potestas*, ma non era per questi tenuto, data l'inammissibilità della rappresentanza diretta nei rapporti economici. Così, lo *ius civile* non offriva rimedi soddisfacenti al terzo contraente. Questo squilibrio della distribuzione tra l'arricchimento ed i rischi della gestione non poteva rispondere alle esigenze legate allo sviluppo del commercio marittimo; viene, di conseguenza, introdotta l'*actio exercitoria*. Tramite tale azione si riconosce al terzo contraente il diritto di agire contro l'*exercitor*, inserendo quindi l'imprenditore nel rapporto obbligatorio, anche se questi non partecipa in modo diretto al negozio. Il principio di una rigorosa relatività di tutti i rapporti obbligatori poteva dunque dirsi superato.

II. Il periodo di diffusione dell'*actio exercitoria*: l'introduzione dell'*actio exercitoria* ha preceduto quella dell'*actio institoria* e D.14.1.1.9 offre una prova dell'esistenza dell'*actio exercitoria* nel periodo della Repubblica

Il Solazzi ha sostenuto che l'introduzione dell'*actio exercitoria* abbia preceduto

¹⁰⁰ A. WACKE, *Le azioni adiettizie*, cit., 583.

quella dell'*actio institoria* e che l'*Editto tralatizio* menzionasse le due azioni secondo la successione cronologica e Giuliano abbia conservato lo stesso ordine nell'*Editto definitivo*¹⁰¹. Il frammento di Paolo 28 ad.ed. Riportato in D.14.1.1.9 offre una prova dell'esistenza dell'*actio exercitoria* nel periodo della Repubblica: *Unde quaerit ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio. et ait, si hac lege accepit quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit: quod si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit, contra esse: quam distinctionem pedius probat.*

È riconosciuta, da parte della dottrina, la presenza nel frammento di un'interpolazione, ponendo l'accento sul fatto che l'idea che emerge dalla frase "*teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit*" configura una nozione di responsabilità per mala scelta, che sembra corrispondere alla *culpa in eligendo*¹⁰² che si trova nel frammento D.4.7.9.4 e che può affermarsi essere tipicamente giustinianea. Le analisi del passo proposte dal De Martino, Serrao, Schipani e Longo hanno sottolineato tale aspetto¹⁰³.

Tuttavia, appare qui opportuno lasciare da parte la questione dell'interpolazione, la discussione¹⁰⁴ sull'influenza della distribuzione della responsabilità degli elementi soggettivi del *magister* e della manifestazione della volontà e porre l'attenzione sul caso proposto da Ofilio e confermato da Pedio. Dall'ipotesi discussa si può dedurre che se il *magister* abbia preso i soldi a mutuo per riparare la nave, l'*exercitor* deve sicuramente rispondere per il mutuo del *magister*. Ofilio visse nel periodo della Repubblica (intorno al 100-27 a.C.), e ciò dimostra che l'*actio exercitoria* già esisteva in quel periodo.

III. Identificazione di *exercitor*, *magister navis* e nave

L'*exercitor* può essere sia il proprietario della nave che colui il quale ha preso in

¹⁰¹ S. SOLAZZI, *L'età dell'actio exercitoria*, cit., 243-264.

¹⁰² Cfr. M. C. GEOFFREY, *Culpa in eligendo*, in *RIDA*, 18, 1971, 525-551.

¹⁰³ F. DE MARTINO, *Studi sull'actio exercitoria*, cit., 498-499; F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 111-112; S. SCHIPANI, *Responsabilità "ex Lege Aquilia"*, Torino, 1969, 424-427; G. LONGO, *Actio exercitoria- actio institoria- actio quasi institoria*, cit., 590-591.

¹⁰⁴ S. SOLAZZI, *L'età dell'actio exercitoria*, cit., 259-264; F. DE MARTINO, *Studi sull'actio exercitoria*, cit., 498-499; G. LONGO, *Actio exercitoria- actio institoria- actio quasi institoria*, cit., 590-591.

locazione la nave¹⁰⁵. L'editto non specifica quale debba essere l'identità dell'*exercitor*, come sottolineato da Ulpiano in D.14.1.1.16 *Parvi autem refert*, se l'armatore sia uomo o donna, padre di famiglia o figlio in potestà oppure servo.

Il *magister navis* è l'amministratore della nave in base all'ordine datogli dall'*exercitor*, egli, cioè, è il comandante della nave, il quale esercita la gestione della nave, compreso l'acquisto di attrezzature, la compravendita di merci¹⁰⁶ ecc. Anche i requisiti del *magister*, secondo Ulpiano, non hanno importanza (*nihil interest*), cioè il *magister* può essere libero o servo, così come non interessa l'età¹⁰⁷.

La definizione di nave è a sua volta estesa, includendo sia quella che naviga nei mari che quella fluviale, tanto se navighi in qualche lago quanto se si tratti di una zattera¹⁰⁸.

7. La *praepositio* nell'*actio exercitoria*

I. La *praepositio* costituisce il fondamento dell'azione

Alla luce dell'editto, l'*exercitor* assegna un incarico di *magister navis* allo schiavo, al figlio o al sottoposto affinché eserciti la gestione della nave, implicando ciò che vi sia un'intenzione di riconoscere i contratti conclusi da questi soggetti. Dobbiamo notare che la responsabilità derivante dalla *praepositio* sia limitata all'ambito della responsabilità contrattuale, e non rileva quindi la colpa, diversamente dai casi di responsabilità extracontrattuale¹⁰⁹.

Lo sfera di attività in cui il *magister* poteva essere preposto include il trasporto di passeggeri o quello di merci, l'acquisto di attrezzature, equipaggi, compravendita di merci, conclusione di contratti per il trasporto, riparazioni della nave, e mutui¹¹⁰.

Inoltre, il *magister* poteva, a sua volta, preporre un altro *magister*, salvo che ciò

¹⁰⁵ Cfr. D.14.1.1.15.

¹⁰⁶ Cfr. D.14.1.1.1; D.14.1.1.3.

¹⁰⁷ Cfr. D.14.1.1.4.

¹⁰⁸ Cfr. D.14.1.1.6.

¹⁰⁹ Cfr. D.14.1.1.2.

¹¹⁰ Cfr. D.4.9.1.12.

fosse stato espressamente proibito dall'*exercitor*¹¹¹.

II. Il contenuto della *praepositio*: i giuristi romani applicarono principi rigorosi nell'interpretazione del contenuto della *praepositio*

Il fondamento della responsabilità dell'*exercitor* è, come sottolineato, nella *praepositio*, piuttosto nella *bona fides* o in altro. Il diritto romano classico è molto rigoroso nel limitare l'effetto giuridico della *praepositio*. D.14.1.1.12, procedendo ad un'enumerazione, dimostra chiaramente che i giuristi romani applicarono principi rigorosi nell'interpretazione dell'ambito della *praepositio*. Vale a dire che il contenuto della *praepositio* doveva essere chiaro e non si poteva ricorrere ad estensioni analogiche, cioè, ad esempio, se l'*exercitor* preponeva il comandante della nave soltanto alla riscossione dei noli, non avrebbe dovuto rispondere anche per i contratti di locazione della nave; se l'*exercitor* preponeva il comandante della nave soltanto affinché locasse la nave per il trasporto di determinate merci, non avrebbe dovuto rispondere per il trasporto di altri tipi di merci; se l'*exercitor* indicava i confini entro i quali la nave avrebbe potuto operare, non avrebbe dovuto rispondere per i negozi conclusi fuori da tali confini¹¹².

III. La *praepositio* di un *magister* operata da un altro *magister*: Analisi della soluzione riportata in D.14.1.1.5

Chi avrebbe dovuto rispondere quando il *magister* si fosse fatto sostituire da un altro senza o contro la volontà dell'*exercitor*?

Il testo riportato in D.14.1.1.5 di Ulpiano, 28 ad ed. pone un problema di difficile soluzione: *Magistrum autem accipimus non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister: et hoc consultus iulianus in ignorante exercitore respondit: ceterum si scit et passus est eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur. quae sententia mihi videtur probabilis: omnia enim facta magistri debeo praestare qui eum praeposui, alioquin contrahentes decipientur: et facilius hoc in magistro quam institore admittendum propter utilitatem. quid tamen si sic magistrum praeposuit, ne alium ei liceret praeponere? an adhuc iuliani sententiam admittimus, videndum est: finge enim et nominatim eum prohibuisse, ne titio magistro utaris. dicendum tamen erit eo usque producendam utilitatem navigantium.*

¹¹¹ Cfr. D.14.1.1.5.

¹¹² Cfr. D.14.1.1.12.

Nella prima frase Ulpiano indica chiaramente che con il termine *magister* si indica non solo il *magister* preposto dall'*exercitor*, ma anche un *magister* preposto dal *magister* stesso. In seguito commenta l'opinione di Giuliano, secondo il quale l'*exercitor* dovrebbe rispondere dei fatti del *magister* nonostante sia stato *ignorans* della *praepositio* da parte del suo *magister*, perché *omnia enim facta magistri debeo praestare qui eum praeposui, alioquin contrahentes decipientur*. La soluzione di Giuliano è basata sulla *ratio* per cui si sarebbe dovuto evitare di ingannare i terzi contraenti. Successivamente Ulpiano propone la seguente questione: se l'*exercitor* abbia espresso un esplicito divieto, e, nonostante questo, il *magister* avesse comunque nominato un altro *magister* all'insaputa dell'*exercitor*, i terzi contraenti avrebbero potuto far valere la responsabilità dell'*exercitor*? Ulpiano applicò il responso di Giuliano e la soluzione trova la propria *ratio* nell'*utilitas navigantium*, cioè, l'*exercitor* risponde di tutte le attività del *magister* per evitare che fosse ingannato l'affidamento dei terzi contraenti; questa esigenza era soprattutto avvertita nell'ambito dell'impresa di navigazione piuttosto che in quella terrestre¹¹³.

Il contenuto di questo testo sembra essere in contraddizione con quanto riportato in D.14.1.1.12: se assumiamo che i giuristi classici abbiano affermato che il *magister* avesse potuto porre in essere una *praepositio* senza che l'*exercitor* ne fosse stato a conoscenza e persino con un esplicito divieto di questi, come possiamo spiegare il contenuto di D.14.1.1.12 Ulpiano, 28 ad ed., in cui il giurista severiano applicò un principio rigoroso per definire il contenuto della *praepositio* (...vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, idem erit dicendum: aut si ad hoc, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem praestet, vel contra, modum egressus non obligabit exercitorem)? Ovviamente nel passo in cui viene richiamata l'opinione di Giuliano l'*exercitor* sarebbe tenuto per la *praepositio* posta in essere dal suo *magister* incondizionatamente, e questo sembrerebbe essere in conflitto anche con il criterio rigoroso della *praepositio* del diritto classico.

La genuinità classica del passo è stata quindi sospettata dalla dottrina¹¹⁴. Petrucci

¹¹³ A. PETRUCCI, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli institores ed i magistri navis nel diritto romano dell'età commerciale*, cit., 50.

¹¹⁴ si vedano gli autori citati in R. LEVY, *Index interpolationum I*, Weimar, 1929, 234. e cfr. S. SOLAZZI, *L'età dell'actio exercitoria*, cit., 247-248; G. LONGO, *Actio exercitoria- actio institoria- actio quasi institoria*, cit., 1972.589.

rileva “che il testo per lungo tempo è stato sottoposto agli strali del metodo interpolazionistico, che hanno demolito la sua genuinità attribuendone la redazione alle scuole giuridiche postclassiche o ai compilatori giustinianeï”¹¹⁵.

De Martino ritiene che solo una frase nel frammento sia genuina, cioè “ *ceterum si scit et passus est eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur*”. Secondo la sua analisi, l’inizio della frase con il *ceterum* indica che Giuliano esclude la responsabilità dell’*exercitor ignorans*, mentre l’ammette nel caso dell’*exercitor sciens* che abbia tollerato la sostituzione, rendendo così più logico la soluzione contenuta nel testo¹¹⁶. Anche la frase in cui si dice che il *magister* possa nominare un altro *magister* contro il divieto esplicito dell’*exercitor* sembra essere incompatibile con il realistico senso delle proporzioni dei classici¹¹⁷.

La *ratio* che comunque si ricava è che l’editto rileva le esigenze del traffico marittimo, le quali imponevano di garantire i terzi nei limiti della *praepositio*. La base su cui poggia l’*actio exercitoria* non è la pretesa della tutela dei terzi contraenti ma è l’atto iniziale volontario della *praepositio*¹¹⁸. La pretesa tutela dei terzi contraenti deve quindi, a sua volta, fondarsi sulle attività negoziali, dunque sulla volontà, dell’*exercitor* e, pertanto, questi è tenuto soltanto nell’ambito della sua *praepositio*, non per tutti i negozi compiuti dal *magister*. Quindi, i terzi contraenti avrebbero dovuto accertarsi dell’identità del *magister* e della volontà dell’*exercitor* prima della conclusione del contratto. Questa spiegazione poggia sulla convinzione che lo *ius honorarium* sarebbe stato sensibile unicamente alle necessità dello sviluppo commerciale, tralasciando ogni tipo di attenzione relativa alla buona fede e all’*utilitas* di quelli che contraevano con il *magister*; una sensibilità nei confronti delle esigenze di questi ultimi sarebbe sorta solo nel diritto postclassico – giustiniano¹¹⁹.

Un'altra spiegazione di questo passo è proposta da Petrucci, il quale osserva che dal passo si possa scorgere l’attenzione dei giuristi sul tema della pretesa della tutela

¹¹⁵ A. PETRUCCI, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli institores ed i magistri navis nel diritto romano dell’età commerciale*, 2002, 51.

¹¹⁶ F. DE MARTINO, *Studi sull’actio exercitoria*, cit., 504.

¹¹⁷ F. DE MARTINO, *Studi sull’actio exercitoria*, cit., 505.

¹¹⁸ F. DE MARTINO, *Studi sull’actio exercitoria*, cit., 505.

¹¹⁹ A. PETRUCCI, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli institores ed i magistri navis nel diritto romano dell’età commerciale*, cit., 51.

della buona fede¹²⁰. Dall'analisi delle fonti relative alle *actiones exercitoria* e *institoria* e alle disposizioni sulla pubblicità della *praepositio* dell'*institor*, sembra emerga una soluzione dei giuristi volta ad evitare che i terzi contraenti siano tratti in inganno. Per i terzi contraenti, infatti, sarebbe molto difficile acquisire informazioni, in considerazione degli ostacoli di tempo e luogo inerenti le attività marittime. Avrebbe, dunque, senso concedere una tutela speciale ai terzi contraenti. La definizione di *magister* riportata in D.14.1.1.3 e quella di *praepositio* riportata in D.14.1.1.7 non hanno connessione con la volontà dell'*exercitor*, riguardano, invece, gli elementi oggettivi della *praepositio*, cioè l'ambito delle attività gestionali. Se le attività del *magister* restano nell'ambito della *praepositio*, l'*exercitor*, comunque, deve sempre rispondere¹²¹. Inoltre, l'estensione della responsabilità dell'*exercitor* per l'attività gestionale del *magister* preposto da un altro *magister* che sia stato a sua volta precedentemente preposto dall'*exercitor*, confermata in D.14.1.1.5, sembra che abbia il proprio fondamento logico nella considerazione dei rischi speciali connessi alla navigazione ed alla sicurezza del commercio navale¹²².

In D.14.1.1.pr. si legge che *in navis magistro non ita, nam interdum locus tempus non patitur plenius deliberandi consilium*. Da questa frase sembra che la tutela dei terzi contraenti di buona fede fosse già presente nei giuristi romani. Quando Gaio spiega la *ratio* dell'*actio quod iussu* in Gai, 4.70, afferma *et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominiue quam filii serviue fidem sequitur*; poi, in Gai, 4.71 afferma che *Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam. tunc autem exercitoria locum habet*. Non possiamo pertanto assolutamente disconoscere il fatto che i giuristi romani nell'età classica abbiano affermato la responsabilità dell'*exercitor* quando il *magister* avesse nominato un altro *magister*, pur nell'ignoranza dell'*exercitor*, o, ancora, contro il divieto esplicito di costui. Ciò perché presero in considerazione la difficoltà, per i terzi contraenti, di acquisire informazioni sufficienti riguardo al *magister navis*.

Se considerassimo il contenuto di D.14.1.1.5 il frutto di un intervento

¹²⁰ A. PETRUCCI, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli institores ed i magistri navis nel diritto romano dell'età commerciale*, cit., 53-54.

¹²¹ Cfr. D.14.1.1.3; D. 14.1.1.7.

¹²² A. PETRUCCI, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli institores ed i magistri navis nel diritto romano dell'età commerciale*, cit., 54.

interpolazionistico, potremmo, ancora, vedere un indizio della sensibilità dei giuristi giustinianeî nel dare rilievo alla buona fede ed all'*utilitas* del terzo contraente che conclude il contratto con il *magister*. Questo, comunque, costituirebbe il risultato del percorso iniziato con lo *ius honorarium*, il quale iniziò ad allentare il rigore nell'interpretazione della *praepositio* ed a soddisfare le necessità dello sviluppo commerciale marittimo di quel periodo.

IV. Il rapporto tra la volontà e la *praepositio*: l'*exercitor* rispondeva per gli atti compiuti dal *magister navis*; considerazione della *praepositio* come 'volontà attiva', ovvero, volontà espressamente manifestata

Dalle fonti relative all'*actio exercitoria* risulta che nell'interpretazione della clausola edittale si applicò una sottile tecnica giuridica per distinguere gli effetti giuridici dei diversi elementi soggettivi, cioè della *voluntas*, della *scientia* e dell'ignoranza. Per i giuristi romani classici, l'*exercitor* rispondeva per gli atti compiuti dal *magister*, considerando la *praepositio* come 'volontà attiva', ovvero, volontà espressamente manifestata. Lo sviluppo compiuto dai giuristi postclassici consiste nel distinguere, nel caso in cui l'*exercitor* sia stato *alieni iuris*, se la gestione sia stata fatta secondo la volontà del *dominus* o *pater*, o se questa non vi sia stata: nel primo caso i terzi contraenti avrebbero potuto agire contro il *dominus* o *pater* con l'*actio exercitoria*; nel secondo, si sarebbe dovuto ulteriormente distinguere in base alla *scientia* o *ignorantia* di quest'ultimo. L'estensione della responsabilità venne ricondotta all'elemento soggettivo dell'*exercitor*. In caso di *scientia*, si sarebbe applicata l'*actio quasi tributaria*; in caso di *ignorantia*, l'*actio de peculio*¹²³.

V. La *ratio* della scelta di fondare l'azione sulla *praepositio*: i giuristi utilizzarono i termini '*aequus*', '*utilitas navigantium*' e '*res publica*' per spiegare il fondamento delle azioni adiettorie, dimostrando così che l'idea della giustizia distributiva era già entrata nel loro pensiero

Per quale ragione il pretore emanò questo editto e costruì un nuovo schema per la distribuzione dei diritti e della responsabilità? La giustizia è il fine e la ragion d'essere dell'editto. In D.14.1.1.pr., quando Ulpiano spiegò la ragione per cui sarebbe stato utile tale tipo di azione, usò la parola '*aequus*': "*aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit, teneri*". Ritenne che nei confronti del commercio marittimo non fosse

¹²³ Cfr. D.14.1.6pr.

facile verificare le condizioni del *magister navis* e gli elementi di luogo e tempo non permettessero una piena valutazione circa la sua identità, perciò fu ritenuto equo che fosse tenuto colui che mise il *magister* a capo della nave. Successivamente, nel paragrafo 5, Ulpiano, per spiegare perché l'*exercitor* sarebbe stato tenuto per la gestione della nave da parte del *magister* preposto, a sua volta, dal *magister* istituito dall'*exercitor*, utilizza l'*utilitas navigantium utilitatem navigantium* come *ratio* posta a fondamento di tale scelta.

Nel caso in cui ci fosse stato più di un *exercitor*, Ulpiano, nel testo riportato in D.14.1.1.25, sostenne che il terzo contraente avrebbe potuto agire contro qualunque di essi, *in solidum*, con l'*actio exercitoria*, affinché, come spiega Gaio, non sia impegnato nei confronti di più avversari colui il quale abbia concluso un contratto con uno solo¹²⁴. In D.14.1.1.20, si legge: *quia ad summam rem publicam navium exercitio pertinet*, l'esercizio delle imprese di navigazione riguardava in sommo grado l'interesse della cosa pubblica. In questi passi, i giuristi usarono i termini '*aequus*', '*utilitas navigantium*' e '*res publica*' per spiegare il fondamento delle azioni adiettorie, dimostrando così che l'idea della giustizia distributiva fosse già entrata nel pensiero dei giuristi, cioè, che questi avessero avuto la percezione che *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*¹²⁵.

8. Le caratteristiche dell'azione

I. Il rimedio giuridico è unilaterale: il contraente può agire contro l'*exercitor* per il contratto concluso con il *magister navis*, mentre l'*exercitor* non può agire in via diretta nei confronti del terzo contraente

In base all'editto, il contraente può agire contro l'*exercitor* per il contratto concluso con il *magister navis*, mentre l'*exercitor* non può agire in via diretta nei confronti del terzo contraente. Per quanto riguarda il rimedio offerto all'*exercitor*, questi può agire contro il *magister navis* con l'*actio locati* ovvero, se il *magister navis* abbia prestato il proprio lavoro gratuitamente, si sarebbe potuta applicare anche

¹²⁴ Cfr. D.14.1.2pr.

¹²⁵ Cfr. D.1.1.10pr. e la traduzione in cinese: 《民法大全选译·正义和法》[Z].黄风译, 北京: 中国政法大学出版社, 1992.34 (*Corporis iuris civilis fragmenta selecta*, a cura di Sandro Schipani ordinario di diritto romano, Su *iustitia et iura*, trad. da Feng Huang, Bei Jing, 1992, 34.)

l'*actio mandati*¹²⁶. Watson nel descrivere l'*actio exercitoria* utilizzava, propriamente, l'espressione "one way"¹²⁷.

Dalla lettura di D.14.1.1.18, si ricava chiaramente che il pretore nell'editto non promette all'armatore un'azione contro quanti hanno concluso un contratto con il comandante della nave, quindi l'*exercitor* non ha un diritto di agire uguale a quello dei terzi contraenti: *Sed ex contrario exercenti navem adversus eos, qui cum magistro contraxerunt, actio non pollicetur, quia non eodem auxilio indigebat, sed aut ex locato cum magistro, si mercede operam ei exhibet, aut si gratuitam, mandati agere potest. solent plane praefecti propter ministerium annonae, item in provinciis praesides provinciarum extra ordinem eos iuvare ex contractu magistrorum.*

Bonfante osservava che "in ordine ai crediti in linea di principio l'acquisto mediante intermediario non soggetto è fin nei più tardi espressamente negato, sia in generale, sia in rapporti obbligatori speciali"¹²⁸.

II. La responsabilità derivante dall'*actio exercitoria* è illimitata e in solidum

A) Il terzo contraente può agire contro l'*exercitor* per l'intero, non nei limiti del valore del peculio o di quanto si fosse concretamente avvantaggiato in base all'obbligazione assunta dal suo schiavo, figlio o sottoposto¹²⁹.

B) L'idea dei giuristi romani per risolvere il problema nel caso in cui debbano rispondere più *exercitores* è simile all'istituto della responsabilità solidale nel diritto moderno. Vi è la distinzione tra il rapporto esterno e quello interno, di conseguenza vi è anche una distinzione tra la responsabilità esterna e la responsabilità interna, alle quali si applicavano regole diverse. Cioè, dal punto di vista del rapporto esterno, il terzo contraente può agire contro ogni *exercitor* per l'intero con l'*actio exercitoria*¹³⁰; dal punto di vista del rapporto interno, colui che abbia pagato il debito potrà rivalersi sugli altri per la rispettiva parte di debito con l'*actio pro socio*¹³¹. Cioè la responsabilità tra gli *exercitores* è solidale.

III. L'azione si può esercitare contro il *pater familias* o il *dominus*

¹²⁶ Cfr. D.14.1.1.18.

¹²⁷ A. WATSON, *Contract of mandate in roman law*, cit., 79.

¹²⁸ P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 332.

¹²⁹ Cfr. D.14.1.4.2; D. 14.1.6.1.

¹³⁰ Cfr. D.14.1.1.25.

¹³¹ Cfr. D.14.1.3.

dell'*exercitor*

Nel periodo classico, con la crescita dell'economia romana l'esigenza di utilizzare i servi nella gestione degli affari del padre di famiglia o del padrone fu avvertita con sempre maggiore intensità¹³², ne risultò che i servi potevano avere il peculio e amministrare una nave o altri tipi di impresa. Perciò, l'identità dell'*exercitor* non era limitata al padre di famiglia o al padrone. Si poneva, allora, il seguente problema: se l'*exercitor* è *alieni iuris*, il terzo contraente contro di chi può agire? In base all'editto, il terzo contraente può agire contro il padre di famiglia o il padrone dell'*exercitor* con l'*actio exercitoria*¹³³.

Vediamo D.14.1.1.19 di Ulpiano, 28 ad ed., relativo ad un'ipotesi l'*exercitor* è un soggetto in potestà di altri: *Si is, qui navem exercuerit, in aliena potestate erit eiusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit qui navem exercuerit, iudicium datur.*

La soluzione dei giuristi è quella per cui si applica l'*actio exercitoria* anche contro il padre di famiglia o il padrone dell'*exercitor*, cioè il padre di famiglia o il padrone risponderebbero *in solidum* nei casi in cui l'*exercitor* in potestà compia negozi per loro volontà. Perché nel passo non c'è nessun accenno a possibili connessioni con il peculio? La spiegazione di Longo è che la soluzione contenuta nel testo in esame risalga ad un periodo anteriore rispetto all'emersione dell'*actio de peculio*¹³⁴, pertanto, la responsabilità del padre di famiglia o del padrone dell'*exercitor* è *in solidum*.

Il fondamento dell'*actio exercitoria* è la *praepositio* dell'*exercitor*, qual è, dunque, il fondamento dell'azione contro il padre di famiglia o il padrone dell'*exercitor alieni iuris*?

Vediamo altri paragrafi successivi a quello analizzato: D.14.1.1.20: *Licet autem datur actio in eum, cuius in potestate est qui navem exercet, tamen ita demum datur, si voluntate eius exerceat. ideo autem ex voluntate in solidum tenentur qui habent in potestate exercitorem, quia ad summam rem publicam navium exercitio perinet. at institorum non idem usus est: ea propter in tributum dumtaxat vocantur, qui contraxerunt cum eo, qui in merce peculiari sciente domino negotiatur. sed si sciente*

¹³² M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 196.

¹³³ Cfr. D. 14.1.1.19; D. 14.1.1.20; D. 14.1.1.22-23.

¹³⁴ G. LONGO, *Actio exercitoria- actio institoria -actio quasi institoria*, cit., 587-598.

dumtaxat, non etiam volente cum magistro contractum sit, utrum quasi in volentem damus actionem in solidum an vero exemplo tributoriae dabimus? in re igitur dubia melius est verbis edicti servire et neque scientiam solam et nudam patris dominive in navibus onerare neque in peculiaribus mercibus voluntatem extendere ad solidi obligationem. et ita videtur et pomponius significare, si sit in aliena potestate, si quidem voluntate gerat, in solidum eum obligari, si minus, in peculium.

In base a tale paragrafo, si applica l'*actio exercitoria* contro colui nella cui potestà si trova chi esercita l'impresa di navigazione. Se l'*exercitor alieni iuris* esercita la nave secondo la volontà del padre di famiglia o del padrone, questi ultimi dovrebbero rispondere *in solidum*; se il padre di famiglia o il padrone hanno soltanto una conoscenza della gestione, ma non abbiano espresso volontà al riguardo, secondo Pomponio, il padre di famiglia o il padrone dovrebbero rispondere nei limiti del peculio.

Il discorso circa la classicità o meno di tale passo si protrae da lungo tempo. I giuristi che ne affermano la classicità ritengono, combinando i testi riportati in D.14.1.1.20 e D.14.1.1.22, che il pensiero di Ulpiano sia coerente e logico¹³⁵. Anche nel paragrafo 22, infatti, Ulpiano ritenne che il padre di famiglia o il padrone avrebbe dovuto rispondere soltanto nei limiti del peculio per la gestione dell'*exercitor*, soggetto ad una potestà altrui, se egli non avesse espresso la volontà per tale gestione; in caso contrario avrebbe dovuto rispondere *in solidum*¹³⁶.

Solazzi, De Martino, Beseler, Albertario hanno dubbi sulla genuinità del passo¹³⁷. Ritengono che la responsabilità *in solidum* del padre di famiglia o del padrone non corrispondesse ad un principio classico; perché, ci si chiede, la responsabilità del padre di famiglia o del padrone in questo caso dovrebbe essere basata sulla volontà del titolare della *potestas* (come ad es. in D.14.1.1.23 il padre di famiglia o il padrone dovrebbe essere chiamato a rispondere tramite l'*actio exercitoria* per l'attività dell'*exercitor* nella sua potestà senza la *praepositio*) mentre il criterio classico di imputazione è basato sui limiti che possono emergere da una rigorosa interpretazione della *praepositio*¹³⁸? Come rilevato dal De Martino, la gestione *ex voluntate patris* non

¹³⁵ G. LONGO, *Actio exercitoria- actio institoria -actio quasi institoria*, cit., 589-603.

¹³⁶ Cfr. D.14.1.1.22.

¹³⁷ G. LONGO, *Actio exercitoria- actio institoria -actio quasi institoria*, cit., 598.

¹³⁸ F. DE MARTINO, *Studi sull'actio exercitoria*, cit., 29.

deriva da una vera *praepositio*, e sarebbe, pertanto, molto strano che i giuristi siano stati così ‘larghi’ nel riconoscere la responsabilità del padre di famiglia o del padrone per i debiti del figlio *exercitor* e nel contempo così rigorosi nell’ammettere la responsabilità dell’*exercitor* per i debiti del *magister navis*, anche quando questi era una persona in potestà¹³⁹. L’autore ha quindi osservato: “le scuole postclassiche costruiscono la ben diversa teoria della responsabilità *in solidum* del padre di famiglia o del padrone, *cuius voluntate* il dipendente esercita la gestione dell’impresa marittima”¹⁴⁰.

Sebbene i giuristi classici e postclassici abbiano fatto ricorso a diversi criteri di imputazione, la *ratio* sembra essere la stessa, cioè l’intervento di un terzo nei rapporti obbligatori e l’opportunità di ammettere la responsabilità del padre di famiglia o del padrone che altrimenti avrebbe potuto subire incrementi dall’attività negoziale dei sottoposti ma non decrementi sostanziali secondo lo *ius civile*¹⁴¹. Il Beseler ha assunto che Giuliano nell’ipotesi prospettata dal paragrafo 23 consigliasse di concedere un’*actio utilis*¹⁴².

IV. L’azione è perpetua e può passare agli eredi

L’*actio exercitoria* non viene meno in seguito alla morte dell’*exercitor*¹⁴³, così come non è influenzata dal cambiamento di *status* giuridico del *magister*, l’*exercitor* dovrebbe sempre rispondere per il contratto da questi concluso.

9. La connessione tra l’*actio exercitoria* e la rappresentanza diretta

L’*actio exercitoria*, considerando l’unilateralità dell’azione, può essere esercitata dal terzo contraente contro il preponente, ma il preponente non può agire con questa contro il terzo contraente.

Dobbiamo tuttavia notare che questo diritto unilaterale di agire non è assoluto, nel senso che il terzo contraente può agire non solo contro l’*exercitor* con tale azione,

¹³⁹ F. DE MARTINO, *Studi sull’actio exercitoria*, cit., 30.

¹⁴⁰ F. DE MARTINO, *Studi sull’actio exercitoria*, cit., 31.

¹⁴¹ Perciò la traduzione delle *actiones adiecticiae qualitatis* in cinese di Huang Feng è “l’azione di responsabilità del *dominus* o del *pater*”, cfr. §5, la tabella della traduzione delle azioni in cinese.

¹⁴² F. DE MARTINO, *Studi sull’actio exercitoria*, cit., 30.

¹⁴³ Cfr. D. 14.1.4.3.

ma anche contro il *magister navis* secondo lo *ius civile* quando il *magister* ha la capacità di rispondere per l'obbligazione assunta. Di regola, se l'*exercitor* ha preposto il suo schiavo o suo figlio come *magister*, in base al mancato riconoscimento della capacità giuridica degli schiavi e dei figli *alieni iuris* nello *ius civilis*, solo l'*exercitor* avrebbe potuto essere convenuto, ed esclusivamente, con l'*actio exercitoria*; quando il *magister* è un soggetto libero, il terzo contraente avrebbe potuto agire contro l'*exercitor* in base all'obbligazione di diritto onorario, oppure avrebbe anche potuto agire contro il *magister* in base all'obbligazione civile¹⁴⁴. Da questo possiamo quindi dedurre che i giuristi romani ancora non avevano eliminato la responsabilità personale dell'incaricato (libero) per i contratti da lui conclusi in nome del preponente¹⁴⁵.

Quindi, considerando sia l'unilateralità dell'azione, sia l'esistenza della responsabilità personale del *magister* (libero), sembra potersi affermare che nell'*actio exercitoria* non possa ancora dirsi esistito un istituto analogo a quello della moderna rappresentanza diretta. Questo è stato anche sostenuto dal romanista cinese Zhou Nan a proposito dell'istituto della rappresentanza romana. Egli, infatti, osservava che, nel diritto romano, la rappresentanza non sia stata riconosciuta pienamente tranne che nei casi di *procurator omnium bonorum ad re administrandas datus* e di *procurator ad litem*, i quali costituiscono comunque delle eccezioni¹⁴⁶. Anche il Bonfante riteneva che in origine, il vero *procurator* era soltanto il *procurator omnium bonorum ad re administrandas datus*, e che in seguito si sia affermata la figura specifica del *procurator ad litem*¹⁴⁷.

Tuttavia, dobbiamo riconoscere che con l'*actio quasi institoria* si andò molto vicino alla rappresentanza diretta, come si ricava, ad esempio, dalla lettura di D.17.1.10.5. Quando, perciò, Wacke descriveva i passaggi del riconoscimento della moderna rappresentanza diretta, sottolineava l'importanza dell'*actio exercitoria* nel passaggio dalla rappresentanza indiretta a quella diretta, ma, allo stesso tempo, evidenziava che il quarto ed ultimo passaggio per il pieno riconoscimento di quella diretta, cioè l'eliminazione della responsabilità personale dell'incaricato per i contratti

¹⁴⁴ Cfr. D. 14.1.1.17; D. 14.1.1.24; D. 14.1.5.1.

¹⁴⁵ A. WACKE, *Le azioni adiettizie*, cit., 607.

¹⁴⁶ Cfr. 周栴. 《罗马法原论》(下册) [M], 北京: 商务印书馆, 1994.621. (NAN ZHOU, *Il diritto romano*(2), Bei Jing, 1994, 621)

¹⁴⁷ P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 400.

da lui conclusi in nome del mandante, trovò compimento solo nello *ius commune* dell'età medioevale¹⁴⁸.

¹⁴⁸ A. WACKE, *Le azioni adiettizie*, cit., 606.

Capitolo III L'*actio institoria*

L'*exercitor* è tenuto in base all'*actio exercitoria* quando è stato concluso con il *magister navis* un negozio concernente traffici navali conforme all'ordine impartito dall'*exercitor*. Questo fenomeno esiste non solo nell'ambito del commercio marittimo, ma anche nell'ambito del commercio terrestre. Durante l'età repubblicana, diventò molto diffuso il fenomeno per cui l'imprenditore si impegnava a gestire un'attività tramite l'*institor* attraverso una *praepositio*. Per soddisfare le esigenze dello sviluppo economico, si modificò il modello chiuso e tradizionale dell'economia agricola basata sulla *familia* romana e, di conseguenza, si trovarono modi per poter combinare più efficientemente sia la forza lavoro che le esigenze legate ai traffici commerciali. A tal fine, il pretore introdusse l'*actio institoria* nell'ambito del commercio terrestre.

Le attenzioni della dottrina sull'*actio institoria* si sono spesso concentrate sulla connessione fra l'azione e la rappresentanza commerciale e su quella fra l'azione ed il sistema organizzativo dell'impresa romana¹⁴⁹. Tra gli studi maggiormente rappresentativi sono da citare quello di Wacke, il quale proponeva che l'*actio institoria* fosse all'origine della rappresentanza diretta¹⁵⁰; quello di Di Porto, il quale ha condotto una ricerca sulla connessione fra la responsabilità dell'imprenditore fondata sull'*actio institoria* e l'*institor* comune dal punto di vista del sistema organizzativo dell'impresa¹⁵¹.

Vanno ancora richiamato lo studio di Petrucci, il quale mette in evidenza

¹⁴⁹ F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 42-46; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec.a.C.- II sec.d.C.)*, cit., 37; A. PETRUCCI, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli institores ed i magistri navis nel diritto romano dell'età commerciale*, cit., 18; M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 185; P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano*, cit., 17-56; A. WACKE, *Le azioni adiettizie*, cit., 583; J. J. AUBERT, *Business managers in ancient Rome: a social and economic study of institores*, 200 B.C.-A.D. 250, cit., 15.

¹⁵⁰ A. WACKE, *Le azioni adiettizie*, cit., 583.

¹⁵¹ P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano*, cit., 41.

l'istituto della *praepositio* e la sua pubblicità, entrambi importanti per la protezione dei contraenti¹⁵² e lo studio dell'Aubert sull'*actio institoria* per la connessione fra la rappresentanza indiretta e diretta ed il sistema organizzativo commerciale¹⁵³.

10. La creazione dell'*actio institoria*: i giuristi romani utilizzarono la stessa *ratio* per giustificare la creazione pretoria dell'*actio institoria* e dell'*actio exercitoria*

'*Institor*' significa mercante, bottegaio, venditore, venditore ambulante¹⁵⁴. Tale termine sembra che per la prima volta ricorra in un testo di Cicerone del 44 a.C, poi entrando comunque nel vocabolario comunemente utilizzato dai giuristi classici e postclassici¹⁵⁵.

In base alla definizione di Ulpiano per cui "*cuicumque igitur negotio praepositus sit, institor recte appellabitur*", l'*institor* è, in sostanza, l'amministratore dell'impresa¹⁵⁶; Paolo così lo definisce: *Institor est, qui tabernae locove ad emendum vendendumve praeponitur quique sine loco ad eundem actum praeponitur*¹⁵⁷. Si deve però osservare che la capacità giuridica degli schiavi e dei figli *alieni iuris* non era riconosciuta dallo *ius civile* e, peraltro, non era riconosciuto l'istituto della rappresentanza diretta e quindi il terzo contraente e il preponente non avrebbero potuto avere direttamente rimedi contro l'*institor* secondo lo *ius civile*:

Se l'*institor* è uno schiavo, questi non può essere direttamente convenuto in giudizio, così come il suo *dominus* non sarebbe tenuto a rispondere per tale negozio.

Se l'*institor* è un *filius familias* può essere convenuto in giudizio, ma la sentenza non potrebbe essere eseguita nei suoi confronti, cioè non si potrebbe applicare la

¹⁵² A. PETRUCCI, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli institores ed i magistri navis nel diritto romano dell'età commerciale*, cit., 17-56.

¹⁵³ J. J. AUBERT, *Business managers in ancient Rome: a social and economic study of institores*, 200 B.C.-A.D. 250, cit., 40 -114.

¹⁵⁴ L. CASTIGLIONI – S. MARIOTTI, *Il vocabolario della lingua latina*(nuova edizione con appendice antiquaria), cit., 544.

¹⁵⁵ J. J. AUBERT, *Business managers in ancient Rome: a social and economic study of institores*, 200 B.C.-A.D. 250, cit., 28.

¹⁵⁶ Cfr.D.14.3.5pr.

¹⁵⁷ Cfr.D.14.3.18.

missio in bona e la *venditio bonorum*¹⁵⁸, nemmeno nel caso in cui abbia un *peculio*. Il figlio, infatti, non aveva la proprietà del *peculio*. Questa condizione durò sino al periodo di Augusto, il quale concesse ai *filiis familias* militari di poter disporre validamente per testamento dei proventi del servizio militare e dei beni con questi acquistati fino a che i figli hanno acquisito *peculium castrense*. Degli stessi beni si ammise presto che il *filius* potesse disporre anche con atti *inter vivos*¹⁵⁹.

Se l'*institor* è un libero *sui iuris*, il terzo contraente avrebbe potuto agire contro l'*institor* direttamente con l'azione civile o onoraria, nel caso in cui questi non avesse adempiuto alla sentenza, il terzo contraente avrebbe potuto chiedere l'esecuzione. Tuttavia, l'*institor* compie la gestione con il patrimonio del preponente, non avendo egli stesso un patrimonio sufficiente per compiere la gestione, perciò il patrimonio personale, di regola, non era, comunque, una buona garanzia per l'obbligazione, quindi il terzo contraente non avrebbe potuto beneficiare di un rimedio adeguato.

Il terzo contraente, in caso di inadempimento, avrebbe potuto, invece, essere chiamato a rispondere per l'obbligazione assunta. Qualora l'*institor* fosse stato in potestà, il *pater* avrebbe potuto automaticamente acquisire il diritto di agire contro il terzo contraente; qualora l'*institor* fosse stato un libero, il *pater* avrebbe potuto agire contro questo con l'azione civile; qualora l'*institor* fosse stato in potestà di altri, sebbene il preponente non potesse agire contro il terzo¹⁶⁰, avrebbe potuto agire contro l'*institor* con l'*actio mandati* o contro il *dominus* dell'*institor* con l'*actio locati*.

Perciò, comparando la situazione giuridica del *dominus* o del *pater* dell'*institor* a quella dei terzi contraenti emerge che la posizione degli ultimi è più debole. La mancanza di un rimedio adeguato da parte dello *ius civile*, di conseguenza, causava una situazione di ingiustizia. Per colmare tale lacuna della tutela dei terzi contraenti, il pretore creò la figura dell'*actio institoria*, con la quale i terzi contraenti avrebbero potuto agire contro il padre di famiglia o il padrone o preponente dell'*institor*: *Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam*

¹⁵⁸ J. J. AUBERT, *Business managers in ancient rome: a social and economic study of institores*, 200 B.C.-A.D. 250, cit., 48.

¹⁵⁹ Cfr. D.14.6.2. "*peculium castrense*", P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 138.

¹⁶⁰ Dall'indagine di Aubert sembra che nel 200 d.C., il rappresentato potesse agire contro il terzo direttamente con l'*actio utilis*. Cfr. J. J. AUBERT, *Business managers in ancient Rome: a social and economic study of institores*, 200 B.C.-A.D. 250, cit., 49.

obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri. Il passo di Ulpiano illustra chiaramente come giuristi romani avessero fatto uso della stessa *ratio* per giustificare la creazione pretoria dell'*actio institoria* e dell'*actio exercitoria*¹⁶¹ cioè: è parso equo che colui che ottenne dei vantaggi dall'attività dei propri sottoposti fosse obbligato in base ai negozi da questi compiuti.

Relativamente ad una collocazione temporale precisa dell'introduzione dell'*actio institoria*, l'Albanese riteneva che il modo di esprimersi di Gai 4.71, D.14.3.3 e 18 facesse pensare che il primo caso di *actio institoria* sia stato quello dell'*institor tabernae*¹⁶². Alan Watson sostiene che l'*actio institoria*, almeno nel periodo di Servio, fosse già apparsa, la prova proverrebbe sempre da D.14.3.5.1: *Nam et servius libro primo ad brutum ait, si quid cum insulario gestum sit vel eo, quem quis aedificio praeposuit vel frumento coemendo, in solidum eum teneri* (tale autore sottolineava che non ci sono dubbi sulla genuinità del passo)¹⁶³.

11. I presupposti dell'*actio institoria*

I. I soggetti: il preponente (l'imprenditore), l'*institor* e il terzo contraente

Come per l'*actio exercitoria*, anche per l'*actio institoria* tre sono le parti interessate, cioè: il preponente (l'imprenditore), l'*institor* e il terzo contraente. Quando l'imprenditore autorizza un *institor* a gestire l'impresa e concludere i contratti con gli altri, il pretore riconosce al terzo contraente il diritto di agire contro l'imprenditore con l'*actio institoria*.

Per quanto riguarda la capacità giuridica necessaria per essere un *institor*, non ci sono requisiti speciali, cioè l'*institor* può essere uno schiavo, un figlio, una donna e perfino un *minor*¹⁶⁴.

Per quanto riguarda l'imprenditore, non sono previsti dei requisiti speciali; però quando l'imprenditore è un *pupillus* per la *praepositio* è necessaria l'autorizzazione

¹⁶¹ Cfr. D.14.1.1.1.

¹⁶² B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 149, nt.652.

¹⁶³ A. WATSON, *The law of obligations in the later roman republic*, Oxford, 1965, reprinted Scientia, 1986,186.

¹⁶⁴ Cfr. D.14.3.7.1; D.14.3.7.2; D.14.3.8.

del tutore¹⁶⁵, o, nel caso in cui l'erede dell'imprenditore che aveva preposto l'*institor* fosse un minore, se il suo tutore non avesse rimosso la *praepositio*, l'erede sarebbe stato obbligato in base all'azione *institoria*, altrimenti no¹⁶⁶. Tuttavia, nell'ultimo caso, il terzo contraente può agire contro il minore nella misura di quanto si sia arricchito dall'attività dell'*institor*¹⁶⁷. Da questo punto di vista, la *ratio* di tale azione è simile a quella dell'*actio de peculio*¹⁶⁸. Tuttavia se un minore fosse stato chiamato a comparire in giudizio, avrebbe potuto opporre un'eccezione sull'età, perché il pretore affermò che la capacità di rendersi conto della realtà fosse necessaria per l'imputazione di una responsabilità¹⁶⁹. Da ciò, possiamo notare l'attenzione dei giuristi romani alla tutela dei minori.

II. Il campo di applicazione dell'*actio institoria*: la *praepositio* dell'*institor* non è limitata dal pretore ad un commercio specifico

In base all'editto, la *praepositio* dell'*institor* non è limitata ad un commercio specifico, come Ulpiano disse, *cuicumque igitur negotio praepositus sit, institor recte appellabitur*¹⁷⁰. Servio, Labeone e Ulpiano come emerge da D.14.3.5.1-9, enumerano quasi dieci tipi di attività commerciali in riferimento alla produzione dei beni, alla circolazione dei beni, alla produzione di servizi:

A) Coltivazione agricola

B) Compravendita, mutuo

C) Trasporto, amministrazione di beni immobili, attività bancaria, funeraria, attività dei tintori, sartoria, stazione di cambio degli animali, ricevere il denaro in contanti da alcuni clienti¹⁷¹.

Wacke ritiene che in base a quanto risulta da D.40.9.10 di Gaio, i romani conducevano spesso i propri negozi oltremare e lontano dal luogo di residenza, per il tramite di schiavi o liberti¹⁷².

¹⁶⁵ Cfr. D.14.3.9.

¹⁶⁶ Cfr. D.14.3.11.pr; D.14.3.17.2.

¹⁶⁷ Cfr. D.14.3.10.

¹⁶⁸ Cfr. D.15.1.1.4.

¹⁶⁹ Cfr. D.14.3.11.1.

¹⁷⁰ Cfr. D.14.3.5pr.

¹⁷¹ Si compari l'ambito di applicazione dell'*actio institoria* con l'art. 2195 del C.c.italiano, alcuni elementi sono in comune.

¹⁷² A. WACKE, *Le azioni adiettie*, cit., 597.

Non tutti i giuristi romani furono, tuttavia, concordi circa l'ambito di applicazione dell'*actio institoria*. Ulpiano confermò l'opinione di Servio e Labeone, affermando che nel campo della coltivazione agricola potesse applicarsi l'*actio institoria* quando l'*institor* era preposto all'acquisto di frumento o alla coltivazione dei campi¹⁷³. Paolo, invece, ritenne che se il fattore sia stato preposto solo per percepire i frutti e non per ottenere i profitti, il terzo contraente non avrebbe potuto agire contro il proprietario con l'*actio institoria*, salvo che la *praepositio* avesse anche incluso la vendita di merci¹⁷⁴. Questa discordanza dimostra, inoltre, che tra i giuristi romani vi erano delle diverse opinioni relativamente all'inquadramento della *praepositio*.

III. I limiti al potere gestionale dell'*institor*: l'editto distingue due categorie di atti dell'*institor*: atti necessari all'esercizio di un commercio e atti accessori al commercio

L'*institor* avrebbe dovuto esercitare la gestione nei limiti della *praepositio*¹⁷⁵, tuttavia, riguardo la spiegazione dei limiti dalla *praepositio*, i giuristi romani non si trovarono d'accordo. L'editto distingue due categorie di atti dell'*institor*: atti necessari all'esercizio di un commercio e atti accessori al commercio¹⁷⁶. Per la prima, la spiegazione del suo contenuto sembra piuttosto rigorosa, ad esempio quando l'*institor* sia preposto alla vendita di merci, l'imprenditore sarebbe soltanto tenuto in base all'azione da compera; parimenti quando l'*institor* sia preposto soltanto ad acquistare, l'imprenditore sarebbe tenuto soltanto in base all'azione da vendita, cioè l'imprenditore non dovrebbe essere tenuto né se avrà preposto l'*institor* a comprare e quello avrà veduto, né se lo ha preposto a vendere e quello ha acquistato¹⁷⁷. Quando l'*institor* sia preposto esclusivamente a prestare denaro ad interesse, il preponente non dovrebbe rispondere per la garanzia per un debito altrui fatto dall'*institor*¹⁷⁸. Invece, per la seconda, il contenuto della *praepositio* sarebbe più ampio, ad esempio, se

¹⁷³ Cfr. D.14.3.5.1,2

¹⁷⁴ Cfr. D.14.3.16.

¹⁷⁵ Cfr. D.14.3.5.11

¹⁷⁶ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette (libri XIV-XV)*, Tradotti ed annotati da P. BONFANTE, Milano, 1907, 76-77.

¹⁷⁷ Cfr. D.14.3.5.12.

¹⁷⁸ Cfr. D.14.3.19.3.

qualcuno abbia dato a mutuo del denaro ad un institore preposto a comprare merci, si applica l'*actio institoria* e lo stesso vale anche se il denaro sia stato prestato per pagare il canone del locale¹⁷⁹, così come l'*actio institoria* si applica se l'institore, preposto alla vendita dell'olio, abbia ricevuto un pegno a garanzia del prezzo¹⁸⁰.

IV. Chi risponde con l'*actio institoria*: il preponente dell'*institor*, cioè l'imprenditore

Il soggetto contro cui è diretto l'esercizio dell'*actio institoria* è il preponente dell'*institor*, cioè l'imprenditore. La *praepositio* può essere fatta da egli stesso, ovvero dal suo procuratore, tutore o curatore. Perciò l'azione può essere esercitata contro il principale, il minore¹⁸¹ ed anche contro lo stesso procuratore se è un procuratore *omnium bonorum*¹⁸².

V. Le caratteristiche dell'azione: unilaterale, in *solidum*, perpetua e trasmissibile agli eredi

L'azione è unilaterale. L'imprenditore non può agire in via diretta nei confronti del terzo contraente che conclude un contratto con il suo *institor*¹⁸³.

L'*actio institoria* è *in solidum*. Anche in presenza di un peculio, il terzo contraente comunque potrebbe chiedere all'imprenditore di rispondere con l'*actio institoria* per l'intero¹⁸⁴. Quando vi sono più imprenditori ciascuno è tenuto *in solidum*¹⁸⁵.

L'*actio institoria* è perpetua e si trasmette agli eredi, cioè non vi sono limiti di tempo¹⁸⁶ e può essere esercitata sia contro l'erede sia a favore dell'erede¹⁸⁷. Vale a dire l'azione non viene meno con la morte del preponente dopo la conclusione del contratto e l'erede continua ad esse tenuto, perché "*non enim putandum est ei, qui sciens dominum decessisse cum institore exercente mercem contrahat*"¹⁸⁸. Anche il

¹⁷⁹ Cfr. D.14.3.5.13.

¹⁸⁰ Cfr. D.14.3.5.15; D.14.3.5.16.

¹⁸¹ Cfr. D.14.3.5.18.

¹⁸² Cfr. D.14.3.6.

¹⁸³ Cfr. D.14.3.1.

¹⁸⁴ Cfr. G.4.74.

¹⁸⁵ Cfr. D.14.3.13.2; D.14.3.14.

¹⁸⁶ Cfr. D.14.3.5.17.

¹⁸⁷ Cfr. D.14.3.15.

¹⁸⁸ Cfr. D.14.3.17.3.

mutamento di *status* dell'*institor* non influisce sull'utilizzo dell'azione, ad esempio, se l'*institor* è uno schiavo successivamente emancipato, il terzo contraente può comunque agire tramite l'*actio institoria* contro il preponente¹⁸⁹.

Tuttavia, per il terzo contraente, non è necessaria una conoscenza della morte dell'imprenditore. Glück ritiene che i giuristi romani non siano tutti concordi su questo punto. Secondo l'opinione di Ulpiano¹⁹⁰, infatti, il terzo contraente avrebbe potuto agire contro gli eredi con l'*actio institoria*, non avendo conoscenza della morte dell'imprenditore. Invece, secondo l'opinione di Paolo, avallata anche da Pomponio, sembra che il terzo contraente potesse agire con l'azione contro gli eredi anche nel caso in cui avesse saputo che il preponente non era più in vita¹⁹¹.

12. La *praepositio*: un atto di volontà del preponente che si sostanzia da un lato nel dare autorizzazione ai terzi a negoziare con i suoi sottoposti, dall'altro lato, nel definire i limiti dell'ambito entro il quale i terzi potevano negoziare con il sottoposto con la certezza di poter far valere eventualmente i loro crediti contro il preponente

Il riconoscimento della capacità negoziale del soggetto *alieni iuris*, nel diritto romano, poteva avvenire a due condizioni: “quella che la cosa alienata rientri nel peculio e quella che si sia avuto un *iussus*, una autorizzazione specifica”¹⁹². La Miceli sostiene che la *praepositio* sia un'attività di cooperazione, svolta in maniera stabile e continuativa con la quale venga affidato il compito di porre in essere una pluralità di negozi e non singole operazioni¹⁹³. Rispetto alla *praepositio exercitoria*, la tecnica di regolamentazione giuridica nella *praepositio institoria* sarebbe più precisa.

Come ausiliario, l'*institor* è una parte dell'organizzazione imprenditoriale e svolge l'attività con i terzi, la posizione di *institor* indica più una posizione giuridica che non un lavoro. Albanese sottolinea che la *praepositio* è un atto di volontà del preponente, cioè, da un lato, si sostanzia nel dare autorizzazione ai terzi a negoziare

¹⁸⁹ Cfr. D.14.3.19.1.

¹⁹⁰ Cfr. D.14.3.11.pr.

¹⁹¹ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette(libri XIV-XV)*, cit., 71.

¹⁹² A. BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, cit., 32.

¹⁹³ M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 207.

con i suoi sottoposti; dall'altro lato, nel definire i limiti dell'ambito entro il quale i terzi potevano negoziare con il sottoposto con la certezza di poter far valere eventualmente i loro crediti contro il preponente¹⁹⁴.

I. I modelli di *praepositio*: la *praepositio* esplicita e quella tacita

I modi in cui poteva porsi in essere la *praepositio* includono la *praepositio* esplicita, la quale si compiva con una espressa manifestazione di volontà, e quella tacita, cioè conferita in modo tale da permettere di ricostruire la volontà sulla base di elementi di fatto. Alla *praepositio* tacita l'editto non pare abbia dato un riconoscimento positivo, ma, da un frammento di Paolo, sembra emergere il contrario: D.14.5.8 da Paolo, 1 *decr. Titianus primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. cum autem et alia quaedam gessisse et horrea conduxisse et multis solvisse idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam. dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, non pro aliis suscipit debitum: non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem nec videtur hoc dominum mandasse. sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisset, sententiam conservavit imperator.* Dal passo possiamo comunque notare le perplessità dei giuristi romani circa il riconoscimento della *praepositio* tacita. La sentenza del *praefectus annonae* e la conferma della sentenza da parte dell'imperatore dimostrano che la *praepositio* tacita sarebbe stata riconosciuta¹⁹⁵.

II. Il fondamento della *praepositio*: la *potestas* o il contratto

La *praepositio* è fondata sulla *potestas* (il *pater familias* autorizza il figlio o lo schiavo), ovvero sul contratto tra il *pater familias* e i liberi o i figli o gli schiavi altrui¹⁹⁶.

III. Il contenuto della *praepositio*: l'*institor* acquista un potere di gestione generale e continuativo; l'attività della gestione deve avvenire nell'ambito della

¹⁹⁴ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 150.

¹⁹⁵ A. WACKE, *Le azioni adietizie*, cit., 603.

¹⁹⁶ J. J. AUBERT, *Business managers in ancient Rome: a social and economic study of institores*, 200 B.C.-A.D. 250, cit., 9-10; E. COSTA, *Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano*, cit., 63.

***praepositio*; non rileva se l'*institor* si impegni nella gestione in nome proprio o in nome del preponente; l'*institor* non può preporre un altro *institor* senza il permesso del preponente**

Vediamo ora che cosa l'istitore può fare in base alla *praepositio*. Come limitavano i giuristi romani i poteri dell'*institor*? Per i giuristi moderni la delimitazione del confine dell'autorizzazione è ancora un problema difficile da risolvere.

A) L'*institor* acquista un potere di gestione generale e continuativo.

Torniamo ad analizzare D.14.5.8, secondo Paolo lo schiavo, il figlio o il libero acquistano poteri generali riguardo l'esercizio di un commercio, comprendendo non solo tutti gli atti che rientrano nei limiti del commercio al quale la *praepositio* si riferisce, ma anche tutti gli altri atti che siano necessari e appartenenti al commercio stesso.

Glück ritiene che “il diritto romano illustra molto bellamente la distinzione degli atti appartenenti e necessari; i primi costituenti il diretto contenuto dall'azienda commerciale, i secondi necessari al suo esercizio”¹⁹⁷. Nell'*actio institoria*, gli atti appartenenti includono:

Il ricevere un pegno a garanzia del prezzo per vendere le merci per cui l'istitore è stato preposto: D.14.3.5.15 Ulpianus 28 ad ed. *Item si institor, cum oleum vendidisset, anulum arrae nomine acceperit neque eum reddat, dominum institoria teneri: nam eius rei, in quam praepositus est, contractum est: nisi forte mandatum ei fuit praesenti pecunia vendere. quare si forte pignus institor ob pretium acceperit, institoriae locus erit.*

Il ricevere garanzie dagli altri. Per quanto riguarda il rapporto tra l'*actio institoria* e le garanzie, se le seconde interessano l'*institor* e rientrano nell'ambito della *praepositio*, si applica l'*actio institoria*: D.14.3.5.16 da Ulpianus 28 ad ed. *Item fideiussori, qui pro institore intervenerit, institoria competit: eius enim rei sequella est.*

Il mutuo per comprare le merci o pagare l'affitto: D.14.3.5.13 da Ulpiano 28 ad ed. *Sed si pecuniam quis crediderit institori ad emendas merces praeposito, locus est institoriae, idemque et si ad pensionem pro taberna exsolvendam: quod ita verum*

¹⁹⁷ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette* (libri XIV-XV), cit., 76-77.

puto, nisi prohibitus fuit mutuari.

Rispetto all'onere della prova per un rapporto che rientra tra gli atti necessari e tra quelli appartenenti, il terzo contraente è tenuto a dare la prova; inoltre *Iulianus* affermò che se il terzo contraente sia riuscito a fornire tale prova, si sarebbe potuta ancora applicare l'*actio utilis*, cioè agire contro l'imprenditore con l'*actio institoria*: D.14.3.13pr. tratto da *Ulpianus 28 ad ed. Habebat quis servum merci oleariae praepositum arelatae, eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuam pecuniam: putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione: probare non potuit mercis gratia eum accepisse. licet consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen iulianus utilem ei actionem competere ait.*

La concessione di un potere generale e continuativo di gestione all'institore è stata ripresa dall'art. 2204 del C.c Italiano/1942 seppur da questo sia esclusa la facoltà di alienare o ipotecare i beni immobili del preponente senza un'espressa autorizzazione¹⁹⁸.

B) L'attività della gestione deve avvenire nell'ambito della *praepositio*.

I poteri generali e continuativi dell'*institor* sembra abbiano dei limiti, ciò si evince dalle parole contenute in D.14.3.5.11, tratto da *Ulpianus 28 ad ed. :Non tamen omne, quod cum institore geritur, obligat eum qui praeposuit, sed ita, si eius rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est, id est dumtaxat ad id quod eum praeposuit.* Tramite tali limiti fissati attraverso la *praepositio*, l'imprenditore può realizzare la gestione e, nel contempo, prevedere un confine della sua responsabilità rispetto all'*actio institoria*¹⁹⁹.

Per comprendere l'estensione di tali limiti è necessario tenere conto di due aspetti: in primo luogo, l'*institor* deve svolgere la propria attività nell'ambito della *praepositio*, ad esempio, se è preposto a vendere le merci, non può compiere acquisti e viceversa: D.14.3.5.12 *Ulpianus 28 ad ed. Proinde si praeposui ad mercium distractionem, tenebor nomine eius ex empto actione: item si forte ad emendum eum praeposueram, tenebor dumtaxat ex vendito: sed neque si ad emendum, et ille vendiderit, neque si ad vendendum, et ille emerit, debebit teneri, idque cassius probat.*

¹⁹⁸ Codice Civile spiegato articolo per articolo(9), Roma, 2005, 1268.

¹⁹⁹ A. PETRUCCI, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli institores ed i magistri navis nel diritto romano dell'età commerciale*, cit., 21-22.

In secondo luogo, l'imprenditore può dettare dei limiti espliciti ai poteri dell'*institor*²⁰⁰:

- a) Il divieto di contrarre con l'*institor* rivolto a certe persone;
- b) La richiesta di contrarre solo con determinate persone;
- c) L'intervento di garanti personali;
- d) L'assunzione di garanzie reali;
- e) La nomina di più institori con compiti diversi.

Tuttavia, anche se non si tratta in senso stretto di limiti alla *praepositio*, nel delineare i confini dell'attività di gestione, occorre tener presente che “se fuori della sede dell'impresa sia stato apertamente dato avviso ai terzi di non contrarre con colui che opera in essa, questi non si considera preposto e non assume quindi il ruolo di institore”, come messo, infatti, in luce in D.14.3.11.6 Ulpianus 28 ad ed. *Sed si in totum prohibuit cum eo contrahi, praepositi loco non habetur, cum magis hic custodis sit loco quam institoris: ergo nec vendere mercem hic poterit nec modicum quid ex taberna.*

Paolo affermò, inoltre, che, se l'imprenditore vieta ad altri di contrarre con l'*institor*, questi non sarebbe tenuto in base all'*actio institoria*, ma se fosse stato costituito un *peculio* o se l'imprenditore avesse conseguito un arricchimento, il terzo contraente avrebbe potuto almeno soddisfarsi con l'*actio de peculio* o *de in rem verso*²⁰¹. Da ciò emerge che l'obiettivo del pretore era volto al raggiungimento di un equilibrio, cioè questi permetteva all'imprenditore di limitare la sua responsabilità tramite l'esclusione del potere di contrarre, ma allo stesso tempo forniva un rimedio per il terzo contraente tramite la coordinazione reciproca delle *actiones adiecticiae qualitatis*. In sostanza: se nella *praepositio* dell'imprenditore vi è un divieto di concludere contratti tra i terzi contraenti e l'*institor*, l'imprenditore potrebbe opporsi all'esercizio dell'*actio institoria* ma non all'esercizio dell'*actio de peculio* o *de in rem verso*. Come ancora affermato da Paolo, nella fattispecie concreta il rimedio consiste in una *replicatio doli*, grazie alla quale il creditore attore potrebbe almeno soddisfarsi *dumtaxat de peculio vel de in rem verso*²⁰².

²⁰⁰ Cfr. D.14.3.11.5.

²⁰¹ Cfr. D.15.1.47.pr.

²⁰² A. PETRUCCI, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli institores ed i magistri navis nel diritto romano dell'età commerciale*, cit., 38.

Il problema della tutela del terzo contraente resta di fondamentale rilievo nel diritto moderno, ad esempio, nell'art.50 del HGB/1897, viene direttamente rifiutato l'effetto giuridico per i terzi contraenti delle limitazioni della *Prokura*²⁰³.

C) L'*institor* deve compiere la gestione in nome dell'imprenditore?

Non importa che l'*institor* si impegni nella gestione in nome proprio o in nome del preponente, quest'ultimo sarebbe comunque tenuto in base all'*actio institoria*, se l'attività sia stata svolta nell'ambito della *praepositio*²⁰⁴. Alla luce di D.14.3.17pr.;19pr.e19.3, quando l'*institor* non esercita in nome del preponente, il preponente risponde della *stipulatio* compiuta dall'*institor*²⁰⁵. Wacke sostiene che nel diritto moderno è indifferente se un negozio venga concluso espressamente in nome del *dominus negotii*, o se le circostanze rendano evidente che il negozio, per volontà dei contraenti, sia stato concluso in nome di costui²⁰⁶.

D) Sostituto nominato dall'*institor*

L'*institor* non può preporre un altro *institor* senza il permesso del preponente.

Si rende necessaria l'analisi di due passi: il primo, D.14.1.1.5 (Ulpianus 28 ad ed.) *Magistrum autem accipimus non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister: et hoc consultus iulianus in ignorante exercitore respondit: ceterum si scit et passus est eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur. quae sententia mihi videtur probabilis: omnia enim facta magistri debeo praestare qui eum praeposui, alioquin contrahentes decipientur: et facilius hoc in magistro quam institore admittendum propter utilitatem. quid tamen si sic magistrum praeposuit, ne alium ei liceret praepondere? an adhuc iuliani sententiam admittimus, videndum est: finge enim et nominatim eum prohibuisse, ne titio magistro utaris. dicendum tamen erit eo usque producendam utilitatem navigantium*; il secondo D.14.3.7pr. (Ulpianus 28 ad ed.) *Sed et si quis meam rem gerens praeposuerit et ratum habuero, idem erit dicendum.*

²⁰³ Cfr. [德]《德国商法典》[Z].杜景林、卢湛译,北京:中国政法大学出版社,1999.23.(La traduzione cinese del HGB, trad. da Jinglin Du, Zhan Lu, Bei Jing,1999, 23.)

²⁰⁴ A. WACKE, *Le azioni adiettizie*, cit., 605.

²⁰⁵ A. WACKE, *Le azioni adiettizie*, cit., 605.

²⁰⁶ A. WACKE, *Le azioni adiettizie*, cit., 605; e [德]《德国民法典》[Z].郑冲、贾红梅译,北京:法律出版社,1999.31.(La traduzione cinese del BGB, trad. da Chong Zheng, Hongmei Jia, Bei Jing,1999.31. l'art.164).

Ovviamente su questo punto i giuristi romani hanno usato soluzioni diverse per l'*actio institoria* e l'*actio exercitoria*. Considerando la tutela concessa con l'*actio exercitoria*, sembra che i rischi della gestione del commercio marittimo abbiano avuto maggiore rilevanza nel pensiero dei giuristi romani, per questo al *magister navis* veniva lasciata una maggiore indipendenza rispetto all'*institor*. Ciò certamente rivela una diversa sensibilità dei giuristi romani nei confronti del commercio marittimo, dopotutto, per la maggior parte, i cereali venivano trasportati a Roma dall'Africa in nave²⁰⁷.

IV. Gli effetti giuridici della *praepositio*

Il preponente risponde non solo per gli atti leciti compiuti dall'*institor*, ma anche per i fatti illeciti da questi compiuti²⁰⁸, tra i quali sono compresi il *furtum* e il *dolus* dell'*institor*:

D.14.3.5.8 (Ulpianus 28 ad ed.)*Idem ait, si libitinarius servum pollinctorem habuerit isque mortuum spoliaverit, dandam in eum quasi institoriam actionem, quamvis et furti et iniuriarum actio competeret.*

D.14.3.5.9 *Idem labeo ait: si quis pistor servum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum, deinde is pecunia accepta praesenti, ut per dies singulos eis panem praestaret, conturbaverit, dubitari non oportet, quin, si permisit ei ita dari summas, teneri debeat.*

D.44.4.5.3 (Paulus 71 ad ed.)*Actoris, qui exigendis pecuniis praepositus est, etiam posterior dolus domino nocet.*

Questi passi sollevano dei problemi particolari, cioè quando l'*institor* commette un furto o un qualsiasi altro atto illecito, chi deve rispondere per tali attività? Labeone e Paolo estesero l'*actio institoria* all'ambito della responsabilità extracontrattuale, vale a dire l'imprenditore deve rispondere per i fatti illeciti del suo *institor*. Per quanto riguarda questa responsabilità dell'imprenditore, la causa dell'imputazione proviene dalla *praepositio*, in proposito il Costa concludeva che "il rapporto obbligatorio sorga per fatto del preposto *eius rei causa cui praepositus est*, non importa poi se in forza di

²⁰⁷ S. NANAMI, *La storia dei romani VIII, La crisi e il superamento*, trad. da Zheng Weixin, Taibei, 1998.

²⁰⁸ E. COSTA, *Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano*, cit., 70.

un negozio da lui concluso, o invece di un atto delittuoso ch'egli abbia commesso, perché il preponente, solidalmente con lui, ne sia tenuto verso i terzi”²⁰⁹.

Tuttavia secondo l'editto, l'imprenditore non può esperire l'azione contro i terzi contraenti direttamente in base a tali contratti: D.14.3.2 (Gaius 9 ad ed. provinc.) *Eo nomine, quo institor contraxit, si modo aliter rem suam servare non potest.*

Sebbene gli effetti giuridici fossero unilaterali, Ulpiano citò l'opinione di Marcello, il quale affermava che si dovesse riconoscere, a colui che ha preposto l'*institor*, l'azione contro quelli che abbiano concluso un contratto con quest'ultimo²¹⁰.

Marcello voleva colmare questa lacuna e riteneva che dovesse essere conosciuta al preponente un'azione contro i terzi contraenti. Da questo testo sembra che cominciasse ad affievolirsi la regola dell'assunzione unilaterale della responsabilità nel diritto classico.

13. La pubblicità della *praepositio*

La *praepositio* è alla base della responsabilità dell'imprenditore per l'obbligazione assunta dall'*institor* con il terzo contraente, quindi è importante proteggere il diritto ad ottenere informazioni circa la *praepositio*; proprio per questo, i giuristi hanno messo a punto un sistema completo di pubblicità della *praepositio* nell'ambito dell'*actio institoria*.

I. Il contenuto della *praepositio* e sua pubblicità: le limitazioni speciali o le indicazioni particolari

D.14.3.11.5 (Ulpianus libro 28 ad edictum) *Conditio autem praepositionis servanda est: quid enim si certa lege vel interventu cuiusdam personae vel sub pignore voluit cum eo contrahi vel ad certam rem? Aequissimum erit id servari, in quo praepositus est. Item si plures habuit institores, vel cum omnibus simul contrahi voluit vel cum uno solo. Sed et si denuntiavit cui, ne cum eo contraheret, non debet institoria teneri: nam et certam personam possumus prohibere contrahere vel certum genus hominum vel negotiatorum, vel certis hominibus permittere. Sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio:*

²⁰⁹ E. COSTA, *Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano*, cit., 70. Anche cfr. F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette* (libri XIV-XV), cit., 60.

²¹⁰ Cfr. D.14.3.1.

neque enim decipi debent contrahentes.

Ulpiano ritiene che le limitazioni speciali o le richieste particolari, cioè le clausole speciali aggiunte fuori della *praepositio* generale, debbano essere pubblicate. Queste includono la proibizione ad un soggetto di concludere un contratto con l'istitutore, l'indicazione dell'oggetto del contratto speciale, l'indicazione di provvedere ad una garanzia e l'assegnazione del diritto ad amministrare a diversi istitutori.

II. Le forme della pubblicità

Ulpiano descrive dettagliatamente le forme della pubblicità:

D.14.3.11.3(*Ulpianus libro 28 ad edictum*) *Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti. Litteris utrum Graecis an Latinis? Puto secundum loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam litterarum. Certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur.*

D.14.3.11.4 (*Ulpianus libro 28 ad edictum*) *Proscriptum autem perpetuo esse oportet: ceterum si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptione contractum sit, institoria locum habebit.*

La preposizione deve essere pubblicata in forma scritta ed in modo chiaro, ad un'altezza appropriata per esser vista, ed in un luogo pubblico affinché gli interessati possano venirne a conoscenza. Tale pubblicità deve essere continua, e non può essere modificata spesso: D.14.3.11.3(*Ulpianus libro 28 ad edictum*) [...] *Sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio: neque enim decipi debent contrahentes.*

III. Cosa si intende per mancata pubblicità

D.14.3.11.4 (*Ulpianus libro 28 ad edictum*) *Proscriptum autem perpetuo esse oportet: ceterum si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptione contractum sit, institoria locum habebit. Proinde si dominus quidem mercis proscripsisset, alius autem sustulit aut vetustate vel pluvia vel quo simili contingit, ne proscriptum esset vel non pareret, dicendum eum qui praeposuit teneri. Sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius praepONENTI nocere debet, nisi particeps doli fuerit qui contraxit.*

Sulla base del passo di Ulpiano, le ipotesi di mancata pubblicità possono

distinguersi in: mancata pubblicità reale e fittizia.

Si ha mancata pubblicità fittizia quando in realtà una pubblicità vi è, ma il pubblico non può conoscerla a causa della lingua, delle modalità di affissione, del luogo in cui viene posta in essere ed eventi di forza maggiore che la inficino dopo che sia avvenuta (ad esempio, clima, tempo etc.), in queste circostanze la responsabilità in base ad un'*actio institoria* non viene meno. Per quanto riguarda quella reale, si intende l'ipotesi in cui la pubblicità, dopo essere stata posta in essere, sia stata tolta intenzionalmente da un'altra persona o dall'istitutore stesso; anche in tal caso, la responsabilità dell'imprenditore non può essere esclusa, salvo che anche il terzo contraente non vi abbia dolosamente partecipato. È chiaro che in diritto romano all'imprenditore si applica un principio di stretta responsabilità giuridica, cioè anche se l'imprenditore non abbia colpa oppure la pubblicità non sia stata realizzata per causa di forza maggiore o dolo di un'altra persona, è comunque concessa contro di lui l'*actio institoria*.

14. Il rapporto tra la *praepositio* ed il mandato

Nel diritto classico il mandato è un contratto tipico, in base al quale una parte adempie gratuitamente un affare specifico sulla base di un incarico assegnatole dall'altra parte, la natura degli atti del mandatario è molto simile a quella dell'istitutore, cioè in entrambi i casi si rientra nell'ambito di una "cooperazione rappresentativa"²¹¹, tuttavia, tra tali figure sussistono delle chiare differenze.

I. Gli oggetti sono diversi

L'oggetto del mandato è un affare preciso che è descritto specificamente in anticipo nel contratto di mandato²¹². L'oggetto della *praepositio* dell'istitutore consiste in una serie di attività riguardanti la gestione, che ancora non sono state poste in essere e che non è possibile prevedere, in dettaglio, come dovranno essere compiute; il preponente, dunque, non può predeterminare, in modo chiaro e concreto il contenuto dell'attività dell'istitutore.

II. Il requisito della gratuità non è presente in entrambi

²¹¹ M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 201.

²¹² Cfr. D.17.1.2 pr.

Il mandato deve essere gratuito²¹³, però per quanto riguarda l'incarico affidato all'institore non c'è questo requisito.

III. Trasmissibilità agli eredi

Il mandato non può essere trasferito agli eredi²¹⁴, il rapporto del preponente con l'*institor*, invece, può esserlo, la morte del preponente non influenza la continuità della gestione dell'impresa²¹⁵. Il Wacke ritiene che la differenza tra l'*actio institoria* e l'azione di mandato consista in questo: l'azione di mandato non può vincolare l'erede, ma nell'*actio institoria* la morte dell'institore non influenza la continuità della gestione, cioè come organizzazione, la sua esistenza è indipendente della personalità dell'imprenditore²¹⁶.

IV. Le obbligazioni che ne derivano sono diverse

Con il contratto del mandato sorge una obbligazione tra il mandante ed il mandatario²¹⁷, ma, inseguito alla *praepositio*, l'obbligazione nasce tra il preponente ed il terzo contraente.

Per quanto riguarda tali differenze, la moderna dottrina romanistica pone principalmente la propria attenzione sull'imprevedibilità del contenuto dell'autorizzazione ed sull'indipendenza relativa all'attività dell'institore. La Miceli, ad esempio, ritiene che nel mandato la volontà del mandante decida il contenuto del mandato, però, per quanto riguarda l'institore, la volontà del preponente è manifestata solo all'inizio e, nel contempo, deve porre in essere la pubblicità per delimitare l'attività di amministrazione; si tratta, quindi, di una responsabilità esterna, e l'attività di gestione non è completamente prevedibile²¹⁸.

Con il passare del tempo, le differenze tra i due istituti non saranno più molto chiare, data l'emersione, tra l'altro, dell'*actio quasi institoria*. Siccome il diritto civile nega il regime della rappresentanza, emerge frequentemente la rappresentanza commerciale sulla base del mandato, in cui, comunque, applicando soltanto l'azione di mandato, non si sarebbe, eventualmente, riusciti ad addossare la responsabilità al

²¹³ Cfr. D.17.1.1.4.

²¹⁴ Cfr. D.17.1.26pr.

²¹⁵ Cfr. D.14.3.15; D.14.3.5.17.

²¹⁶ A. WACKE, *Le azioni adiettizie*, cit., 598.

²¹⁷ Cfr. D.17.1.1pr.

²¹⁸ M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitat'is'*, cit., 189.

mandante che ne avesse, in realtà, ottenuto il vantaggio. Ciò fu considerato ingiusto, come si legge in D.17.1.10.5 (Ulpianus libro 31 ad edictum) *Idem Papinianus libro eodem refert fideiussori condemnato, qui ideo fideiussit, quia dominus procuratori mandaverat ut pecuniam mutuam acciperet, utilem actionem dandam quasi institoriam, quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur*. A questo tipo di mandato, quindi, “si applica il modello dell’*actio institoria* nella giurisprudenza del periodo postclassico”²¹⁹, con ciò si dimostra che i giuristi romani fossero stati a conoscenza dei limiti del regime tradizionale del mandato per soddisfare le esigenze dello sviluppo economico. Emerge, pertanto, la figura dell’*actio quasi institoria* che è applicata alle ipotesi di mandato per il compimento di alcuni specifici negozi commerciali.

L’espansione dell’*actio institoria* nel campo della rappresentanza commerciale derivante da un rapporto di mandato costituisce un’ulteriore prova del fatto che il regime della rappresentanza e quello del mandato hanno funzioni diverse e che non possono sostituirsi reciprocamente. I giuristi romani, tramite il mandato, arrivano a regolare il rapporto tra il preponente e l’istitutore, tramite l’espansione dell’applicazione dell’*actio institoria* disciplinano il rapporto tra il preponente ed il terzo contraente. La regolamentazione sul piano interno e sul piano esterno del regime della rappresentanza commerciale matura lentamente con l’integrazione dell’azione di mandato e dell’*actio institoria*.

²¹⁹ A. WACKE, *Le azioni adiettizie*, cit., 610.

Capitolo IV L'*actio quod iussu*

L'*actio quod iussu* viene contemplata nell'editto pretorio insieme all'*actio de peculio* e all'*actio de in rem verso*, però visto che la responsabilità derivante dall'*actio quod iussu* non è limitata ad un patrimonio particolare, ma è *in solidum*, in teoria dovrebbe appartenere allo stesso genere dell'*actio exercitoria* e dell'*actio institoria*. Questa azione occupa poco spazio nel Digesto, i frammenti che la riguardano non sono molti rispetto a quelli relativi alle altre azioni, ma il rapporto di intersezione reciproca tra essa, l'*actio exercitoria*, l'*actio institoria* e l'*actio de peculio*, le assegna una posizione particolare nell'ambito delle *actiones adiecticiae* ed è sempre stata oggetto di studio da parte della dottrina romanistica²²⁰. Il Bonfante ritiene che l'*actio quod iussu* sia la più antica tra le azioni adietizie, argomentando che: “il carattere primitivo di quest'azione specialmente di fronte a tutte le azioni adietizie che hanno un'impronta commerciale tipica o portano il suggello di uno sviluppo economico o di un affinamento notevole dei concetti giuridici come l'azione *de peculio et de in rem verso*”²²¹. Questa azione non solo mostra una forma primitiva del regime della rappresentanza moderna, ma presenta anche “un regime organizzativo dell'attività economica vecchia”²²².

Nel precedente capitolo I relativo alle *actiones adiecticiae qualitatis* in generale, abbiamo già affrontato la questione della periodizzazione della nascita dell'*actio quod iussu* ed è già stato sottolineato che alcuni studiosi ritengono che l'*actio quod iussu* sia stata la prima delle azioni adietizie²²³.

²²⁰ Cfr. F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette (libri XIV-XV)*, cit., 213-222; P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano*, cit., 44-45; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 146-148; J. J. AUBERT, *Business managers in ancient Rome: a social and economic study of institores, 200 B.C.-A.D. 250*, cit., 50-52.

²²¹ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette (libri XIV-XV)*, cit., 215, la nota di P. Bonfante.

²²² F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette (libri XIV-XV)*, cit., 215, la nota di Bonfante.

²²³ F. GLÜCK, *Commentario alle pandette (libri XIV-XV)*, cit., 215. Nello studio sull'origine dell'*actio quod iussu* P. Bonfante ritiene che dal punto di vista dell'uso tecnico del termine, “*iussum*” sia l'uso più antico negli ambienti di diritto privato e di diritto pubblico, e l'azione sopraddeata sia prima emersa rispetto alle altre *actiones adiecticiae*; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 160. Egli rileva che nelle *Institutiones* di Gaio questa azione si trova collocata all'inizio della trattazione di queste azioni, quindi sarebbe

15. Profili dell'*actio quod iussu*

Vediamo *in primis* come questa azione viene descritta nelle *Institutiones* di Gaio e di Giustiniano.

G.4.70 *In primis itaque si iussu patris dominiue negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumue comparauit, et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominiue quam filii seruiue fidem sequitur*²²⁴.

I.4.7.1 *Si igitur iussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum praetor adversus dominum actionem pollicetur, scilicet quia qui ita contrahit fidem domini sequi videtur*²²⁵.

L'*actio quod iussu* è collocata all'inizio delle azioni cosiddette adietizie in entrambe le *Institutiones*, proprio come la più generale di queste azioni intentate contro il padre di famiglia o il padrone per l'atto del soggetto *alieni iuris*, sulla base dell'*actio quod iussu* il pretore inizia, successivamente, ad introdurre altri tipi di *actiones adiecticiae*, ad esempio l'*actio exercitoria*, l'*actio institoria* e l'*actio de peculio*, ecc. Tutti e due i passi sottolineano che il fondamento dell'azione consiste nella fiducia del contraente nei confronti del padre di famiglia o del padrone e, alla base della fiducia vi è lo *iussum*. Nei passi di Gaio e di Giustiniano relativi all'*actio quod iussu* si usa la stessa parola *fides* per spiegare il fondamento dell'azione concessa dal pretore.

Vediamo un testo sull'*actio quod iussu* riportato nel Digesto: D.15.4.1 pr. Ulpianus libro 29 ad ed. *Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet*.

Per quanto riguarda l'*actio quod iussu*, la differenza tra la trattazione contenuta

stata la prima ad essere introdotta; G. LONGO, *Actio exercitoria- actio institoria- actio quasi institoria*, cit., 582. J. J. AUBERT, *Business managers in ancient Rome: a social and economic study of institores, 200 B.C.-A.D. 250*, cit., 70-71. Egli ritiene che prima emergesse l'*actio quod iussu*, inizialmente limitata a qualche affare specifico con l'*alieni iuris* e, poi, piano piano, estesa all'attività di gestione, e alla fine sarebbero state create l'*actio exercitoria* e l'*actio institoria*.

²²⁴ Cfr.[古罗马]盖尤斯.《法学阶梯》[Z].黄风译,北京:中国政法大学出版社,1996.322.(GIUS, *Institutiones*, trad. da Feng Huang, BeiJing, 1996, 322)

²²⁵ Cfr.[古罗马]优士丁尼.《法学阶梯》(第2版)[Z].徐国栋译,北京:中国政法大学出版社,2005.485.(IUSTINIANI, *Institutiones*(2), trad. da Guodong Xu, BeiJing, 2005, 485.)

nel Digesto e quella contenuta nelle *Institutiones* rispettivamente di Gaio e Giustiniano è la seguente: in queste ultime, come già osservato, si sottolinea che la *fides* è il fondamento dell'azione, mentre, nel Digesto, Ulpiano sottolinea che il fondamento della responsabilità è nello *iussum*.

Relativamente all'*actio quod iussu*, sulla base di quanto si apprende dal Digesto e dalle due *Institutiones* ricordate, possiamo, comunque, concludere che quando qualcuno, in base ad un ordine del padre di famiglia o del padrone, conclude un contratto rispettivamente con un *filius familias* o con un servo di questi, il pretore deve riconoscere a questa persona il diritto di intentare direttamente un'azione, che deve essere *in solidum*, contro il padre di famiglia o il padrone.

16. L'analisi dei presupposti essenziali per la concessione dell'*actio quod iussu*

I. I soggetti: il *pater familias* e il *dominus* sono le persone che possono dare lo *iussum*

Il *pater familias* e il *dominus* sono i soggetti che possono dare l'ordine. Se si è concluso un contratto con un servo su *iussum* del curatore dell'adolescente o del pazzo o del prodigo si deve concedere l'*actio quod iussu* nei confronti di coloro dei quali era il servo²²⁶.

Diversamente dall'*actio exercitoria* e dall'*actio institoria*, il *pater familias* non può far ricadere l'attività connessa all'ordine su di una persona libera al fuori della sua famiglia.

II. Il contenuto dello *iussum*

Di solito il contenuto dello *iussum* è un affare specifico.

III. La forma dello *iussum*: l'autorizzazione davanti a testimoni, per lettera, con parole solenni o attraverso un *nuncius*

Comparando la forma dello *iussum* con quella richiesta per la *praepositio*, si osserva che l'emanazione dello *iussum* ha dei requisiti formali più stringenti. Ulpiano descrive le forme dell'emanazione dello *iussum* includendo: l'autorizzazione davanti a testimoni, per lettera, con parole solenni o attraverso un *nuncius*²²⁷. Si concede l'*actio*

²²⁶ Cfr. D.15.4.1.9.

²²⁷ Cfr. D.15.4.1.1.

quod iussu anche contro chi abbia successivamente ratificato ciò che un suo servo o suo figlio abbia gerito²²⁸.

IV. La revoca dello *iussum*

Lo *iussum* è revocabile prima che ci si affidi ad esso per concludere un contratto²²⁹. Se un *pater familias* muoia prima che sia stato dato seguito al suo *iussum*, questo è altresì revocabile²³⁰.

V. La responsabilità derivante dallo *iussum* è illimitata, ma il contratto deve essere concluso nell'ambito dello *iussum*

La responsabilità derivante dall'*actio quod iussu* è *in solidum*²³¹.

Il contratto deve concludersi nell'ambito dello *iussum*, se, ad esempio, il figlio fa qualcosa fuori del contenuto dello *iussum*, il *pater familias* non è responsabile. L'interpretazione di tale ambito è molto stretta, ad esempio, se il *pater familias* ordina di dare a mutuo del denaro ad un certo interesse, il prestito deve essere limitato al tasso d'interesse stabilito, il *pater familias* non è responsabile per la parte in cui tale limite venga superato²³²; se il figlio offre in garanzia della terra senza l'accordo del suo *pater familias*, quest'ultimo non è responsabile in base all'*actio quod iussu*, ma potrebbe contro di questi essere esperita l'*actio de peculio* o l'*actio de in rem verso*.

17. Il fondamento della responsabilità dell'*actio quod iussu*: lo *iussum*, l'autorizzazione data al terzo contraente; revisione critica dell'interpretazione secondo la quale lo *iussum* sarebbe rivolto al soggetto *alieni iuris*

Dal nome di questa azione si evince che essa è fondata sullo *iussum*. Il rapporto tra l'azione sopraddetta e lo *iussum* è la ragione principale per cui il terzo contraente può intentare un'azione contro il soggetto che emette l'ordine.

La maggior parte degli studiosi considerano lo *iussum* come la ragione fondamentale per cui il padre di famiglia o il padrone sono responsabili degli atti dei propri figli o degli schiavi, proprio come nel caso della *praepositio* e del *peculium*.

²²⁸ Cfr. D.15.4.1.6.

²²⁹ Cfr. D.15.4.1.2.

²³⁰ Cfr. D.29.2.25.14.

²³¹ Cfr. D.15.4.1pr.

²³² Cfr. D.15.4.3..

Albanese, ad esempio, ritiene che le situazioni da cui nasce la responsabilità adiettizia si collegano a tre casi nei quali il pretore ravvisò, con piena ragione, un comportamento del *dominus* tale da importare una sua chiara assunzione preliminare dei rischi patrimoniali eventualmente conseguenti all'operato del servo; i tre casi di cui sopra sono quelli dello *iussum*, della *praepositio* e dell'esistenza di un *peculium*²³³.

Ci sono due interpretazioni di *iussum* nell'ambito dell'*actio quod iussu*: dal punto di vista del suo significato letterale, lo *iussum* è un'imposizione unilaterale di volontà, cioè il padre di famiglia o il padrone impone la propria volontà all'atto che verrà posto in essere dal soggetto *alieni iuris*. Ma alcuni studiosi pensano che questa interpretazione sia sbagliata, secondo loro *iussum* nell'*actio quod iussu* non è dato al soggetto *alieni iuris*, ma al terzo contraente. Si tratterebbe, invece, di una dichiarazione di volontà di volersi obbligare all'atto posto in essere da un determinato soggetto *alieni iuris*.

Il conflitto tra le due opinioni si concentra sul determinare se lo *iussum* è diretto al soggetto *alieni iuris* oppure al terzo contraente. Su questo punto gli studiosi non sono d'accordo. Il Kaser ritiene che lo *iussum* debba individuarsi nell'indicazione che è data al soggetto *alieni iuris*, ma questa indicazione deve essere comunicata al terzo contraente in forma non ufficiale²³⁴. Bonfante ritiene che dal significato lessicale delle parole, lo *iussum* sia un ordine, però si osserva che in tutti i testi in cui lo *iussum* ha un riferimento concreto, questo riferimento è precisamente al terzo contraente²³⁵. Alan Watson ritiene che lo *iussum* sarebbe diretto al terzo contraente, non allo schiavo²³⁶. Albanese spiega che lo *iussum* è “un esplicito invito ad un terzo perché egli concluda uno o più negozi con un determinato servo: in sostanza, si assicura al terzo che il servo indicato negozierà per conto di chi aveva formulato il *iussus*”²³⁷.

Leggiamo D.15.4.3 (Ulpianus libro secundo responsorum) *Dominum qui iussit semissibus usuris servo suo pecuniam mutuam credi, hactenus teneri quatenus iussit: nec pignoris obligationem locum habere in his praediis, quae servus non ex voluntate*

²³³ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 146.

²³⁴ J. J. AUBERT, *Business managers in ancient Rome: a social and economic study of institores*, 200 B.C.-A.D. 250, cit., 51, nt.43.

²³⁵ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette (libri XIV-XV)*, cit., 214, la nota di Bonfante.

²³⁶ A. WATSON, *The law of obligations in the later roman republic*, cit., 186, 187.

²³⁷ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 147.

domini obligavit. Nonostante questo testo non dica espressamente che l'indicazione del *dominus* debba essere comunicata alla persona che commercia con il servo, il *dominus* può essere responsabile solo per la parte di prestito inferiore al tasso d'interesse indicato dallo stesso. Avendo presente l'atteggiamento dei giuristi romani di protezione dell'interesse del terzo contraente, che emerge nell'*actio exercitoria* e nell'*actio institoria*, essendo l'ambito della responsabilità interpretato in questo caso in modo restrittivo, sembra necessario che la precisa indicazione del *dominus* sia comunicata al terzo contraente. Quando Aubert analizza l'opinione di Kaser, ritiene che questo passo "indica oscuramente la necessità della comunicazione dello *iussum* al terzo contraente"²³⁸.

Alcuni studiosi hanno cercato di conciliare queste diverse opinioni. Sulla base dell'evoluzione del significato di "*iussum*", questi ritengono che *iussum* indichi non solo l'autorizzazione all'altra persona, ma anche l'ordine al soggetto *alieni iuris* ²³⁹. Sulla base della spiegazione riportata in un dizionario latino-italiano, *iussum* deriva dal verbo *iubere*, che ha quattro significati: ordinare, prescrivere (medicina), stipulare, ed invitare. Secondo Bonfante *iussum* deriva da *ius habere*, cioè "ritenere o riconoscere come diritto" e per sostenere questo egli richiama la formula classica di interrogazione al popolo: *velitis, iubeatis, quiritēs?* E afferma che al *ius habere* della *rogatio* corrisponde il *ius esto* dell'antica legge che si conserva nelle XII tavole: *ita ius esto*. Poiché lo *iussum* del popolo, continua ad affermare Bonfante, "cioè la sua dichiarazione che una proposta divenga norma di diritto, converte la proposta in un comando, la dichiarazione divenne anche la denominazione del precetto, e così la parola assunse il significato di comando in generale"²⁴⁰. Dalla visione di tale evoluzione si nota che il significato di tale parola sia una combinazione di ordinare e di dichiarare.

Sebbene non vi sia un testo in cui possiamo direttamente leggere se lo *iussum* è

²³⁸ J. J. AUBERT, *Business managers in ancient Rome: a social and economic study of institores*, 200 B.C.-A.D. 250, cit., 51.

²³⁹ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette (libri XIV-XV)*, cit., 215, il commento di Bonfante alle opinioni di Thibaut e di Vangerow.

²⁴⁰ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette (libri XIV-XV)*, cit., 215, la nota di Bonfante: egli ritiene che l'evoluzione del significato di questa parola è simile a quella di *fides*; all'inizio *fides* in latino voleva dire onestà, virtù di dire il vero, stare ai patti; era una dote attiva non passiva. Il nuovo significato sarebbe sorto dall'influenza cristiana e canonica.

dato all'*alieni iuris* oppure al terzo contraente che stipula il contratto con l'*alieni iuris*, ritengo che ci aiuti molto la *ratio* sulla quale i giuristi romani hanno fondato questa azione, *ratio* che emerge dalle *Institutiones* di Gaio e di Giustiniano

G.4.70 *In primis itaque si iussu patris dominiue negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumue comparauit, et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominiue quam filii seruiue fidem sequitur*²⁴¹.

I.4.7.1 *Si igitur iussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum praetor adversus dominum actionem pollicetur, scilicet quia qui ita contrahit fidem domini sequi videtur*²⁴².

Chiaramente, sia Gaio che Giustiniano sottolineano che la ragione dell'intentare l'*actio quod iussu* è “*magis patris dominiue quam filii seruiue fidem sequitur*”, “*fidem domini sequi videtur*”. Il pretore ha concesso questa azione allo scopo di proteggere la fiducia del terzo contraente rispetto al padre di famiglia o al padrone, non per indicare la persona che deve porre in essere le attività derivanti dall'ordine. Dobbiamo sottolineare la differenza di questa azione dalle altre già esaminate, ad esempio nell'*actio institoria* parliamo della *praepositio* da parte dell'imprenditore all'istitutore e sulla base di questa, l'imprenditore deve essere responsabile non solo per gli atti negoziali posti in essere dall'istitutore, ma anche per i suoi atti illeciti, perché per sua colpa ha fatto affidamento su un istitutore inadeguato²⁴³. Ma, nell'*actio quod iussu*, il terzo contraente conosce bene l'esistenza dello *iussum*, quindi conosce bene anche il fatto che in realtà la persona con la quale ha concluso il negozio è il *pater familias* dell'*alieni iuris*²⁴⁴. Perciò, sembra essere più ragionevole l'opinione secondo cui lo *iussum* è la dichiarazione fatta al terzo contraente.

Vediamo i testi contenuti nel Digesto. Nel commento all'editto l'opinione di Ulpiano è molto chiara, egli prima afferma espressamente che lo *iussum* è il fondamento della responsabilità legata all'azione di cui si discute:

²⁴¹ Cfr. [古罗马]盖尤斯.《法学阶梯》[Z].黄风译,北京:中国政法大学出版社,1996.322. (GIUS, *Institutiones*, trad. da Feng Huang, BeiJing, 1996, 322).

²⁴² Cfr.[古罗马]优士丁尼.《法学阶梯》(第2版)[Z].徐国栋译,北京:中国政法大学出版社,2005.485. (IUSTINIANI, *Institutiones*, trad. da Guodong Xu, BeiJin, 2005, 485.)

²⁴³ Cfr. .14.1.1.9; D.14.3.5.8..

²⁴⁴ La Miceli, nell'analizzare il rapporto tra questa azione ed la fiducia del terzo contraente nei passi dell'*actio quod iussu* delle *Institutiones* di Gaio, parla anche di questo punto. Cfr. M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 311..

D.15.4.1pr.(Ulpianus libro 29 ad edictum) *Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet*. Questo passo mostra che il pretore ha concesso questa azione per agire nei confronti del padre di famiglia e del padrone nel caso in cui il negozio concluso tra il terzo contraente e l'*alieni iuris* è proprio come quello che si sarebbe voluto concludere tra il terzo contraente ed il padre di famiglia e il padrone dell'*alienis iuris*; l'*alienis iuris* sembra dunque essere soltanto un mezzo per contrarre. Ulpiano sottolinea, inoltre, la necessità del terzo contraente di conoscere l'ordine, e confronta la revoca dell'*actio quod iussu* con quella del mandato, ritenendo che tutte e due siano valide a condizione che siano note al terzo contraente prima del perfezionamento del contratto: D.15.4.1.2 (Ulpianus libro 29 ad edictum) *Sed ego quaero, an revocare hoc iussus antequam credatur possit: et puto posse, quemadmodum si mandasset et postea ante contractum contraria voluntate mandatum revocasset et me certiorasset*.

18. Il rapporto tra l'*actio quod iussu* e l'*actio institoria*

Nell'*actio quod iussu* e nell'*actio institoria* il padre famiglia e il padrone assumono la responsabilità *in solidum*, la prima dipende dal *iussum*, la seconda dalla *praepositio*; la differenza tra *iussum* e *praepositio* riflette la differenza piuttosto palese tra le due azioni menzionate.

I. Il diverso contenuto dello *iussum* e della *praepositio*

Lo *iussum* relativo all'*actio quod iussu* riguarda un affare specifico, invece, nel caso della *praepositio*, il contenuto è relativo ad una serie di attività, legate ad una gestione continua. Il pretore applica un'interpretazione stretta al contenuto dello *iussum* dell'*actio quod iussu*, che è molto concreto e chiaro; il contenuto della *praepositio* relativa all'*actio institoria* è, invece, più ampio, è simile ad un potere generale di rappresentanza nel diritto civile moderno.

Analizzando la differenza tra *iussum* e *praepositio*, J.J.Aubert afferma che lo *iussum* è una operazione indipendente²⁴⁵. Nell'affrontare il tema della differenza tra lo schiavo che pone in essere le attività legate allo *iussum* e lo schiavo come *institor*, Cerami sostiene che lo schiavo in seguito allo *iussum* è solo un semplice schiavo

²⁴⁵ J. J. AUBERT, *Business managers in ancient Rome: a social and economic study of institores*, 200 B.C.-A.D. 250, cit., 51.

incaricato occasionalmente di concludere determinati negozi con terzi²⁴⁶.

II. La differenza della persona che pone in essere le attività

La persona che pone in essere le attività legate allo *iussum* può soltanto essere un *alieni iuris*, cioè uno schiavo o un *filius familias*; invece, nell'*actio institoria* un soggetto *sui iuris* può accettare la *praepositio* come institore.

III. La differenza della revoca

Rispetto ai casi che rientrano nell'ambito dell'*actio institoria*, le condizioni per la revoca dello *iussum* sono meno rigorose. La revoca della *praepositio* deve essere resa pubblica e l'intervenuta morte del preponente non influisce sull'efficacia degli atti dell'institore. Questo mostra di nuovo la differenza tra *iussum* e *praepositio*, cioè, il primo concerne affari specifici, il secondo concerne una serie di attività di gestione, che certamente necessitano di continuità, stabilità e pubblicità.

IV. La differenza sotto il profilo della trasmissibilità agli eredi

Lo *iussum* viene invalido con la morte del soggetto che lo emana, invece, dopo la morte del preponente la *praepositio* è ancora produttiva di effetti nei confronti dei suoi eredi in ragione della necessità della continuità dell'attività di gestione.

V. La differenza con riferimento alla ratio

La *ratio* dell'*actio quod iussu* è quella di proteggere la fiducia del terzo contraente nei confronti del padre di famiglia o del padrone. Oltre alla protezione della fiducia del terzo contraente, nel caso dell'*actio institoria* viene preso in considerazione l'equilibrio nella distribuzione degli interessi riferiti all'attività di gestione considerando anche i problemi concreti legati alla struttura dell'impresa e dell'attività di gestione.

19. Il rapporto tra *iussum*, mandato e garanzia

I. La differenza tra lo *iussum* e il mandato

Glück rileva che una chiara differenza tra uno *iussum* e un mandato è nel fatto che il mandato è attribuito a persone non soggette a potestà²⁴⁷. È molto importante sottolineare che nell'*actio quod iussu* lo *iussum* non è un contratto e neanche è

²⁴⁶ P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano*, cit., 46.

²⁴⁷ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette (libri XIV-XV)*, cit., 216.

previsto un consenso reciproco, trattandosi, piuttosto, di un atto unilaterale. Il mandato è sicuramente un contratto. Watson è d'accordo con l'opinione del Solazzi, in base alla quale lo *iussum* sarebbe una dichiarazione unilaterale, non un mandato, perché nel secondo caso sarebbe necessario un *consensus*²⁴⁸.

Se il *pater familias* non ha dato un ordine al *filius* di contrarre un'obbligazione, ma ha dato mandato ad un terzo di concludere un negozio con il *filius familias*, contro il padre non ha luogo l'*actio quod iussu*, ma piuttosto l'*actio mandati*²⁴⁹.

II. La differenza tra lo *iussum* e la garanzia

Ulpiano ha citato l'opinione di Marciano per risolvere il problema del *pater familias* che conferisce una garanzia a suo figlio: D.15.4.1.5 Ulpianus libro 29 ad edictum Quid ergo si fideiusserit pro servo? *Ait Marcellus non teneri quod iussu: quasi extraneus enim intervenit: neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fideiussionis, sed quia aliud est iubere, aliud fideiubere: denique idem scribit, etsi inutiliter fideiusserit, tamen eum non obligari quasi iusserit, quae sententia verior est.* Dal testo in esame si evince che Marciano e Ulpiano sostengono che vi sia la distinzione tra *iussum* e garanzia data dal *dominus*, in quanto, in quest'ultimo caso, il *dominus* interviene come se fosse un estraneo. Si ritiene che il *dominus* nel caso dello *iussum* è come se fosse il contraente del contratto e il terzo contraente può intentare direttamente un'azione contro il *dominus*. Se il *dominus* garantisce, invece, l'obbligazione dello schiavo, egli non è una parte contraente, perciò può solamente intervenire nel rapporto contrattuale in qualità di terzo²⁵⁰. Glück ritiene che la distinzione meticolosa fatta dai giuristi romani abbia valore anche nel diritto moderno²⁵¹.

²⁴⁸ A. WATSON, *Contract of mandate in roman law*, cit., 140-141; S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Napoli, 1935, 74.

²⁴⁹ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette (libri XIV-XV)*, cit., 219.

²⁵⁰ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette (libri XIV-XV)*, cit., 222.

²⁵¹ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette (libri XIV-XV)*, cit., 222.

Capitolo V L'*actio de peculio*: L'origine del sistema della responsabilità limitata al *peculium*

20. La posizione dell'*actio de peculio* nella storia del sistema giuridico romanistico

Sul piano economico ed in riferimento all'istituto dell'impresa, l'*actio de peculio* assume una posizione di rilievo nella Roma antica: grazie a questa azione si è creato uno strumento giuridico attuare la separazione dei patrimoni negli affari e, di conseguenza, la responsabilità limitata²⁵²; ha permesso, in una certa misura, di modificare il fondamento dell'economia (dalla produzione agricola allo scambio commerciale), richiamando, perciò, moltissime attenzioni da parte della giurisprudenza in relazione alla responsabilità limitata dell'imprenditore.

L'*actio exercitoria*, *institoria* e *quod iussu* forniscono un strumento giuridico grazie al quale l'imprenditore può gestire un affare utilizzando altri soggetti e, allo stesso tempo, permettono di contemperare gli interessi del contraente terzo, il quale può agire direttamente contro l'imprenditore. Queste azioni, tuttavia, hanno un inconveniente: il grande rischio dell'imprenditore derivante dalla responsabilità illimitata. Per limitare la responsabilità dell'imprenditore alla prevedibilità, il pretore ha introdotto l'*actio de peculio*, rispondendo così alle esigenze economiche ed evolvendo il diritto romano, avendo comunque presente la tradizione giuridica.

L'*actio de peculio* ha le seguenti caratteristiche: il *dominus* attribuisce una parte del suo patrimonio (cioè il *peculium*) al proprio schiavo perché lo amministri; il *peculium* assume la configurazione di 'patrimonio separato' del *dominus*, in quanto è separato dal restante suo patrimonio, ossia la *res domini*. Il *peculium*, infatti è del

²⁵² F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, cit., 230; F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 61-64; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 146-162; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, cit., 42-57; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, Napoli, 1976, 13; M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 229-292; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 87; F. KELLER, *Il processo civile romano e le azioni*, cit., 105; A. WATSON, *Contract of mandate in roman law*, cit., 79; A. WATSON, *The law of obligations in the later roman republic*, cit., 186; A. WATSON, *Roman slave law*, Baltimore, 1987, 95.

dominus, ma rappresenta il limite della responsabilità del *dominus* stesso dinanzi ai creditori *ex causa peculiari* e costituisce un autonomo centro di imputazione giuridica²⁵³. Il *dominus* risponde per qualsiasi obbligazione assunta dallo schiavo nella gestione peculiare nei limiti dell'attivo del peculio. Fronto Papirius, sottolinea nel testo riportato in D.15.1.40pr. (Marcianus 5 reg.) che “*Peculium nascitur crescit decrescit moritur, et ideo eleganter papirius fronto dicebat peculium simile esse homini*”²⁵⁴. Talamanca ritiene che con il termine *peculium* i romani designavano, in senso tecnico, un insieme di beni e di diritti²⁵⁵. Qui il *servus* rappresenta l'organo vitale e il *peculium* vive giuridicamente ed economicamente attraverso l'attività di amministrazione dello schiavo, ma il *dominus* è e rimane il proprietario del *peculium*. L'*actio de peculio* è lo strumento in base al quale veniva riconosciuta una responsabilità limitata²⁵⁶.

Il rilievo di tale azione è stato più volte messo in luce dai romanisti, in particolare sotto il profilo dell'importanza che questa rivestiva sul piano economico. Watson sottolineava il ruolo che il peculio ha rivestito nella personificazione degli schiavi dal punto di vista giuridico²⁵⁷. Serrao asserisce: “nessuna rilevanza giuridica e minima importanza economica presenta, fino a tutto il IV secolo, un istituto che avrà enorme importanza per la vita economica dell'età successiva: il *peculium*”²⁵⁸. Albanese sostiene che l'ammissione pratica della possibilità che un servo abbia un suo patrimonio rivela già con estrema chiarezza il progressivo riconoscimento in termini sempre più ampi del servo come uomo; riconoscimento a cui si è costretti dalla forza stessa dei fatti²⁵⁹. L'importanza di questa azione si riflette nel fatto che con essa il rischio dell'imprenditore è limitato ad un bene determinato, implicando ciò che la responsabilità è limitata al medesimo bene. L'*actio de peculio* sembra quindi essere il modello più risalente dell'istituto della responsabilità imprenditoriale limitata.

²⁵³ A. DI PORTO, *Il diritto commerciale romano una 'zona d'ombra' nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialist'*, cit., 413 ss.

²⁵⁴ Cfr. D.15.1.40pr.

²⁵⁵ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 87.

²⁵⁶ A. DI PORTO, *Il diritto commerciale romano una 'zona d'ombra' nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialist'*, cit., 413 ss.

²⁵⁷ A. WATSON, *Roman slave law*, cit., 95.

²⁵⁸ F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, cit., 230.

²⁵⁹ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 151.

21. Profili generali dell'*actio de peculio*

I. La nascita dell'*actio de peculio*

Il *peculium*, come fenomeno economico, è precedente rispetto all'introduzione dell'*actio de peculio*. Jhering sostiene che il *peculium* sia un termine ed un istituto derivato dal rapporto di clientela precedente alla nascita della *civitas*²⁶⁰. Serrao ha condotto uno studio sull'origine del termine '*peculium*' e sulla connessione fra '*peculium*', '*pecu*', '*pecunia*'. L'autore ritiene che il termine *peculium* fosse il diminutivo di *pecu*, il quale, originariamente, indicava una piccola parte del gregge che il *pater* riconosceva come appartenente di fatto al *filius* o al *servus* pastore, *peculium* venne quindi esteso ad indicare qualsiasi piccolo complesso di beni, sia che si fosse trattato di cose che di danari²⁶¹.

L'introduzione dell'*actio de peculio* è strettamente collegata al cambiamento dell'atteggiamento del diritto nei confronti della capacità d'agire dell'*alieni iuris*: vi sarebbe stata una contraddizione fra l'incapacità d'agire dell'*alieni iuris* e le esigenze pratiche dell'esercizio degli affari e ciò ha spinto all'introduzione dell'*actio de peculio*.

II. Il *peculium*

A) La costituzione, l'accrescimento, la riduzione e la revoca del *peculium*

I requisiti costitutivi del *peculium* consistono da un lato, nel permesso del *dominus*²⁶²; da un altro, nella consegna del bene. Il *peculio* può, inoltre, essere accresciuto, oppure, decrescere quando i servi vicari o i beni periscano; viene meno quando è revocato²⁶³. Non si verifica un accrescimento nel caso in cui il *dominus* manifesti semplicemente di voler rispondere dell'obbligazione che sarebbe, altrimenti, gravata sugli schiavi.

²⁶⁰ Sull'origine di *peculio*, cfr. V. JHERING, *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain*(3), cit., 240; F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, cit., 230-231; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, cit., 13.

²⁶¹ F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, cit., 231; M. ERNOUT, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*.Pari, 1959, 231.

²⁶² Cfr. D.15.1.5.4.

²⁶³ Cfr. D.15.1.40.1.

B) Le fonti del *peculium*

Il *peculium* consiste, oltre che in ciò che è stato consegnato dal *dominus*, in ciò che lo schiavo si è procurato con il suo risparmio, o con i suoi servi, o in ciò che si sarà meritato gli venisse donato²⁶⁴. Vale a dire che vengono a far parte del peculio i beni che lo schiavo acquista mediante l'utilizzazione di tale peculio o tramite donazioni, legati o lasciati ereditari²⁶⁵. Non viene, invece, fatto rientrare nel *peculium* quello che il servo abbia avuto all'insaputa del *dominus*, per esempio i proventi di furti²⁶⁶, così come le tuniche o oggetti simili che il *dominus* deve necessariamente fornire allo schiavo²⁶⁷. Albanese sostiene che il *peculium* può, in sostanza, essere costituito: dagli apporti derivati direttamente da conferimenti del titolare del potere sul servo; dagli apporti risultanti dall'attività del servo; dalle attribuzioni patrimoniali da parte di terzi al servo²⁶⁸.

C) Oggetto del *peculium*

Ulpiano, nel libro ventinovesimo all'editto, affermava “*res esse possunt omnes*”²⁶⁹. Persino lo schiavo vicario e il ‘suo’ *peculium* possono entrare a far parte del *peculium* ‘dello’ schiavo ordinario²⁷⁰.

D) Il proprietario del *peculium*

Il proprietario del *peculium* è: *pater familias* o *dominus*. Il proprietario ha la potestà di revocarlo, però il suo potere di disporne è limitato. Per essere proprietari del *peculium* non ci sono requisiti basati sul sesso²⁷¹. Il pupillo o il pazzo non possono costituire un peculio al servo, tuttavia, qualora il peculio sia stato costituito precedentemente, cioè prima che fossero sorti problemi mentali, oppure, sia stato costituito dal padre del pupillo, questo non verrà comunque per tali cause revocato²⁷².

²⁶⁴ Cfr. D.15.1.39.

²⁶⁵ Cfr. D.23.3.39pr. (Ulpianus 33 ad ed.) *Si serva servo quasi dotem dederit, deinde constante coniunctione ad libertatem ambo pervenerint peculio eis non adempto et in eadem coniunctione permanserint, [...]*

²⁶⁶ Cfr. D.15.1.4.2.

²⁶⁷ Cfr. D.15.1.40.1.

²⁶⁸ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 152.

²⁶⁹ Cfr. D.15.1.7.4.

²⁷⁰ Cfr. D.15.1.17.

²⁷¹ Cfr. D.15.1.3.2.

²⁷² Cfr. D.15.1.7.

E) ‘L’organo’²⁷³ del *peculium*

‘L’organo’ del *peculio* è un soggetto *alieni iuris*, sia uomo che donna²⁷⁴. Secondo Papiniano (D.41.2.49.1), infatti, “*Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est*”²⁷⁵.

F) Chi è convenuto con questa azione

L’*actio de peculio* è concessa contro il proprietario del *peculium*: il *dominus* o il *pater*. Il *dominus* non può rifiutare di essere sottoposto a tale azione, ma deve essere costretto ad accettarla come qualsiasi altra azione personale²⁷⁶.

III. La responsabilità è limitata

La responsabilità è limitata al *peculium*²⁷⁷. Se il terzo contraente non risulta essere stato pienamente soddisfatto dopo un primo esperimento dell’azione, questi potrà agire nuovamente per il debito residuo, dopo che il *peculio* sia nuovamente aumentato²⁷⁸.

IV. La prescrizione

Durante il periodo in cui il soggetto *alieni iuris* si trova sotto la potestà del *pater familias* o del *dominus*, l’*actio de peculio* non va incontro a prescrizione. Questa, tuttavia, si prescrive in un anno dopo la morte dell’*alieni iuris*, dopo l’*emancipatio* del *filius familias*, la *manumissio* o l’alienazione dello schiavo²⁷⁹.

22. Le caratteristiche dell’*actio de peculio*

I. I requisiti dell’*actio de peculio*

In primo luogo, è necessaria l’esistenza del *peculio* dal punto di vista del diritto: è, quindi, necessario che sia avvenuta una costituzione rilevante sul piano giuridico. Di conseguenza, l’azione può essere concessa, anche se non vi è nulla *peculio* nel

²⁷³ A. DI PORTO, *Il diritto commerciale romano una ‘zona d’ombra’ nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, cit., 413 ss.

²⁷⁴ Cfr. D.15.1.27pr.

²⁷⁵ Cfr. D.41.2.49.1.

²⁷⁶ Cfr. D.15.1.21.4.

²⁷⁷ Cfr. D.15.1.3pr.

²⁷⁸ Cfr. D.15.1.30.4.

²⁷⁹ Cfr. D.15.2.1pr.

momento in cui si agisce, purché vi sia qualcosa al momento della sentenza²⁸⁰. Per l'esercizio di tale azione, è importante che il terzo contraente, nel compiere affari con il soggetto *alieni iuris*, si accerti dell'esistenza del peculio, e che il contratto sia fondato sul peculio.

In secondo luogo, è necessario che il contratto sia stato concluso con finalità legate all'amministrazione del peculio: l'attività negoziale deve esser posta in essere in relazione al peculio, sono dunque esclusi furti, frodi e altri delitti compiuti dall'*alieni iuris*.

II. La costituzione e variazione del *peculium*

Come nelle altre *actiones adiecticiae qualitatis* il *pater familias* viene condannato in base ad una responsabilità per le attività negoziali compiute dal *filius familias* o dallo schiavo sotto la sua potestà. Però, rispetto agli altri tipi di *actiones adiecticiae qualitatis*, questa possiede dei caratteri propri. Per quanto riguarda il fondamento della responsabilità, ad esempio, mentre per l'*actio exercitoria* ed *institoria* viene in rilievo la *praepositio* del *pater familias*, così come l'ordine nel caso dell'*actio quod iussu*, al contrario, nell'*actio de peculio* non esiste alcuna autorizzazione specifica.

A) Breve analisi circa il rapporto tra la costituzione del peculio e la volontà del *dominus* nell'opinione dei giuristi romani.

a) Tuberone: il '*domini permissus*' è un requisito necessario.

D.15.1.5.4(Ulpianus 29 ad ed.) *Peculium autem tubero quidem sic definit, ut celsus libro sexto digestorum refert, quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur.*

Da questo testo emerge che Tuberone, come riferito da Celso, abbia reputato il permesso del *dominus* come un requisito necessario per la costituzione del peculio.

b) Marcello: senza il permesso, il servo non può 'avere' il *peculium*.

D.15.1.7.1.(Ulpianus 29 ad ed.) *Et adicit pupillum vel furiosum constituere quidem peculium servo non posse: verum ante constitutum, id est ante furorem vel a patre pupilli, non adimetur ex his causis. quae sententia vera est et congruit cum eo, quod Marcellus apud iulianum notans adicit " posse fieri, ut apud alterum ex dominis servus peculium habeat, apud alterum non, ut puta si alter ex dominis furiosus sit vel pupillus, si (ut quidam, inquit, putant) peculium servus habere non potest nisi*

²⁸⁰ Cfr. D.15.1.30.

concedente domino. ego autem puto non esse opus concedi peculium a domino servum habere, sed non adimi, ut habeat". alia causa est peculii liberae administrationis: nam haec specialiter concedenda est.

Si nota, dunque, che Marcello reputi necessaria la concessione da parte del *dominus* per la costituzione del *peculium*, mentre questa non lo sarebbe per Ulpiano. Infatti, mentre Ulpiano è d'accordo con Marcello, poiché ha condiviso l'assunto di Celso e Tuberone, sulla inidoneità del pupillo e del pazzo in riferimento alla costituzione del peculio, tuttavia Ulpiano sottolinea che non è necessario che sia concesso dal padrone che il servo 'abbia' il peculio, ma è solo necessario che non venga tolto quello che ha.

B) Breve analisi delle opinioni dei giuristi circa il rapporto tra il peculio e la volontà del *dominus*; ripercussioni sugli effetti dell'*actio de peculio*

a) Pomponio: Fa parte del peculio non solo quello che è stato concesso al servo dal padrone, ma anche quello che è stato acquistato senza che il *dominus* lo sapesse, ma che, se lo avesse saputo, avrebbe acconsentito che fosse peculio.

D.15.1.49pr. (Pomponius 4 ad q. muc.) *Non solum id peculium est, quod dominus servo concessit, verum id quoque, quod ignorante quidem eo adquisitum sit, tamen, si rescisset, passurus erat esse in peculio.*

Da ciò si evince che, al ricorrere di determinate condizioni, possano entrare nel *peculium* anche beni che lo schiavo abbia acquistato all'insaputa del *dominus*.

b) Gaio: il contraente può esperire l'azione anche se il *dominus* abbia proibito di contrarre con il servo.

D.15.1.29.1 (Gaius 9 ad ed. provinc.) *Etiam si prohibuerit contrahi cum servo dominus, erit in eum de peculio actio.*

c) Paolo: il contraente può esperire l'*actio de peculio*, anche se il *dominus* abbia scritto pubblicamente "vietato di concludere affari con il mio schiavo":

D.15.1.47pr. (Paulus 4 ad plaut.) *Quotiens in taberna ita scriptum fuisset " cum ianuario servo meo geri negotium veto", hoc solum consecutum esse dominum constat, ne institoria teneatur, non etiam de peculio.*

Da questi passi, risultano divergenze nell'opinione dei giuristi romani sul rapporto fra la volontà del *dominus* e la costituzione del *peculium* e sul rapporto fra la volontà e l'effetto dell'affare dell'*alieni iuris* dopo la costituzione. Dopo la costituzione del peculio, il potere del terzo contraente di esercitare l'azione non è

intaccato dalla sussistenza o meno di un permesso del *dominus* e persino dall'aver pubblicamente vietato di concludere affari con il proprio schiavo.

Peraltro, sul rapporto fra la volontà del *dominus* e la costituzione del *peculium* nonché sull'*actio de peculio* in generale, la discussione si è a lungo protratta e i romanisti moderni avanzano diverse opinioni.

Serrao richiama le discussioni e le divergenze esistenti nella letteratura romanistica antica e recente sui diversi livelli, toni e intensità dell'atteggiamento del *dominus* che in riferimento alla formazione del *peculium* sono presenti nelle fonti riportate nel Digesto e, in proposito, sottolinea che vi sono, in realtà, diverse testimonianze non molto compatibili tra loro. In alcune fonti si parla di *concedere* o *constituere peculium*, che sembrano fare riferimento alla necessità di una manifestazione di volontà esplicita da parte del *dominus*; ve ne sono altre che, invece, che sembrano ritenere sufficiente, affinché il servo potesse avere un *peculium*, un semplice *permissum* o una mera tolleranza del *dominus*; ve ne sono altre che sembrano riferirsi ad ogni acquisto del sottoposto, avvenuto anche *ignorante domino*, purché possa presumersi che l'avente potestà avesse potuto tollerarlo qualora ne avesse avuta conoscenza²⁸¹.

Buti, dall'esame del pensiero dei singoli giuristi, sostiene che c'è una certa linea d'evoluzione: dalla concezione della *concessio* o *constitutio peculii* come atto non formale, ma comunque esplicito ed imprescindibile per la formazione del quasi-patrimonio 'dei' servi, alla concezione che il peculio possa formarsi anche senza un atto esplicito del *dominus*, con la sua semplice tolleranza. Questa linea dimostra la trasformazione della configurazione del *peculium* da un complesso di singoli cespiti patrimoniali ad una sorta di organica unità patrimoniale, cioè una configurazione astratta del peculio che si manifesta in Pomponio D. 15.1. 4. 5²⁸² ove Buti sostiene si possa notare che il giurista avesse concepito l'esistenza di una '*causa peculiaris*'²⁸³. Buti sottolinea, inoltre, nella sua ricostruzione, che finanche nel caso in cui il *dominus* avesse proibito al terzo di concludere col suo *institor*, il terzo contraente avrebbe comunque potuto agire contro il *dominus* con l'*actio de peculio*²⁸⁴. Miceli riprende

²⁸¹ F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 62-63.

²⁸² Cfr. D.15.1.4.5

²⁸³ I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, cit., 32-36 e nt. 47.

²⁸⁴ I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, cit., 23-25 e D.14.3.17.4

tale opinione, ossia che il divieto non avrebbe potuto impedire al servo di contrattare validamente con i terzi nei limiti del *peculium* e aggiunge che la validità di questi atti non deriva dall'autonomia concessa al *filius* o al servo, bensì dal fatto che sia stato costituito il peculio, perciò nel caso dell'*actio de peculio*, l'unico elemento a cui i terzi devono prestare attenzione è costituito dall'esistenza stessa del *peculium*²⁸⁵.

Da ciò, sembra che vi sia una tendenza a che la connessione fra l'*actio de peculio* e la volontà del *dominus* venga completamente meno. Caratteristica questa che appare possa ritenersi comune al regime patrimoniale nelle persone giuridiche moderne.

III. La formula dell'*actio de peculio*

La formula dell'*actio de peculio*, rispetto altre *actiones adiecticiae qualitatis*, contiene un carattere suo proprio, legato alle particolari condizioni in cui si trova il soggetto *alieni iuris* e che vengono prese in considerazione in tale tipo di azione (l'esistenza di un peculio), le quali portano all'elaborazione di uno strumento di organizzazione e di limitazione della responsabilità, tramite lo schiavo, cioè l'organo del *peculium*.

Infatti, per intendere bene la specialità della formula dell'*actio de peculio*, dovremmo chiarire l'effetto dell'obbligazione risultante dal contratto concluso dall'*alieni iuris*: oltre al rapporto obbligatorio fra il *dominus* e il terzo contraente, è venuto o meno ad esistere anche un altro rapporto obbligatorio? Tale fenomeno si può osservare da due prospettive, ovvero quella in cui tale soggetto *alieni iuris* sia un *filius familias* ovvero sia uno schiavo.

A) Nel periodo tardo-classico, il *filius familias* può farsi direttamente carico dell'obbligazione e partecipare all'azione. Quindi il *filius familias* stesso è tenuto a rispondere dell'obbligazione per l'intero, mentre la responsabilità del *pater familias* è limitata al peculio. Si veda, D.15.1.44 tratto da Ulpianus 63 ad ed. *Si quis cum filio familias contraxerit, duos habet debitores, filium in solidum et patrem dumtaxat de peculio*. Peraltro, la perdita della possibilità dell'esercizio dell'*actio de peculio* non incide su quella di esperire azioni contro il *filius familias*. Si veda, D.15.1.45 tratto da Paulus 61 ad ed. *Ideoque si pater filio peculium ademisset, nihilo minus creditores cum filio agere possunt*.

²⁸⁵

M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 237.

B) Nel caso che il soggetto *alieni iuris* sia uno schiavo, sebbene non sia espressamente sancita sul piano giuridico, la capacità di assunzione di obbligazioni da parte dello schiavo con il *peculium* è riconosciuta nella giurisprudenza.

Papiniano ha confermato tale capacità: D.15.1.50.2 tratto da Papinianus 9 quaest. *Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fideiussor pro servo accipi potest et ideo, qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest quam si iudicium dictatum non fuisset, eadem ratione fideiussor quoque utiliter acceptus videbitur, quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est.* Da questo testo emerge che, dopo che il padrone fosse stato convenuto, lo schiavo avrebbe potuto, comunque, essere gravato da un'obbligazione naturale. In sintesi, potrebbe dunque affermarsi che Papiniano ha confermato la capacità dello schiavo di assumere obbligazioni, lo schiavo viene riconosciuto come qualificato ad assumere l'obbligazione nei confronti del terzo contraente.

D.46.1.35 (Paulus 2 ad plaut.) *Cum fideiubeat aliquis pro servo, in solidum tenetur, etiamsi nihil in peculio sit. plane si pro domino fideiubeat, cum quo de peculio est, dumtaxat de peculio tenebitur, quod tunc erit, cum res iudicatur.* Da tale passo, invece, emerge la distinzione tra la fideiussione in favore dello schiavo, per il cui caso il fideiussore è tenuto a rispondere *in solidum* dell'obbligazione, e la fideiussione in favore del *dominus*, per il cui caso il fideiussore è tenuto solo nei limiti del *peculio*.

Da quanto sino qui analizzato, si può sostenere che l'*actio de peculio*, a prescindere dal fatto che il soggetto *alieni iuris* sia un *filius familias* o uno schiavo, non è fondata tanto sul contratto concluso tra il terzo contraente e il soggetto *alieni iuris*, bensì sull'obbligazione che grava sul *dominus* a causa dell'esistenza del *peculio*. Cosicché, il terzo contraente sulla base del contratto, nell'*intentio*, rivolge l'azione contro il soggetto *alieni iuris*, ma la responsabilità è assunta dal *dominus* di tale soggetto *alieni iuris*, in base al *condemnari oportere*. La formula dell'*actio de peculio* sembra quindi corrispondere a quella proposta nella ricostruzione del Keller e del Lenel²⁸⁶.

²⁸⁶ Cfr. §4.

23. Il rapporto tra le vicende del *peculium* e l'*actio de peculio*

I. Le ripercussioni delle vicende relative al *peculium* sull'*actio de peculio*

Le vicende del *peculio* sono legate, oltre che alla fattispecie della morte del *dominus*, anche alle vicende riguardanti lo *status* dell'*alieni iuris*. In proposito, Ulpiano ha enumerato nel passo riportato in D.15.2.1pr., quattro situazioni di modificazioni dello *status* dell'*alieni iuris*, cioè la morte, l'alienazione, l'*emancipatio* e la *manumissio*.

A) La morte del *dominus*

Dopo la morte del *dominus*, l'*actio de peculio* può essere esercitata contro i suoi eredi:

D.15.1.14.1 (Iulianus 12 dig.) *Item cum servus vivo domino mortuus est, deinde dominus intra annum plures heredes reliquit, et de peculio actio et deductionis ius scinditur.*

D.15.1.30.1 (Ulpianus 29 ad ed.) *Si cum ex parte herede domini vel patris agatur, dumtaxat de peculio condemnandum, quod apud eum heredem sit qui convenitur[...]*

Dopo la morte del *dominus*, la responsabilità dei suoi eredi è limitata a quanto del *peculio* hanno acquistato in ragione della successione. In tal caso, l'azione è esercitata sempre contro gli eredi, anche se il *peculio* sia stato legato: presso i romani, la *ratio* a fondamento di tale regola era basata sulla considerazione che sul legatario non possono gravare oneri eccessivi, salvo che il legatario sia stato anche erede²⁸⁷.

B) Modificazioni dello *status* dell'*alieni iuris*

a) Le modificazioni dello *status* dell'*alieni iuris* e le ripercussioni giuridiche sull'*actio de peculio*:

D.15.2.1pr. (Ulpianus 29 ad ed.) *Praetor ait: “ post mortem eius qui in alterius potestate fuerit, posteaquam is emancipatus manumissus alienatusve fuerit, dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius in cuius potestate est factum erit, quominus peculii esset, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas erit, iudicium dabo”.*

²⁸⁷

Cfr. D.15.1.30.2.

Secondo tale passo, le modificazioni dello *status* dell'*alieni iuris* comprendono: la morte e l'alienazione dell'*alieni iuris*, l'*emancipatio* e la *manumissio* che, come conseguenza giuridica, determinano la prescrizione dell'*actio* in un anno. Successivamente, Ulpiano commentava come ipotesi di estinzione del peculio la morte o l'alienazione del figlio o del servo:

D.15.2.1.3 (Ulpianus 29 ad ed.) *Merito autem temporariam in hoc casu fecit praetor actionem: nam cum morte vel alienatione extinguatur peculium, sufficiebat usque ad annum produci obligationem.*

Pomponio ha distinto la perdita naturale del peculio da quella giuridica:

D.15.2.3 (Pomponius 4 ad q. muc.) *Definitione peculii interdum utendum est etiam, si servus in rerum natura esse desiit et actionem praetor de peculio intra annum dat: nam et tunc et accessionem et decessionem quasi peculii recipiendam (quamquam iam desiit morte servi vel manumissione esse peculium), ut possit ei accedere ut peculio fructibus vel pecorum fetu ancillarumque partibus et decedere, veluti si mortuum sit animal vel alio quolibet modo perierit.*

Da una comparazione fra l'opinione di Ulpiano e quella di Pomponio, emerge una, seppur sottile, differenza: come cause della cessazione del peculio, il primo commentava la morte o l'alienazione dell'*alieni iuris*, mentre, il secondo, la morte e l'*emancipatio* dello stesso, si può comunque notare che i due giuristi fossero d'accordo nell'affermare che il cambiamento della situazione giuridica dell'*alieni iuris* potesse produrre la conseguenza della cessazione del peculio e perciò la perdita dell'*actio de peculio*. Dal testo riportato in D.15.2.1pr. si nota, inoltre, che il pretore ha asserito che i quattro eventi menzionati possano produrre la cessazione del peculio. La Miceli sottolinea che non vi è dubbio che tutte le vicende descritte nell'editto *de peculio annalis* riguardanti il *filius* o lo schiavo, nessuna esclusa, possano determinare l'estinzione del peculio, come complesso di beni funzionalmente destinati a un determinato schiavo o *filius*²⁸⁸.

b) La *ratio* di D.15.2.1pr.

La morte, l'*emancipatio* e la *manumissio* dell'*alieni iuris* producono l'estinzione del peculio: in ragione della cessazione della potestà si determina la perdita dell'*actio de peculio*. Da ciò sembra che l'esistenza del *peculium* dipenda dalla potestà e segua

²⁸⁸ M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 281.

le sue vicende, questo in ragione del fatto per cui la separazione del *peculium* dal patrimonio del *dominus* è basata sulla *potestas*. Quando la *potestas* si estingue, il fondamento per l'imputazione dell'*actio de peculio* viene a mancare²⁸⁹.

c) La particolarità dell'alienazione dell'*alieni iuris*

L'alienazione del soggetto *alieni iuris* produce, come conseguenza, il trasferimento della potestà. Come ricorda Gaio, se è stato venduto uno schiavo, sebbene il pretore concedesse la possibilità di agire con l'*actio de peculio* entro l'anno nei confronti di chi vendette, tuttavia è data la possibilità di agire anche nei confronti del nuovo padrone e non rileva se il servo abbia acquistato un nuovo peculio presso di lui, o se il padrone gli abbia concesso quello che abbia comprato o abbia ricevuto in donazione insieme a lui:

D.15.1.27.2 (Gaius 9 ad ed. provinc.) *Si servus alienatus sit, quamvis in eum, qui alienaverit, intra annum praetor de peculio actionem polliceatur, tamen nihilo minus et in novum dominum actio datur, et nihil interest, aliud apud eum adquisierit peculium an quod pariter cum eo emerit vel ex donatione acceperit eidem concesserit.*

Dal testo risulta che il terzo contraente può esercitare l'azione contro il cedente entro un anno dal momento del trasferimento, nonché contro il cessionario senza il limite di un anno.

Anche l'editto ha disciplinato l'ambito della responsabilità del cessionario, cioè se un creditore sia stato respinto dal venditore del servo con un'eccezione basata sul superamento del limite di tempo annuale per l'esercizio dell'azione, lo si deve aiutare nei confronti del compratore²⁹⁰.

La dottrina dominante afferma che questa soluzione sarebbe stata proposta dai giuristi classici. Solazzi riteneva che la giurisprudenza classica avesse superato gli ostacoli previsti dall'editto pretorio per riconoscere la responsabilità del compratore con l'*actio de peculio*²⁹¹.

Rispetto all'azione del terzo contraente contro il cessionario, i giuristi romani si sono comportati con molta prudenza: da un lato, in linea di massima, i giuristi hanno vietato tale azione al fine di permettere al cessionario di acquistare uno schiavo o

²⁸⁹ M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 281.

²⁹⁰ Cfr. D.15.1.30.5.

²⁹¹ S. SOLAZZI, *Studi sull'actio de peculio*, *BIDR* 17, 1905, 208ss; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, cit., 205.

filius familias senza nessun onere; dall'altro, per contemperare tale salvaguardia del cessionario con una certa tutela del terzo contraente, hanno creato un'eccezione, cioè nel caso che il peculio sia ceduto con il trasferimento dell'*alieni iuris*, il terzo contraente può richiedere una certa compensazione da parte del cessionario. Tale impostazione ha, in primo luogo reso effettiva la tutela degli interessi del terzo contraente, in secondo luogo, la responsabilità del cessionario è stata limitata al vantaggio tratto e, infine, è stato creato un meccanismo atto a porre in essere una forma di prevenzione del dolo del cedente.

In sintesi, dopo la morte del *dominus*, il suo erede è tenuto a rispondere con l'*actio de peculio* e, dopo la morte, l'alienazione, l'*emancipatio* e la *manumissio* dell'*alieni iuris*, è ancora il *dominus* che è tenuto a rispondere in seguito all'esperimento dell'*actio de peculio*. La particolarità di tale *actio*, inoltre, rispetto alle altre *actiones adiecticiae qualitatis* consisterebbe nel fatto che mentre nei casi citati (la morte del *dominus*, o la morte, l'alienazione, l'*emancipatio* e la *manumissio* dell'*alieni iuris*) queste ultime restano immutate, senza eventuali limitazioni legate alla prescrizione, nel caso dell'*actio de peculio*, invece, la responsabilità degli eredi è limitata a quanto hanno acquistato dal peculio, e poi nel caso della morte, alienazione, *emancipatio* e *manumissio* dell'*alieni iuris*, l'azione si prescrive in un anno.

II. L'*exceptio doli* esercitabile dal terzo contraente

Visto che l'*actio de peculio* è fondata sull'esistenza del peculio, il *dominus* avrebbe potuto eliminarlo o ridurlo per evitare la responsabilità collegata al peculio. Se il *dominus*, in vista della possibilità di essere convenuto con l'*actio de peculio*, avesse eliminato il peculio, tale condotta sarebbe stata riconosciuta come dolo, e perciò il contraente terzo avrebbe potuto esercitare un'*exceptio doli*:

D.15.1.21pr. (Ulpianus 29 ad ed.) *Summa cum ratione etiam hoc peculio praetor imputavit, quod dolo malo domini factum est, quo minus in peculio esset. sed dolum malum accipere debemus, si ei ademit peculium: sed et si eum intricare peculium in necem creditorum passus est, mela scribit dolo malo eius factum. sed et si quis, cum suspicaretur alium secum acturum, alio peculium avertat, dolo non caret. sed si alii solvit, non dubito de hoc, quin non teneatur, quoniam creditori solvitur et licet creditori vigilare ad suum consequendum.*

Peraltro, secondo D.15.1.33 qualora il venditore abbia ricevuto un prezzo per il

peculio, il *peculium* si considera trovarsi ancora presso di questi²⁹².

D'altro canto, i giuristi romani hanno creato uno strumento per tutelare gli interessi del cessionario di buona fede del peculio: in suo favore è sancita l'esperibilità di un'*exceptio doli* contro l'*actio de peculio*:

D.15.1.21.2 (Ulpianus 29 ad ed.) *Emptor autem ex dolo venditoris non tenebitur nec heres vel alius successor, nisi in id quod ad se pervenit. sive autem post iudicium acceptum sive ante dolo factum sit, continetur officio iudicis.*

In sintesi, dai testi che abbiamo appena visto, risulta che l'istituto dell'*exceptio doli* presenta tre aspetti fondamentali: in primo luogo, ha reso inattuabile l'alienazione del peculio con l'intenzione di liberarsi dalla responsabilità; in secondo luogo, la responsabilità segue il peculio piuttosto che non una persona determinata, riflettendo dunque l'evoluzione della concezione della responsabilità che sembra perdere il carattere personale; infine, viene a costituire una forma di salvaguardia del cessionario di buona fede.

24. La separazione dei patrimoni realizzata dal *peculium*

L'esistenza di un patrimonio individuato, come si è già visto, si presenta come il fondamento dell'esistenza del peculio, e l'*actio de peculio* segue il peculio. L'integrazione di tali elementi ha portato alla realizzazione di una separazione dei patrimoni.

I. La separazione di un bene determinato dal patrimonio del *pater* o del *dominus*

Una conseguenza chiave nella costituzione del peculio è proprio nella separazione dei patrimoni, cioè nella separazione di un bene determinato dal patrimonio generale del *pater* o del *dominus*. Il sussistere di tale divisione gioca un ruolo importante nell'esistenza del *peculium*. L'editto ha previsto il dovere del *dominus* di stabilire una contabilità separata:

D.15.1.4pr.(Pomponius 7 ad sab.) *Peculii est non id, cuius servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit suam a servi rationem discernens[...].*

²⁹² Cfr. D.15.1.33.

Serrao sottolineava l'importanza della separazione, sostenendo che "tale patrimonio si trova solo di fatto nelle mani del figlio o del servo, ma è di esclusiva proprietà del *pater* e la sua separazione dal patrimonio personale del *pater* avrà giuridica rilevanza soltanto quando, assunto a base organizzativa di importanti rami dell'attività imprenditoriale"²⁹³. Sulla base del peculio, il pretore crea la responsabilità limitata.

II. La separazione del diritto di proprietà del *peculium* dal potere di gestione

Sulla base della separazione dal patrimonio del *dominus*, l'istituto del *peculium* successivamente porta alla separazione del diritto di proprietà del *peculium* dal potere di gestione.

D.41.2.49.1(Papinianus 2 def.) *Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est.*

Albanese sottolinea che il *peculium* divenne come un vero e proprio 'patrimonio del servo', nell'ambito del quale il servo opera attraverso *obligationes naturales*²⁹⁴. Sul piano giuridico, la proprietà del peculio appartiene non all'*alieni iuris*, bensì al *dominus* : il primo è soltanto l'organo del *peculium*²⁹⁵.

In realtà, dunque, è stata attuata una distinzione fra il proprietario del peculio e l'organo del *peculium*, il quale rappresenta l'organo vitale²⁹⁶, nei casi concreti, prendendo in considerazione la volontà dei contraenti. L'*alieni iuris*, l'organo del peculio, ha un potere di disporre che si avvicina al potere completo d'amministrazione²⁹⁷, includendo il potere di alienazione, di costituzione di ipoteche al fine di accrescere il peculio stesso. Ciò non toglie che a tale potere siano state poste delle limitazioni, cioè, ad esempio, il costituire una garanzia sul peculio verrebbe considerato come una forma di abbandono del peculio stesso o dei beni dati in

²⁹³ F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, cit., 230.

²⁹⁴ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato Romano*, cit., 151e nt.662 e cfr. D.15.1.41.

²⁹⁵ A. DI PORTO, *Il diritto commerciale romano una 'zona d'ombra' nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, cit., 413 ss.

²⁹⁶ DI PORTO, ANDREA. *Il diritto commerciale romano una 'zona d'ombra' nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*[A]. *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo III* [C]. Napoli, 1997, 413 ss.

²⁹⁷ Cfr. D.15.1.46.

garanzia salvo che ciò non sia stato fatto per fini di amministrazione del peculio stesso; considerazioni analoghe debbono svolgersi in riferimento alle donazioni, compresi i casi di donazione indiretta²⁹⁸:

D.20.3.1.1 (Marcianus l.S. ad form.) *hypoth. Si filius familias pro alio rem peculiarem obligaverit vel servus, dicendum est eam non teneri, licet liberam peculii sui administrationem habeant: sicut nec donare eis conceditur: non enim usquequaque habent liberam administrationem. facti tamen est quaestio, si quaeratur, quousque eis permissum videatur peculium administrare.*

²⁹⁸

M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 85.

Capitolo VI L'*actio de in rem verso*:

Una seconda forma di responsabilità limitata originata sulla base dei beni determinati

Come precedentemente osservato riguardo all'*actio de peculio*, in realtà, sin dall'epoca classica la posizione dell'*alieni iuris* nella vita economica era simile a quella dei liberi, ma rispetto all'esercizio delle azioni, continuava a trovare rigida applicazione la regola che stabiliva l'incapacità dell'*alieni iuris*. Per offrire ai contraenti una più estesa protezione, i pretori crearono un'ulteriore *actio adiecticia*. Accanto all'*actio de peculio*, al fine di far valere la responsabilità del *dominus* derivante dalla condotta dell'*alieni iuris*, viene annoverata, tra le *actiones adiecticiae qualitatibus*, quella esercitabile direttamente contro il *pater* o il *dominus*, qualora quest'ultimo abbia tratto vantaggio dai negozi dell'*alieni iuris*, nei limiti del profitto conseguito.

La dottrina, in riferimento all'*actio de in rem verso* ha concentrato la propria attenzione sull'individuazione della cosa versata e sulla relazione fra l'*actio de in rem verso* e l'*actio de peculio*²⁹⁹. Nella moderna dottrina romanistica i lavori del Lenel e del Solazzi sembrano essere i più approfonditi³⁰⁰. Si rileva su tale argomento che taluni romanisti, basandosi sulla relazione che lega entrambe le azioni, parlano di *actio de in rem verso* e di *actio de peculio* come fossero una stessa azione³⁰¹.

²⁹⁹ O. LENEL, *Das edictum perpetuum*(3), cit., 279-280; S. SOLAZZI, *Peculio e "in rem verso" nel diritto classico*, *Scritti di diritto romano* (1899-1913), Napoli, 1955, 249; S. SOLAZZI, *Sul peculium "nell" a. de in rem verso*, *Scritti Di Diritto Romano*(6), Napoli, 1957, 6; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 88-89; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica*(II sec.a.c.-IIsec.d.c.), cit., 42-57; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, cit., 13; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato Romano*, 154-158; M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatibus'*, cit., 300-309; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*(libri xiv-xv), cit., 196-212; J. J. AUBERT, *Business managers in ancient rome: a social and economic study of institores, 200 B.C.-A.D. 250*, cit., 5; A. WATSON, *The law of obligations in the later roman republic*, cit., 186.

³⁰⁰ A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica*(II sec.a.c.-IIsec.d.c.), cit., 43.

³⁰¹ A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica*(II sec.a.c.-IIsec.d.c.), cit., 42-57; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 154-158.

25. L'*in rem verso*

I. L'individuazione dell'*in rem verso*: conclusione del contratto da parte dell'*alieni iuris* e acquisizione dei beni al patrimonio del *pater* o del *dominus*, come se si trattasse di un reddito.

C'è un frammento delle Istituzioni di Giustiniano che affronta tale argomento: I.4.7.4, *in rem autem domini versum intellegitur, quidquid necessario in rem eius impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus eius solverit aut aedificia ruentia fulserit aut familiae frumentum emerit vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit.*

Quando la conclusione del contratto da parte dell'*alieni iuris* comporta che i beni dell'altro contraente diventano del *dominus*, tali beni sono considerati come cose versate, una sorta di reddito per il *dominus*³⁰², *tra cui vanno* inclusi sia gli incrementi dell'attivo, rappresentati ad esempio dal conseguimento di beni materiali o dall'acquisizione di diritti, sia la riduzione del passivo, di cui costituisce un esempio importante la sostituzione del *dominus* da parte dello schiavo nell'adempimento dell'obbligazione³⁰³. Sulla base dell'esistenza di cose versate sorge un rapporto obbligatorio fra la controparte e il *dominus*, in base al quale la prima può intentare un'azione direttamente contro il secondo. Ciò che accomuna tale azione all'*actio de peculio* è il sorgere della responsabilità dall'esistenza di beni determinati. In tal senso Aubert segue l'opinione di Kaser, e cioè che l' *actio de in rem verso* non sia fondata sull'attività di gestione operata dagli schiavi³⁰⁴.

II. I requisiti della cosa versata

In tale ambito rilevano principalmente due aspetti: anzitutto la necessaria riferibilità della condotta all'*alieni iuris* e non al *dominus*.. Dal passo D.15.3.5.3, emerge che sia da considerare denaro versato nel patrimonio dell'avente *potestà* non soltanto quello che dal creditore sia pervenuto direttamente al padrone, ma anche quello che sia prima 'transitato' nel *peculio*. Viene inoltre precisato che tale regola si

³⁰² Cfr. D.15.3.3.5.

³⁰³ Cfr. D.15.3.10pr.

³⁰⁴ J. J. AUBERT, *Business managers in ancient rome: a social and economic study of institores*, 200 B.C.-A.D. 250, cit., 64, nt.103.

applica in tutti i casi in cui, gestendo il patrimonio del padrone, realizza un suo arricchimento con denaro proveniente dal *peculio*, mentre, nel caso in cui il padrone revochi il *peculio* o venda il servo con il *peculio*, ovvero, ancora, venda una cosa peculiare e ne esiga il prezzo, questo non viene considerato *in rem verso*. In secondo luogo, rileva il carattere contrattuale della condotta; qualora la condotta sia illegale, si ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'*actio noxalis*.

Dal punto di vista soggettivo, l'attività negoziale dell' *alieni iuris* deve essere volta a favorire il *pater* o il *dominus*.

D.15.3.5.2 (Ulpianus libro 29 ad edictum) *Quod servus domino emit, si quidem voluntate eius emit, potest quod iussu agi: sin vero non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emit, de in rem verso actio erit: si vero nihil eorum est, de peculio erit actio.*

Secondo il passo di Ulpiano, i requisiti dell'*in rem verso* includono: a) che l'*alieni iuris* non contragga sulla base della volontà del *dominus*, altrimenti, si rientrerebbe nell'ambito l'*actio quod iussu*; b) che il contratto concluso debba essere ratificato dal *dominus*. Va precisato che quest'ultimo non è requisito indispensabile come si evince da D.15.3.5.1 (Ulpianus libro 29 ad edictum) *Idem ait, sive ratum habeat servi contractum dominus sive non, de in rem verso esse actionem.* c) che l'oggetto del contratto rappresenti qualcosa di necessario o utile per il *dominus*. Qualora l'oggetto del contratto non sia necessario per il *dominus*, potrebbe comunque essere considerato come una 'cosa versata'; spiega infatti Pomponio (richiamato da Ulpiano) che si deve considerare riversato nel patrimonio del padrone il vero prezzo (quindi il valore di mercato) di quanto acquistato dal servo anche se non necessario al *dominus* qualora questi lo abbia acquistato nella convinzione che lo sia; qualora, invece avesse acquistato cose realmente necessarie al *dominus*, verrebbe preso in considerazione l'intero prezzo dell'acquisto: D.15.3.5. pr. (Ulpianus libro 29 ad edictum) *Si res domino non necessarias emerit servus quasi domino necessarias, veluti servos, hactenus videri in rem eius versum Pomponius scribit, quatenus servorum verum pretium facit, cum, si necessarias emisset, in solidum quanto venissent teneretur.*

Soltanto qualora il negozio sia il risultato della volontà di arricchire il *dominus*, il bene verrà in rilievo, anche se nella pratica, dal punto di vista oggettivo, il *dominus* venga comunque a trarne vantaggio. Ad esempio, la condotta dell'*alieni iuris* che

persegua un proprio interesse, anche se in realtà ciò comporti un contemporaneo esonero del debito del *pater* o del *dominus* (e quindi, dal punto di vista oggettivo, un vantaggio per questi) non rileva come cosa versata ai fini di tale azione. Su questo punto risulta chiaro quanto affermato da Paolo in D.15.3.11(Paulus libro 30 ad edictum) *Quod servus in hoc mutuatus fuerit, ut creditor suo solveret, non erit in rem verum, quamvis actione de peculio liberatus sit dominus*. Anche Ulpiano concorda con tale opinione³⁰⁵.

III. L'elenco delle cose versate come riportate nell'editto

Costituisce principio fondamentale della disciplina oggetto di analisi, che il trasferimento avvenga durante la gestione da parte dell'*alieni iuris* degli affari del *pater* o del *dominus*.

A) Il mutuo contratto dall'*alieni iuris*

Si prendano in esame i frammenti seguenti: D.15.3.3.1(Ulpianus libro 29 ad edictum) *In rem autem verum videtur, sive id ipsum quod servus accepit in rem domini convertit (veluti si triticum acceperit et id ipsum in familiam domini cibariorum nomine consumpserit) aut si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit (sed et si erravit in solvendo et putavit creditorem eum qui non erat, aequè in rem verum esse Pomponius libro sexagensimo primo ait, quatenus indebiti repetitionem dominus haberet) sive cum servus domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit (veluti si mutuatus sit pecuniam, ut frumentum compararet ad familiam alendam vel si ad vestiendam) sive peculiariter mutuatus postea in rem domini vertit: hoc enim iure utimur, ut, etiamsi prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini esse de in rem verso actio possit*.

Di seguito, D.15.3.3pr.(Ulpianus libro 29 ad edictum)*Quod si servus domino quantitatem dederit, ut manumittatur, quam a me mutuam accepit, in peculium quidem hanc quantitatem non computari, in rem autem videri verum, si quid plus sit in eo quod servus dedit quam est in servi pretio*.

Labeone al riguardo ha preso in considerazione due casi speciali: quello in cui l'*alieni iuris* abbia acquistato un bene di lusso: Labeone risponde che questa possa essere considerata 'cosa versata',sottolineando di nuovo il principio per cui sia sufficiente che l'acquisto avvenga al fine di gestire gli affari del *dominus*:

³⁰⁵

Cfr. D.15.3.10.10.

D.15.3.3.6(Ulpianus libro 29 ad edictum) *Nec non illud quoque in rem domini versum Labeo ait, quod mutuatus servus domino emit volenti ad luxuriae materiam unguenta forte, vel si quid ad delicias vel si quid ad turpes sumptus sumministravit: neque enim spectamus, an bono domini cesserit quod consumptum est, sed an in negotium domini.*

Il secondo caso speciale attiene all'ipotesi in cui l'*alieni iuris* abbia prestato la somma mutuata, facendo sorgere un credito per il suo *dominus*; ci si domanda se tale credito possa considerarsi come 'cosa versata'. Anche in questo caso, Labeone risponde affermativamente: D.15.3.3.5(Ulpianus libro 29 ad edictum) *Idem Labeo ait, si servus mutuatus nummos a me alii eos crediderit, de in rem verso dominum teneri, quod nomen ei acquisitum est*[...]

L'*in rem verso* include anche gli interessi, purché l'*alieni iuris* li abbia promessi nella conclusione del contratto: D.15.3.10.5(Ulpianus libro 29 ad edictum) *Sed utrum in sortem dumtaxat tenebitur dominus an et in usuras? Et si quidem promisit usuras, Marcellus libro quinto digestorum scribit dominum praestaturum: sed si non sint promissae, utique non debebuntur, quia in stipulatum deductae non sunt. Plane si contemplatione domini pecuniam dedi non gerenti servo negotia domini, sed ipse gerens, negotiorum gestorum actione potero etiam de usuris experiri.*

B) Fideiussione del *filius familias* a favore del *pater familias* e adempimento del suo debito.

Anche l'ipotesi in cui il *filius familias* sostituisca il *pater familias* nell'adempimento del debito, a titolo di suo fideiussore, riducendo con ciò la le 'passività' del *pater familias*; viene fatta rientrare nell'ambito coperto dall'*actio de in rem verso*: D.15.3.10 (Ulpianus libro 29 ad edictum) *Si pro pater filius fideiusserit et creditori solverit, in rem patris videtur versum, quia patrem liberavit.*

C) Sostituzione del *filius familias* al *pater familias* come convenuto:

D.15.3.10.1(Ulpianus libro 29 ad edictum) *Cui simile est, quod Papinianus libro nono quaestionum scribit, si filius quasi defensor patris iudicium suscepit et sit condemnatus, de in rem verso teneri patrem: namque filius eum iudicio suscepto liberavit.*

IV. Le ipotesi non ricadenti nell'ambito dell'*actio de in rem verso*.

A) Spese non necessarie e abbellimenti superflui

D.15.3.3.4(Ulpianus libro 29 ad edictum) *Sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis et quibusdam aliis, quae magis ad voluptatem pertinent*

quam ad utilitatem, non videtur versum, quia nec procurator haec imputaret, nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit: nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset. Quid ergo est? Pati debet dominus creditorem haec auferre, sine domus videlicet iniuria, ne cogendus sit dominus vendere domum, ut quanti pretiosior facta est, id praestet.

B) Donazione dello schiavo al *dominus*

D.15.3.7pr.(Ulpianus libro 29 ad edictum)*Et ideo et si donaverit servus domino rem peculiarem, actio de in rem verso cessabit, et sunt ista vera.* Dall'analisi dei diritti sul peculio emerge come il *dominus* ne consegua la titolarità finale. Quindi le cose tratte dal peculio che lo schiavo ha donato al *dominus* non rappresentano un aumento reale dei beni del *dominus*.

C) Garanzia prestata da terzi per il mutuo dell'*alieni iuris*

In tale fattispecie è possibile intentare l'*actio de peculio*. Per l'*actio de in rem verso*, occorre che i beni diventino direttamente del *dominus*, senza far ricorso all'uso di beni altrui. D.15.3.18 (Neratius libro septimo membranarum) *Quamvis in eam rem pro servo meo fideiusseris, quae ita contracta est, ut in rem meam versaretur (veluti si, cum servus frumentum emisset quo familia aleretur, venditori frumenti fideiusseris), propius est tamen, ut de peculio eo nomine, non de in rem verso agere possis, ut unius dumtaxat in quoquo contractu de in rem verso sit actio, qui id ipsum credidit quod in rem domini versum est.*

D) Esclusione del dolo dello schiavo o del *filius familias* quali presupposti per l'esercizio dell'*actio de in rem verso*.

D.15.3.3.9(Ulpianus libro 29 ad edictum) *Sed si sic accepit quasi in rem domini verteret nec vertit et decept creditorem, non videtur versum nec tenetur dominus, ne credulitas creditoris domino obesse vel calliditas servi noceret. Quid tamen, si is fuit servus, qui solitus erat accipiens vertere? Adhuc non puto nocere domino, si alia mente servus accepit aut si, cum hac mente accepisset, postea alio vertit: curiosus igitur debet esse creditor, quo versatur.* Nell'ultima frase del frammento si precisa che il creditore dovrà giudicare se nella fattispecie si verifichi un *in rem verso* con l'adempimento ad un obbligo di prudenza, poiché sarebbe egli stesso responsabile per suo errore di valutazione.

V. Il calcolo del valore della cosa versata.

I giuristi a lungo si sono domandati se il valore della cosa versata dovesse essere legato al suo prezzo al momento della conclusione del negozio o al momento dell'esercizio dell'azione? Talamanca ha ritenuto "discusso come si calcoli tale vantaggio: se si debba tener conto dell'arricchimento iniziale o di quello esistente al momento in cui viene intentata contro il proprietario l'azione in parola"³⁰⁶.

Una chiara risposta sembra essere fornita da D.15.3.12(Gaius libro nono ad edictum provinciale) *Si fundum patri dominove emit servus vel filius familias, verum quidem esse videtur, ita tamen, ut, sive minoris sit, quam est emptus, tantum videatur in rem verum quanti dignus sit, sive pluris sit, non plus videatur in rem verum quam emptus est*. È evidente che il principio seguito da Gaio è quello di favorire il *dominus*. Nel caso in cui, dopo aver concluso il negozio, il prezzo della cosa versata sia inferiore a quello negoziato, si calcola l'aumento dei beni del *dominus* in base al valore reale di essi; al contrario, nel caso in cui il prezzo superi successivamente quello negoziato, l'aumento di valore dei beni tiene conto del prezzo negoziato.

26. I requisiti dell' *actio de in rem verso*

I. I soggetti

Il soggetto che può intentare l'*actio de in rem verso* è quello che ha contrattato con l'*alieni iuris*³⁰⁷. Solo i creditori principali possono intentare l'*actio de in rem verso*³⁰⁸. I fideiussori non possono intentarla, trovando rimedio solo dall'*actio de peculio*. Nel caso in cui ci siano due creditori, titolari della stessa *cosa versata*, ed uno di loro si sia già soddisfatto a seguito dell'esercizio di un'azione di questo tipo, l'altro non potrebbe intentarla di nuovo, realizzando altrimenti un danno per il *dominus*³⁰⁹.

Quest'azione viene intentata nei confronti del proprietario della cosa versata, cioè, il *pater* o il *dominus* dell'*alieni iuris*. Nel caso in cui i proprietari siano molteplici, si può intentare l'*actio de in rem verso* nei confronti di uno di loro, che

³⁰⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 88.

³⁰⁷ Cfr. D.15.3.1pr.; I.4.7.4 e cfr.[古罗马]优士丁尼.《法学阶梯》(第2版)[Z].徐国栋译,北京:中国政法大学出版社,2005.487.(IUSTINIANI, *Institutiones*(2), trad. da Guodong Xu, Bei Jing, 2005,487.)

³⁰⁸ Cfr. D.15.3.18.

³⁰⁹ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette(libri xiv-xv)*, cit., 207.

potrà poi rivalersi sugli altri per la somma che è stato condannato a pagare³¹⁰. Si applica l'*actio de in rem verso* solo nel caso in cui i comproprietari della cosa versata abbiano espresso la loro volontà di accettare la cosa versata concludendo un contratto³¹¹.

Nell'*actio de in rem verso*, il soggetto che ha concluso il contratto può essere lo schiavo o il *filius familias*, nonché il rappresentante, l'*institor* o il tutore.

II. La presenza di '*in rem verso*'

E' necessario che sia presente anzitutto un bene versato. Miceli ritiene che quest'azione si concentri non sull'obbligazione assunta indirettamente dal *pater familias* o dal *dominus* per il *filius familias* o lo schiavo, ma su quella che egli assume direttamente verso il terzo, cioè la controparte nel contratto. La base di tale ragionamento risiede nel presupposto che l'aumento dei beni del *pater* o del *dominus* derivi dalla cosa versata, deve essere collegato al contratto concluso dal terzo e lo schiavo³¹².

La possibilità di esercitare l'*actio de in rem verso* non viene meno a causa del perimento dal punto di vista fisico di eventuali beni. Perciò, si può intentare l'*actio de in rem verso* anche se la *res* sia già fisicamente venuta a mancare. I giuristi hanno elencato, in proposito, casi concreti: la distruzione dei cereali dopo essere stati posti nel magazzino del *dominus*³¹³; la morte dello schiavo come cosa versata o il crollo dell'edificio³¹⁴; lo smarrimento della *res*; in tale ultimo caso non esiste alcun dolo³¹⁵.

Ulpiano fa menzione di un caso più complicato, quello di uno schiavo che dopo aver contratto un mutuo, acquista dei vestiti con i soldi mutuati; qualora il credito del mutuante e quello del venditore dei vestiti non siano stati soddisfatti, entrambi potrebbero esercitare l'*actio de in rem verso* contro il *dominus* dello schiavo. Tale azione non si estinguerebbe neppure qualora i soldi mutuati o i vestiti acquistati fossero smarriti³¹⁶.

³¹⁰ Cfr. D.15.3.14.

³¹¹ Cfr. D.15.3.13.

³¹² M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitis'*, cit., 300.

³¹³ Cfr. D.15.3.3.7.

³¹⁴ Cfr. D.15.3.3.8.

³¹⁵ Cfr. D.15.3.17pr.

³¹⁶ Cfr. D.15.3.3.10.

In base al ruolo importante della res nell'*actio de in rem verso*, se il *dominus* l'abbia trasferita ad un *alieni iuris*, non sarà vincolato dall'*actio de in rem verso*. Ma nel caso in cui paghi lo schiavo o il *filius familias* al fine di sottrarsi all'obbligazione, potrà applicarsi l'azione di dolo. D.15.3.10.6[...] *Si tamen in necem creditoris, id est perdituro servo vel filio solutum sit, quamvis solutum sit, desinit quidem verum, aequissimum autem est de dolo malo adversus patrem vel dominum competere actionem: nam et peculiaris debitor, si fraudulenter servo solverit quod ei debebat, non liberatur.*

La donazione fatta dall'*alieni iuris* al *pater* o al *dominus* non può essere posta alla base dell'esercizio dell'*actio de in rem verso*³¹⁷. Nonostante dal punto di vista soggettivo l'*alieni iuris* intenda favorire il *dominus*, tuttavia, se l'aumento dei beni non proviene direttamente dal negozio compiuto dall'*alieni iuris*, non è possibile intentare l'*actio de in rem verso*. In sostanza, dunque, il negozio posto in essere dall'*alieni iuris* crea un'obbligazione non tra questi ed il terzo, ma tra il *pater* o il *dominus* e il terzo, ciò che consente al terzo di esercitare l'*actio de in rem verso*³¹⁸.

III. L'onere della prova

Il terzo che intenta l'*actio de in rem verso* assume l'onere di provare l'esistenza della res versata³¹⁹. Non è sufficiente la semplice confessione dell'*alieni iuris*, per far assumere la responsabilità al *pater familias*.

27. I rapporti fra *actio de in rem verso* e *actio de peculio*

I. Analisi di G.4.74, I.4.7.5 e D.15.3.1 pr.,1

Come precedentemente osservato, le tre fonti d'imputazione nell'*actio de in rem verso* sintetizzate da B. Albanese rinveniamo: il comando, l'autorizzazione e l'esistenza della res³²⁰. Le azioni fondate sul peculio includono l'*actio de in rem verso*, l'*actio de peculio* e l'*actio tributaria*. Quale è, però la relazione fra *actio de in rem verso* e *actio de peculio*?

In G.4.74 si legge: *Ceterum dubium non est, quin et is, qui iussu patris dominive contraxit cuique exercitoria vel institoria formula competit, de peculio aut*

³¹⁷ Cfr. D.15.3.7pr.

³¹⁸ Cfr. D.15.3.1pr.

³¹⁹ Cfr. G.4.74.

³²⁰ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 150.

*de in rem verso agere possit. Sed nemo tam stultus erit, ut qui aliqua illarum actionum sine dubio solidum consequi possit, in difficultatem se deducat probandi habere peculium eum cum quo contraxerit, ex quo eo peculio posse sibi satisfieri, vel id quod persequitur in rem patris dominive versum esse*³²¹.

Da questo passo di Gaio sembra si possa dedurre quale sia la relazione tra l'*actio de in rem verso* e l'*actio de peculio*. In particolare, l'esistenza di un *peculio* costituisce il presupposto comune ad entrambe azioni. Il terzo ha, in primo luogo, l'onere di provare l'esistenza del *peculio*, potendo scegliere di provare gli altri fatti in relazione a quanto richiesto dall'azione di cui si vuole avvalere. Dando prova del fatto che "il soggetto che ha concluso il contratto possiede il *peculio*", si può applicare l'*actio de peculio*; se si riuscisse, inoltre, a provare che "le cose oggetto della richiesta sono già state trasferite al padre di famiglia o al padrone", si potrebbe applicare l'*actio de in rem verso*.

I.4.7.5 *ceterum dubium non est, quin is quoque, qui iussu domini contraxerit cuique institoria vel exercitoria action competit, de peculio deque eo, quod in rem domini versum est, agree posit: sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contract consequi posit, se ad difficultatem perducatur probandi in rem domini versum esse, vel habere servum perculium et tantum habere, ut solidum sibi solvi posit*³²².

Nel passo riportato, la relazione tra le due azioni viene trattata in modo diverso rispetto al precedente passo gaiano. Dalla posizione del "vel" nella frase "*se ad difficultatem perducatur probandi in rem domini versum esse, vel habere servum peculium et tantum habere, ut solidum sibi solvi posit*", si può chiaramente dedurre che il terzo che vuole intentare una tra le due azioni deve provare due fatti alternativi: l'esistenza della cosa versata o quella del *peculio*, il cui ammontare deve essere comunque sufficiente a coprire tutto il debito. Evidentemente, l'esistenza del *peculio*, secondo questa impostazione, non è un fatto da provare per l'esercizio dell'*actio de in rem verso*, che sembra sia dunque svincolata dalla stretta dipendenza dal *peculio*,

³²¹ Cfr.[古罗马]盖尤斯.《法学阶梯》[Z].黄风译,北京:中国政法大学出版社,1996.326. (GIUS, *Institutiones*, trad. da Feng Hunag, BeiJing, 1996, 326.)

³²² Cfr.[古罗马]优士丁尼.《法学阶梯》(第2版)[Z].徐国栋译,北京:中国政法大学出版社,2005.489. (IUSTINIANI, *Institutiones*(2), trad. da Guodong Xu, BeiJing, 2005, 489.)

emersa dal precedente passo gaiano.

Da un punto di vista sistematico, occorre notare che nel Digesto l'*actio de in rem verso* e l'*actio de peculio* vengono collocate sotto due titoli diversi e ciò può considerarsi come una conferma dell'indipendenza dell'*actio de in rem verso* rispetto all'*actio de peculio* come consolidata nella visione dei compilatori. Inoltre, dai molti passi dell'editto citati nel Digesto si può dedurre che, nel caso in cui il *peculio* sia stato smarrito senza il dolo o non sia sufficiente per soddisfare completamente le pretese dei creditori, l'*actio de in rem verso* potrebbe essere applicata autonomamente.

Si prenda ad esame D.15.3.1pr.(Ulpianus libro 29 ad edictum) *Si hi qui in potestate aliena sunt nihil in peculio habent, vel habeant, non in solidum tamen, tenentur qui eos habent in potestate, si in rem eorum quod acceptum est conversum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur*. Di rilievo sembra, il richiamo di Ulpiano all'opinione di Labeone per illustrare il meccanismo dell'applicazione dell'*actio de in rem verso* nella circostanza in cui “non esiste il peculio”: D.15.3.1.1(Ulpianus libro 29 ad edictum) *Nec videtur frustra de in rem verso actio promissa, quasi sufficeret de peculio: rectissime enim Labeo dicit fieri posse, ut et in rem versum sit et cesset de peculio actio. Quid enim si dominus peculium ademit sine dolo malo? Quid si morte servi extinctum est peculium et annus utilis praeteriit? De in rem verso namque actio perpetua est et locum habet, sive ademit sine dolo malo sive actio de peculio anno finita est*. Labeone prevede la necessaria sussistenza di due requisiti per l'applicazione dell'*actio de in rem verso*: l'accrescimento del patrimonio del *dominus* e l'impossibilità di ricorrere all'*actio de peculio*. Tale ultimo fatto può dipendere dal venire meno del *peculio* a causa della morte dello schiavo, nonché del maturare del decorso della prescrizione annuale, ovvero, perché il *peculio* è stato revocato per un motivo comunque non doloso.

Dal punto di vista di Labeone, si può intentare l'*actio de in rem verso* anche nel caso in cui il peculio sia già venuto meno. Ovviamente, tale impostazione differisce di molto rispetto a quella proposta nelle Istituzioni di Gaio, in cui si assisteva ad una forte aderenza tra *actio de in rem verso* e *peculio*, tuttavia, è simile a quanto previsto dalle Istituzioni di Giustiniano.

Da ciò possiamo notare come l'*actio de in rem verso* si sia sottilmente trasformata dall'epoca classica a quella postclassica. Fra l'altro, il nucleo su cui si

concentra la trasformazione è la relazione tra l'azione di cui si parla ed il peculio, cioè, da una relazione di stretta dipendenza e subordinazione ad una separazione ed indipendenza.

II. Le comuni fra *actio de in rem verso* e *actio de peculio*

Nel frammento G.4.74a.....*nam, ut supra diximus, eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur*³²³, Gaio ritiene che l'*actio de in rem verso* e l'*actio de peculio* siano incluse in una stessa formula.

Le istituzioni giustinianee hanno ribadito l'appartenenza di tali due azioni ad una stessa formula, specificando però la presenza di una doppia condemnatio e Lenel sembra aver confermato tale impostazione³²⁴.

I.4.7.4b[...] *Licet enim una est actio, qua de peculio deque eo quod in rem domini verum sit agitur, tamen duas habet condemnationes. Itaque iudex, apud quem de ea actiones agitur, ante dispicere solet, an in rem domini verum sit, nec aliter ad peculii aestimationem transit, quam si aut nihil in rem domini verum intellegatur aut non totum*

Con riferimento alla integrazione reciproca tra le azioni , si veda anzitutto la soluzione gaiana: in assenza dei requisiti per l'esercizio dell'*actio de in rem verso*, si può esercire l'*actio de peculio*; altrimenti l'*actio de in rem verso* potrebbe applicarsi per la parte riguardante la cosa versata:

G.4.72a *Est etiam de peculio et de in rem verso actio a praetore constituta.At si nihil si verum, praetor dat actionem, dum taxat de peculio, et edictum utitur his verbis. Quod edictum loquitur et de eo, qui dolo malo peculium ademerit. Si igitur verbi gratia ex HS.X, quae servus tuus a me mutua accepit, creditori tuo HS.X solverit, aut rem necessariam, puta familiae cibaria, HS.V emerit et reliqua V quolibet modo consumpserit, pro V quidem in solidum damnari debes, pro ceteris vero eatenus, quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si tota HS.X in rem tuam versa fuerint, tota HS. Me consequi posse.....*

In tale passo, Gaio propone una soluzione per l'ipotesi di eventuale conflitto tra le due azioni: qualora il servo con *peculium* abbia ricevuto denaro a mutuo da un terzo

³²³ Cfr.[古罗马]盖尤斯.《法学阶梯》[Z].黄风译,北京:中国政法大学出版社,1996.326. (GIUS, *Institutiones*, trad. da Feng Hunag, BeiJing, 1996, 326.)

³²⁴ O. LENEL, *Das edictum perpetuum*(3), cit., 279.

e lo abbia consumato per spese necessarie alla famiglia, avvantaggiandone il *dominus*, il terzo potrebbe esperire l'*actio in rem verso*; se, invece, lo abbia consumato per interessi privati, potrebbe esercitare soltanto l'*actio de peculium*.

La soluzione adottata da Ulpiano, Pomponio e Giuliano è la seguente: il titolare del diritto di esercitare l'*actio de in rem verso* può eventualmente esercitare l'*actio de peculio*; l'*actio de peculio* può estinguere l'*actio de in rem verso*; il creditore che, invece, non è in grado di soddisfare le proprie pretese esercitando la sola *actio de peculio*, potrebbe esercitare ancora l'*actio de in rem verso* qualora la parte del suo credito che resterebbe inadempita possa essere considerata come 'cosa versata'.

D.15.3.1.2(Ulpianus 29 ad ed.) *Item si plures agant de peculio, proficere hoc ei, cuius pecunia in rem versa est, debet, ut ipse uberiores actiones habeat. certe si praeventum sit ab aliquo et actum de peculio, de in rem verso actio an cesset, videndum. et refert pomponius iulianum existimare de peculio actione peremi de in rem verso actionem (quia in peculium conversum est quod in domini rem erat versum et pro servo solutum est, quemadmodum si ipsi servo a domino fuisset solutum), sed ita demum, si praestiterit ex actione de peculio dominus quod servus in rem eius verterat: ceterum si non praestiterit, manet actio de in rem verso.*

Nonostante le due azioni, come si è già visto, abbiano la stessa formula, e si integrino funzionalmente, sembra che nel *Digesto* l'*actio de rem verso* abbia trovato una propria indipendenza rispetto all'*actio de peculio*.

III. Le opinioni espresse in dottrina.

La maggior parte dei romanisti ha condiviso le opinioni del Solazzi. Si concorda principalmente sui seguenti aspetti: sembra che l'*actio de peculio* e *de in rem verso* fossero proposte nell'editto pretorio in un'unica formula e, in una prima fase, non esistendo l'*actio de in rem verso* 'pura' non si poteva invocare la responsabilità del *pater familias* tramite l'utilizzo di tale azione nel caso in cui il peculio fosse mancato. Successivamente sulla base di tale impostazione, la dottrina ha osservato l'elaborazione di tale azione in età tardo-classica ed ha posto in essere una comparazione con quella d'età tardo-repubblicana e classica (studiata, appunto, dal Solazzi)³²⁵.

³²⁵ S. SOLAZZI, *Peculio e "in rem verso" nel diritto classico*, cit., 255ss; S. SOLAZZI, *Sul peculium "nell' a. de in rem verso"*, cit., 6ss; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica* (II sec.a.c.-II sec.d.c.) [M]. Milano: Dott.A.Giuffrè Editore, 1984.44. nt.24; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto*

Solazzi sostiene che i frammenti D.15.3.19 e D.15.2.1.10 provano la possibilità e l'esistenza di un'*actio de peculio* 'pura', ma che da questo non si possa dedurre che fosse lecito intentare parimenti l'*actio de in rem verso* senza la clausola *de peculio* e sottolinea che il passo D.15.3.1.1, che è stato precedentemente analizzato, non provi l'ammissibilità di un'*actio de in rem verso* 'pura'³²⁶. Secondo tale Autore, dunque, la conclusione da trarre è che il diritto classico non riconosceva come responsabile il *pater familias* per la 'cosa versata' nel caso in cui il sottoposto fosse stato privo di peculio. La clausola *de in rem verso* non era, dunque, scindibile da quella *de peculio*, scoprendosi, con ciò, contemporaneamente, anche il motivo dell'unione delle due clausole in una sola formula³²⁷.

Non tutti gli autori sono, tuttavia, concordi in particolare sull'analisi di alcune fonti. Ad esempio, vi è discussione con riferimento a D.15.3.16 (*Alfenus 2 dig*) *Quidam fundum colendum servo suo locavit et boves ei dederat: cum hi boves non essent idonei, iusserat eos venire et his nummis qui recepti essent alios reparari: servus boves vendiderat, alios redemerat, nummos venditori non solverat, postea conturbaverat: qui boves vendiderat nummos a domino petebat actione de peculio aut quod in rem domini versum esset, cum boves pro quibus pecunia peteretur penes dominum essent. respondit non videri peculii quicquam esse, nisi si quid deducto eo, quod servus domino debuisset, reliquum fieret: illud sibi videri boves quidem in rem domini versos esse, sed pro ea re solvisse tantum, quanti priores boves venissent: si quo amplioris pecuniae posteriores boves essent, eius oportere dominum condemnari.*

Gay J.L., ritiene che tale passo dimostri la possibilità dell'esistenza dell'*actio de in rem verso* a prescindere dal *peculio*³²⁸. Waston, invece, ha sostenuto che da D.15.3.16 si possa dedurre l'esistenza di un qualche precedente rapporto economico fra il *dominus* e lo schiavo, e cioè che lo schiavo debbe essere preventivamente dotato di *peculio*³²⁹. Anche Aubert sottolinea che nell'età classica, il pretore affermava il rimedio dell'*actio de in rem verso* subordinatamente all'esercizio dell'*actio de peculio*,

privato romano, cit., 155-156, nt.681; M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, 296, 299.

³²⁶ S. SOLAZZI, *Peculio e "in rem verso" nel diritto classico*, cit., 252, 256.

³²⁷ S. SOLAZZI, *Peculio e "in rem verso" nel diritto classico*, cit., 248, 249.

³²⁸ J.L.GAY, *L'in rem versum à l'époque classique*, in *Varia. études de droit romain II*, Paris, 1956, 155.

³²⁹ A. WATSON, *The law of obligations in the later roman republic*, cit., 186.

e dunque soltanto nel caso in cui il *peculio* non fosse sufficiente a pagare interamente il debito, si sarebbe potuta applicare l'*actio de in rem verso*. Secondo tale autore, sembra che ciò sia dovuto al fatto che per il pretore il determinare l'esistenza dell'arricchimento sarebbe stato più difficile che quella del *peculio*³³⁰. La risposta ai dubbi, espressa dal Solazzi sessanta anni dopo, in un nuovo lavoro, è che qualora si rinveniva qualche passo in cui l'*actio de in rem verso* sia stata promossa senza la clausola relativa alla condanna *de peculio*, resterebbe comunque salva la precedente impostazione, perché i concetti di *actio de in rem verso* separata da quella *de peculio* e di *actio de in rem verso* indipendente dall'esistenza del *peculio* non s'identificano³³¹. Di Porto sulla base di tale idea sottolineava che v'è un legame inscindibile fra clausola *de in rem verso* e *de peculio*³³².

Lo sviluppo del rapporto fra le due azioni ha mostrato l'importanza del ruolo dei giuristi romani nell'elaborazione del diritto. Nell'età classica, l'*actio de in rem verso*, compresa di fatto nell'*actio de peculio*, non era dotata di alcuna indipendenza: il *peculio* è il presupposto dell'*actio de in rem verso*. Nell'età tardo-classica, il rigore di tale nesso si attenua nel Digesto: l'*actio utilis de in rem verso* ha reso invalido il principio per cui l'*actio de in rem verso* non poteva sussistere in modo indipendentemente. Peraltro, lo sviluppo del rapporto, dalla dipendenza all'indipendenza dell'*actio de in rem verso*, mostra l'estensione della responsabilità limitata nella società romana: i giuristi romani, per soddisfare le esigenze pratiche della responsabilità derivante dalle attività di gestione poste in essere dall'*alieni iuris*, costruiscono un tipo di responsabilità limitata fondata su beni determinati.

³³⁰ J. J. AUBERT, *Business managers in ancient rome: a social and economic study of institores*, 200 B.C.-A.D. 250, cit., 65.

³³¹ S. SOLAZZI, *Sul peculium "nell' a. de in rem verso"*, cit., 1-6.

³³² A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec.a.c.-IIsec.d.c.)*, cit., 44, nt.24; M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 299, nt.159.

Capitolo VII L'*actio tributoria*:

Un'altra possibile origine della responsabilità limitata

L'*actio tributoria* è l'ultima delle azioni che rientrano nel gruppo delle *actiones adiecticiae qualitatis* ed è volta a risolvere l'ulteriore problema della soddisfazione del credito. Viene ad essere con questa stabilita l'ultima linea di difesa per proteggere gli interessi dei contraenti concedendo a questo, contro l'*alieni iuris*, un'azione che concerne il comportamento ingiusto nella ripartizione delle merci peculiari effettuata da parte del *pater* o del *dominus*. Da tempo la ricerca degli studiosi si è concentrata sulla peculiarità di quest'azione e sulla sua omogeneità rispetto alle altre *actiones adiecticiae qualitatis*. Questa prospettiva è stata sottolineata da Balestri Fumagalli; una diversa impostazione dottrinale di rilievo è quella proposta da Di Porto, in cui viene espressa una particolare attenzione alla ulteriore separazione del peculio che viene in essere in relazione a tale azione, da un punto di vista economico³³³.

Dopo l'introduzione dell'*actio peculio* e l'*actio de in rem verso*, si nota che nel sistema romano della responsabilità limitata degli imprenditori, i limiti della responsabilità giuridica furono determinati tramite la delimitazione dei patrimoni. Il peculio fu utilizzato come strumento per 'separare' la proprietà del *pater* o del *dominus*, e ciò ha comportato che la responsabilità di questi fosse individuata nei limiti di *peculio* stesso, ovvero, nei limiti dei guadagni di tali soggetti derivanti dall'esercizio di attività commerciali da parte dei sottoposti. Ma tale delimitazione, tuttavia, non era ancora completa. L'obbligazione del contraente poteva essere soddisfatta dal *peculio* (tranne ovviamente i casi di 'cose versate'), ma il *pater* o il *dominus* godeva di un privilegio, cioè che il proprio debito poteva essere escusso soltanto nei limiti del peculio. Questo è ragionevole sicuramente nei casi in cui il

³³³ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*(libri xiv-xv), cit., 78-91; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, cit., 151; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 159; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica*(IIsec.a.c.-IIsec.d.c.), cit., 54-57,334-341; M. BALESTRI FUMAGALLI, L' '*actio tributoria*', *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*(1), Milano, 1987, 191; T. J. CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto 'de tributoria actione'*, Roma, 1993, 352-353; M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., 320-336; E. VALINO, L' '*actio tributoria*', *SDHI*33, 1967,112; J. J. AUBERT, *Business managers in ancient rome: a social and economic study of institores*, 200 B.C.-A.D. 250, cit.,46.

pater o il *dominus* non fosse stato a conoscenza dei singoli dei negozi posti in essere dall' *alieni iuris*. Tuttavia, in caso contrario, sarebbero potuti sorgere svantaggi per le controparti potendo, il *pater* o il *dominus* e lo schiavo, accordarsi ed ingannare, appunto, le controparti. I giuristi romani, pertanto, hanno eliminato l'ultimo collegamento tra il *pater* o il *dominus* e tali patrimoni destinati (merci peculiari) tramite l'*actio tributoria*. Al *pater* o al *dominus* non venivano mantenuti privilegi rispetto agli altri creditori, e le obbligazioni venivano adempiute considerando tali soggetti alla stregua di normali creditori, quindi, tutte in proporzione ai rispettivi crediti. A tale esclusione di privilegi per gli aventi potestà non necessariamente si accompagnava un aumento dei rischi per tali soggetti. Con l'*actio tributoria*, il *peculio* veniva ripartito in quote indipendenti destinate a diverse attività. Quando in concreto si intentava un'*actio tributoria*, la corrispondente quota di merci peculiari veniva a costituire il patrimonio determinato posto come base della responsabilità e non più tutto il *peculio*.

28. Caratteri dell'*actio tributaria*

I. La legittimazione passiva

L'*actio tributoria* è rivolta contro il *pater* o il *dominus*. Ulpiano ha sottolineato che tale azione era intentabile verso persone di entrambi i sessi³³⁴.

Se il servo di un *pupillus* o di un *furiosus*, essendone a conoscenza il tutore o il curatore, abbia esercitato un'attività imprenditoriale con merci peculiari, nel caso di dolo del tutore o del curatore, il pupillo o il pazzo sarebbe stato tenuto in base all'*actio tributoria* nei limiti di quanto gli fosse pervenuto³³⁵. Tuttavia, anche se fosse stato compiuto qualcosa per dolo del pupillo o del furioso stesso, nel caso in cui avesse un'età o fosse in condizioni tali da essere capace di porre in essere un dolo e vi fosse stata conoscenza del tutore e del curatore, tale azione avrebbe senz'altro potuto trovare applicazione³³⁶. Il pupillo diventato pubere, il cui tutore sia stato a conoscenza dell'esercizio di attività imprenditoriali con merci peculiari, o il pazzo diventato sano di mente che agisca dolosamente nel ripartire le merci peculiari, sono tenuti in base a

³³⁴ Cfr. D.14.4.1.4.

³³⁵ Cfr. D.14.4.3.1.

³³⁶ Cfr. D.14.4.3.2.

tale regola³³⁷.

Tuttavia, se vi siano due o più *domini*, la ripartizione fra loro avverrà in proporzione al debito nei confronti di ciascuno³³⁸.

II. La legittimazione attiva

I soggetti che possono agire con l' *actio tributoria* sono coloro che abbiano concluso affari con i servi in riferimento ad attività rientranti in date merci peculiari, cioè, tutti i creditori di merci peculiari³³⁹. I contraenti che abbiano ricevuto merci peculiari in pegno andavano preferiti agli altri creditori³⁴⁰. Se si fosse presentato un solo creditore ad esercitare tale azione, avrebbe conseguito l'intera porzione, ma, poiché poteva accadere che vi fossero stati anche altri creditori sulla stessa merce peculiare, questo creditore doveva prestare stipulazione per garantire che avrebbe rifiuto, in proporzione, quanto ricevuto³⁴¹. Come sottolineato da Paolo, l'*actio tributoria* non rendeva migliore la situazione di chi fosse stato il primo ad agire. Così come nel caso dell'azione nei limiti del peculio, anche questa di cui si parla rendeva uguale la condizione di coloro che avessero agito in qualunque momento³⁴².

III. La gestione dell'attività imprenditoriale in relazione a beni peculiari

L'*actio tributoria* riguarda non solo i servi institori che agiscono con merci peculiari, ma anche quelli che in *buona fede* possono essere considerati servi, siano essi liberi o servi altrui come quelli sui quali abbiano l'usufrutto³⁴³. Ugualmente vengono ad essere ricomprese persone di entrambi i sessi³⁴⁴.

IV. Imprescrittibilità dell'azione e trasmissibilità agli eredi

Ulpiano affermava che quest'azione fu data senza limitazioni di tempo contro l'erede nei limiti di ciò che gli sia pervenuto³⁴⁵. Giuliano ha confermato questa prospettiva: D.14.4.8 (Iulianus 11 dig.) “*Quia non de dolo est, sed rei persecutionem continet: quare etiam mortuo servo dominus, item heres eius perpetuo teneri debet*

³³⁷ Cfr. D.14.4.4.

³³⁸ Cfr. D.14.4.5.10.

³³⁹ Cfr. D.14.4.5.6.

³⁴⁰ Cfr. D.14.4.5.8.

³⁴¹ Cfr. D.14.4.5.19.

³⁴² Cfr. D.14.4.6.

³⁴³ Cfr. D.14.4.1.5; D.14.4.5.3.

³⁴⁴ Cfr. D.14.4.5.2.

³⁴⁵ Cfr. D.14.4.7.5.

La mancanza di limiti di tempo dell'azione *tributoria* comporta due conseguenze principali, cioè che:

A) Non si estingue a causa della morte del *dominus*.

Nel'*actio tributoria*, il *dominus* doveva essere a conoscenza dei negozi compiuti dai suoi servi e quindi, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, si ritiene che il *dominus* abbia permesso l'esercizio dell'attività imprenditoriale coinvolta o abbia avuto l'indulgenza di permetterla. Miceli ha sottolineato che la responsabilità dell'*actio tributoria* sia di carattere personale³⁴⁷ e perciò trasmissibile agli eredi a titolo universale.

B) Non si estingue a causa della morte del servo che ha esercitato l'attività imprenditoriale.

Per quando riguarda l'*actio tributoria* e l'*actio de peculio*, ci si domanda per quale motivo dopo che il servo sia stato trasferito o emancipato, l'*actio de peculio* contro il *peculio* del *dominus* poteva essere esercitata solo per un anno³⁴⁸ mentre l'*actio tributoria* era perpetua. La risposta potrebbe provenire da tale frammento:

D.14.4.1.2 (Ulpianus 29 ad ed.)*Peculiarem autem merцем non sic uti peculium accipimus, quippe peculium deducto quod debetur accipitur, merx peculiaris, etiamsi nihil sit in peculio, dominum tributoria obligat, ita demum si sciente eo negotiabitur.*

29. Requisiti per l'esercizio dell' *actio tributoria*

I. Esistenza di beni individuati dal proprietario e affidati alla gestione imprenditoriale

³⁴⁶ Non passano agli eredi l'azione d'ingiurie e le *actiones vindictam spirantes*, cfr. P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 116ss.

³⁴⁷ M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitis'*, cit., 335.

³⁴⁸ Cfr. § 21.

La base patrimoniale della responsabilità derivante dall'*actio tributoria* è l'esistenza delle merci peculiari, le quali vengono separate dal *peculio* e dalla proprietà del *dominus*; queste potevano altresì essere separate le une dalle altre ed essere destinate ad attività imprenditoriali diverse.

Per definire le merci peculiari, occorre partire dalla definizione di *merx* che deve essere interpretata in senso generale, includendo, quindi, tutte le attività impiegate dagli imprenditori:

D.14.4.1.1 (Ulpianus 29 ad ed.)*Licet mercis appellatio angustior sit, ut neque ad servos fullones vel sarcinatores vel textores vel venaliciarios pertineat, tamen pedius libro quinto decimo scribit ad omnes negotiationes porrigendum edictum.*

D.14.4.2 (Paulus 30 ad ed.)*Ut tamen merx, qua peculiariter negotietur, ad nos pertineat.*

L'ambito delle merci peculiari include ciò che si è ricevuto in base al patrimonio commerciale, e tutto ciò che deve essere ripartito fra i creditori:

D.14.4.5.5 (Ulpianus. 29 ad ed.) *Per hanc actionem tribui iubetur, quod ex ea merce et quod eo nomine receptum est.*

Le merci peculiari, inoltre, includono le cose strumentali all'attività esercitata³⁴⁹, e i servi comprati con patrimonio commerciale³⁵⁰ oltre al diritto di credito derivante dall'attività esercitata³⁵¹.

Non tutte le merci peculiari possono essere ripartite fra i creditori; viene in proposito in rilievo, ad esempio, il pegno:

D.14.4.5.17(Ulpianus 29 ad ed.)*Plane si in eadem taberna merces deferebantur, licet hae quae extent (exstent)ex unius creditoris pecunia sint comparatae, dicendum erit omnes in tributum venire, nisi fuerint creditori pigneratae.*

Per quanto attiene al rapporto tra merci peculiari e *peculio* va tenuto presente quanto segue:

A) Le merci peculiari possono rappresentare una parte del *peculio*.

I limiti del'*actio peculio* e del'*actio tributoria* erano diversi:

D.14.4.11 (Gaius 9 ad ed. provinc.)*Aliquando etiam agentibus expedit potius de peculio agere quam tributoria: nam in hac actione de qua loquimur hoc solum in*

³⁴⁹ Cfr. D.14.4.5.13.

³⁵⁰ Cfr. D.14.4.5.14.

³⁵¹ Cfr. D.14.4.5.12.

divisionem venit, quod in mercibus est quibus negotiatur quodque eo nomine receptum est: at in actione de peculio totius peculii quantitas spectatur, in quo et merces continentur. et fieri potest, ut dimidia forte parte peculii aut tertia vel etiam minore negotietur: fieri praeterea potest, ut patri dominove nihil debeat.

B) Il *peculio* diventa merce peculiare soltanto dopo la designazione del *dominus*, essendo questo della destinazione da parte dell'avente potestà un aspetto di primaria importanza nell'individuare l'estensione della responsabilità di tale soggetto nel caso di esercizio dell'*actio tributoria* contro di esso.

C) I diritti del *dominus* sul *peculio* o sulla *merx* sono diversi.

Comparativamente il legame tra *dominus* e *peculio* è più stretto, perché la sua individuazione si basa su ciò che sia a lui dovuto; una volta che una parte del *peculio* è destinata come *merce peculiare*, invece, l'avente potestà partecipa alla ripartizione alla stregua degli altri creditori estranei:

D.14.4.1pr. (Ulpianus 29 ad ed.) *Huius quoque edicti non minima utilitas est, ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, cuius peculii aestimatio deducto quod domino debetur fit), tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocatur.*

D.14.4.1.2 *Peculiarem autem mercem non sic uti peculium accipimus, quippe peculium deducto quod debetur accipitur, merx peculiaris, etiamsi nihil sit in peculio, dominum tributoria obligat, ita demum si sciente eo negotiabitur [...] e D. 14.4.5.7 [...] et Labeo ait, ex quacumque causa ei debeatur, parvique referre, ante mercem an postea ei debere quid servus coeperit: sufficere enim, quod privilegium deductionis perdidit.*

D) *Peculio* e merci peculiari sono complementari dal punto di vista del sostanzarsi in un rimedio per proteggere le controparti.

Le obbligazioni del padrone che non soddisfatte potrebbero essere appagate nei limiti del *peculio*, ma soltanto dopo la ripartizione con gli altri creditori.

In un frammento, Giuliano ha posto una questione, cioè, il padrone potrebbe dedurre il proprio credito verso merci peculiari dal *peculio*?

D.14.4.12 (Iulianus 12 dig.) *Alius dumtaxat de peculio, alius tributoria servi nomine cum domino agit: quaesitum est, an deducere dominus de peculio debeat, quod tributoria agenti praestaturus sit. respondit: tributoria actione tunc demum agi*

potest, cum dominus in distribuendo pretio mercis edicto praetoris non satisfacit, id est cum maiorem partem debiti sui deduxit quam creditoribus tribuit, veluti si, cum in merce triginta fuissent, in quam ipse quidem quindecim crediderat, duo autem extranei triginta, tota quindecim deduxerit, et creditoribus reliqua quindecim dederit, cum deberet sola decem deducere, extraneis dena tribuere. cum igitur hoc fecit, nec intellegendus est servum a se liberasse eo, quod quinque adhuc nomine eius tributaria actione praestaturus sit: quare si agi de peculio coeperit, cum forte extra merces peculium esset, quinque tamquam adhuc creditor servi deducere debet.

La risposta di Giuliano indica che si può intentare l'*actio tributaria* allorquando il padrone abbia dedotto una parte del debito verso se stesso maggiore rispetto a quando abbia ripartito fra gli altri creditori. Dopo la ripartizione della merce peculiare in misura proporzionale, se l'obbligazione del padrone verso la merce peculiare ancora non sia soddisfatta, egli potrebbe dedurre tale restante parte dal peculio, anche se i creditori abbiano intentato l'*actio de peculio*.

E) Il trasferimento del peculio può far cambiare il soggetto contro cui l'*actio de peculio* può essere esercitata, ma la regola è diversa nel caso dell'*actio tributaria*.

Ulpiano ha analizzato la situazione dei servi e ne ha dedotto che l'*actio tributaria* non si trasferisce al compratore del servo come l'*actio de peculio*.

D.14.4.10 (Paulus 30 ad ed.) *De peculio actione etiam cum emptore servi agi potest, tributaria non potest,*

II. La conoscenza da parte degli aventi potestà dei negozi posti in essere dall'alieni iuris: il volere, il non nolens, e la tolleranza

Assumono al riguardo rilievo due testi di Ulpiano:

D.14.4.1pr. (Ulpianus 29 ad ed.) *Huius quoque edicti non minima utilitas est, ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, cuius peculii aestimatio deducto quod domino debetur fit), tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocatur.*

Questo passo prevede, come requisito per intentare l'*actio tributaria*, la conoscenza da parte del padrone del fatto che il servo esercitava l'attività imprenditoriale con merci del peculio.

Ulpiano ha poi spiegato che cosa significasse 'conoscenza':

D.14.4.1.3 (Ulpianus 29 ad ed.) *Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem, sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam: non enim velle debet dominus, sed non nolle. si igitur scit et non protestatur et contra dicit, tenebitur actione tributoria.*

Ulpiano interpreta il termine conoscenza in modo molto ampio, includendovi oltre che il consenso o il volere positivo, anche la tolleranza, ritenendo sussistere la conoscenza finché l'avente potestà non abbia dichiarato esservi contrario. Tale interpretazione si trova anche in altri frammenti del *libro vicesimo nono ad edictum* di Ulpiano. Riguardo, ad esempio, l'*actio exercitoria*, Ulpiano ha differenziato chiaramente la conoscenza con la volontà. Nell'*actio exercitoria* il volere è un elemento soggettivo per l'attribuzione di responsabilità. Nell'*actio tributaria*, invece, questo requisito soggettivo viene ridimensionato, richiedendosi soltanto la conoscenza. Nell'*actio peculio* questo requisito soggettivo non è presente³⁵². Tale impostazione è stata ripresa dalla dottrina romanistica³⁵³. Albanese, ad esempio ha affermato che la conoscenza dell'*actio tributaria* include anche il caso in cui qualcosa dovrebbe essere proibito ma non lo è³⁵⁴. Viene, cioè, ad essere incluso il volere, il *non nolens*, e la tolleranza.

Quando gli aventi potestà siano molteplici, l'*actio tributaria* sarà data soltanto contro colui che era “a conoscenza”. L'obbligazione di colui che ignorava deve essere, invece, dedotta dal peculio:

D.14.4.3pr. (Ulpianus 29 ad ed.) *Sed si servus communis sit et ambo sciant domini, in utrumlibet ex illis dabitur actio: at si alter scit, alter ignoravit, in eum qui scit dabitur actio, deducetur tamen solidum quod ei qui ignoravit debetur. quod si ipsum quis ignorantem convenerit, quoniam de peculio convenitur, deducetur etiam id quod scienti debetur et quidem in solidum[...]*

Ulpiano ha utilizzato il criterio della conoscenza per risolvere il caso complicato dell'applicazione dell'*actio tributaria* in presenza di un istitutore che abbia designato

³⁵² Cfr. D.14.1.1.20; D.14.1.6pr.

³⁵³ B. ALBANESE, *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, BIDR, 70, 1967, 156; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec. a.c.-II sec. d.c.)*, cit., 237; M. BALESTRI FUMAGALLI, *L' 'actio tributaria'*, cit., 124; M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitates'*, cit., 323, nt.206.

³⁵⁴ B. ALBANESE, *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, cit., 156.

un servo vicario:

D.14.4.5pr. (Ulpianus 29 ad ed.)*Procuratoris autem scientiam et dolum nocere debere domino neque pomponius dubitat nec nos dubitamus.* D.14.4.5.1 *Si vicarius servi mei negotietur, si quidem me sciente, tributoria tenebor, si me ignorante, ordinario sciente, de peculio eius actionem dandam pomponius libro sexagensimo scripsit, nec deducendum ex vicarii peculio, quod ordinario debetur, cum id quod mihi debetur deducatur. sed si uterque scierimus, et tributariam et de peculio actionem competere ait, tributariam vicarii nomine, de peculio vero ordinarii: eligere tamen debere agentem, qua potius actione experiatur, sic tamen, ut utrumque tribuatur et quod mihi et quod servo debetur, cum, si servus ordinarius ignorasset, deduceretur integrum, quod ei a vicario debetur.*

Alla luce dell'opinione di Ulpiano e del suo riferimento a Pomponio, si deve applicare l'*actio tributoria* sulla base della conoscenza da parte del padrone, tale soluzione era fondata sulla separazione dei patrimoni, cioè sulla distinzione tra i patrimoni del padrone, institore e servo vicario. Il ragionamento di Ulpiano e Pomponio può essere suddiviso in quattro passaggi: in primo luogo, si afferma, in via generale, la possibilità di intentare l'*actio tributoria* nel caso della conoscenza da parte del padrone dell'attività imprenditoriale condotta dal *servo* vicario (includendo dunque quella condotta dal *servo* ordinario e dal *servo* vicario); in secondo luogo, quando il padrone non sia stato a conoscenza dell'attività imprenditoriale del *servo* vicario, ma lo sia stato l'institore, il padrone sarà tenuto con l'*actio de peculio* nei limiti del peculio 'del' *servo* vicario, da cui però non si può dedurre quanto dovuto al *servo* principale (potendosi, dunque, eventualmente dedurre soltanto quanto dovuto al padrone stesso); in terzo luogo, si puntualizza cosa accadrebbe nel caso in cui sia il padrone che l'institore siano a conoscenza delle attività svolte dal vicario, ossia che i creditori possano intentare contro il padrone sia l'*actio tributoria* che l'*actio de peculio*: la prima è basata sull'attività imprenditoriale del *servo* vicario, mentre la seconda è fondata sull'attività imprenditoriale dell'institore e colui che agisce deve scegliere quale esperire. In ultimo, viene presentato il caso in cui l'institore, a differenza del padrone, non abbia avuto conoscenza delle attività svolte dal vicario: in tal caso si dovrebbe dedurre integralmente soltanto quanto dovuto dal *servo* vicario.

III. La presenza del dolo

Si è ritenuto dolo contro i creditori la situazione in cui il *dominus* deliberatamente abbia evitato il pagamento dell'indebito provocando ingiustizia nella ripartizione. Ulpiano, nel *libro ventinovesimo all'editto* ha enumerato dettagliatamente le situazioni di ricorrenza del dolo al fine di evitare il pagamento:

A) Quando il *dominus* non abbia voluto ripartire le merci peculiari:

D.14.4.7.1 (Ulpianus 29 ad ed.) *Quid tamen si dominus tribuere nolit nec hanc molestiam suscipere, sed peculio vel mercibus cedere paratus sit? pedius refert audiendum eum, quae sententia habet aequitatem: et plerumque arbitrum in hanc rem praetor debebit dare, cuius interventu tribuantur merces peculiares.*

B) Quando il *dominus* abbia diminuito di proposito ridotto le merci peculiari:

D.14.4.7.2 (Ulpianus 29 ad ed.) *Si cuius dolo malo factum est, quo minus ita tribueretur, in eum tributoria datur, ut quanto minus tributum sit quam debuerit, praestet: quae actio dolum malum coercet domini. minus autem tribuere videtur etiam si nihil tributum sit. si tamen ignorans in merce servum haber minus tribuit, non videtur dolo minus tribuisse, sed re comperta si non tribuat, dolo nunc non caret. proinde si sibi ex ea merce solvi fecit, utique dolo videtur minus tribuisse.*

C) Quando il *dominus* abbia tollerato che le merci peculiari perissero o si riducessero:

D.14.4.7.3 (Ulpianus 29 ad ed.) *Sed et si mercem perire passus est aut eam avertit aut vilioris data opera distraxit vel si ab emptoribus pretium non exegerit, dicendum erit teneri eum tributoria, si dolus intervenit.*

D) Quando il *dominus* abbia rifiutato di ripartire le merci peculiari:

D.14.4.7.4 (Ulpianus 29 ad ed.) *Sed et si negaverit dominus cuiquam deberi, videndum erit, an tributoriae locus sit: et est verior labeonis sententia tributoriam locum habere: alioquin expediet domino negare.*

Dai testi di Ulpiano si rileva l'esistenza di una combinazione di elementi soggettivi e oggettivi per determinare l'esistenza del dolo.

Soprattutto per quanto riguarda l'elemento soggettivo, il dolo richiede la *mala fede* del soggetto, senza la quale non può integrarsi il concetto giuridico del dolo. Questo è evidenziato da D.14.4.7.2 (Ulpianus 29 ad ed.) “*si tamen ignorans in merce servum habere minus tribuit, non videtur dolo minus tribuisse, sed re comperta si non tribuat, dolo nunc non caretè[...]*” Glück ha confermato questo punto di vista, “se

In secondo luogo, per quanto riguarda l'elemento oggettivo esistono molte espressioni di comportamento doloso: la rinuncia al peculio o alle merci peculiari; la eliminazione delle merci peculiari; l'occultamento del patrimonio; il pagamento del proprio debito con le merci peculiari; l'indulgenza rispetto alla perdita delle merci peculiari; la vendita delle merci peculiari ad un prezzo eccessivamente basso; la mancata tempestività nella riscossione dei crediti presenti tra le merci peculiari. Tutti questi comportamenti conducono, comunque, ad una perdita o riduzione di valore delle merci peculiari.

30. La regola della separazione applicabile nell' *actio tributaria*

In base alla regola della separazione, nell'*actio tributaria*, i creditori potrebbero intentare tale azione esclusivamente sulla merce peculiare pertinente l'attività per cui hanno concesso il credito.

I. Per obbligazioni sorte in luoghi diversi si applicano diverse azioni di ripartizione.

Nel passo Ulpiano riportato di seguito, sottolineava che per le diverse imprese, con merci peculiari poste in diversi luoghi, la ripartizione si debba fare separatamente per evitare che al soddisfacimento di un creditore in un luogo, corrisponda il danneggiamento di un altro creditore in un altro luogo:

D.14.4.5.16 (Ulpianus 29 ad ed.) *Sed si duas tabernas eiusdem negotiationis exercuit et ego fui tabernae verbi gratia quam ad bucinum habuit ratiocinator, alius eius quam trans tiberim, aequissimum puto separatim tributionem faciendam, ne ex alterius re merceve alii indemnes fiant, alii damnum sentiant.*

II. Per le diverse obbligazione assunte dallo stesso soggetto in *potestà*, con diverse *merces peculiares*, si applicano diverse azioni di ripartizione

D.14.4.5.15 (Ulpianus 29 ad ed.) *Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in isdem confundendi erunt et omnes in tributum vocandi? ut puta duas negotiationes exercebat, puta sagariam et linteariam, et separatos habuit creditores. puto separatim eos in tributum vocari: unusquisque enim eorum merci magis quam ipsi credidit.*

Ulpiano ha differenziato le parti di merci peculiari destinate a diverse attività imprenditoriali, in base alle quali i diversi creditori potrebbero, rispettivamente, intentare l'*actio tributoria*. Le ragioni della sua spiegazione hanno colto l'essenza dell'*actio tributoria*, nell'esercizio concreto della quale i creditori debbono essere quelli i cui crediti sono legati a quella specifica merce peculiare.

31. La condizione di privilegio basato sulla separazione del patrimonio nell'*actio tributoria*

L'*actio tributoria* si fonda sulla responsabilità patrimoniale relativa a parti determinate di merci peculiari. Tali merci peculiari, essendo separate dal resto del peculio e tra di loro, rivelano una forte indipendenza. Il Chiusi ha denominato tali merci peculiari patrimonio giuridico commerciale autonomo; l'autonomia implicava un rafforzamento dei diritti dei creditori. Nel confronto con i privilegi dei creditori previsti nella legislazione civile moderna, emergono le seguenti caratteristiche.

I. La priorità del diritto del creditore

In base alle regole del peculio, il *dominus* può dedurre in anticipo il proprio credito nei confronti del peculio; tuttavia, con riferimento all'*actio tributaria*, tale diritto è escluso:

D.14.4.1pr. (Ulpianus 29 ad ed.) *Huius quoque edicti non minima utilitas est, ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, cuius peculii aestimatio deducto quod domino debetur fit), tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocatur.*

Secondo l'interpretazione di Ulpiano, nell'*actio tributoria* il *dominus* è privato del diritto di dedurre il proprio credito dal peculio, ed è pertanto, chiamato alla ripartizione delle merci peculiari con gli altri creditori.

Per crediti legati a merci peculiari il creditore può intentare l'*actio tributoria*

contro il *dominus* anche se nel *peculio* non vi sia nulla, essendo sufficiente che il *dominus* sia a conoscenza dell'attività imprenditoriale:

D.14.4.1.2 (Ulpianus 29 ad ed.) *Peculiarem autem mercem non sic uti peculium accipimus, quippe peculium deducto quod debetur accipitur, merx peculiaris, etiamsi nihil sit in peculio, dominum tributaria obligat, ita demum si sciente eo negotiabitur.*

I creditori che possono esperire l'*actio tributaria* hanno la precedenza sugli altri crediti che insistono sulle merci peculiari.

Cioè non è permesso di applicare un determinato patrimonio dei merci peculiari per la soddisfazione dei crediti sulle altre parti di merci peculiari:

D.14.4.5.15 (Ulpianus 29 ad ed.) *Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in isdem confundendi erunt et omnes in tributum vocandi? ut puta duas negotiationes exercebat, puta sagariam et linteariam, et separatos habuit creditores. puto separatim eos in tributum vocari: unusquisque enim eorum merci magis quam ipsi credidit.*

Chiusi ha interpretato questo passo in tal modo “ciò fa pensare che non era possibile trasferire merci da una *negotatio* all'altra perché questo si sarebbe potuto configurare come un tentativo di diminuire le capacità soddisfattive della prima in frode ai creditori”³⁵⁶.

II. La priorità sulla petizione avente ad oggetto diritti reali

Anche se un determinato patrimonio di merce peculiare sia stato o sia parte del patrimonio del *dominus*, il *dominus* non potrebbe comunque in via prioritario dedurre ciò di cui è proprietario: il credito sulle merci peculiari ha priorità sulla possibilità di far valere diritti reali:

D.14.4.5.7 (Ulpianus 29 ad ed.) *Sed est quaesitum, dominus utrum ita demum partietur ex merce, si quid ei mercis nomine debeatur, an vero et si ex alia causa. et labeo ait, ex quacumque causa ei debeatur, parvique referret, ante mercem an postea ei debere quid servus coeperit: sufficere enim, quod privilegium deductionis perdidit.*

I giuristi romani hanno concesso ai creditori dell'*actio tributaria* un diritto di rimborso particolarmente forte perché nel caso dell'*actio tributaria* il *dominus* doveva essere a conoscenza delle attività imprenditoriali (almeno tollerarle)³⁵⁷. Sulla base del

³⁵⁶ T. J. CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto 'de tributaria actione'*, cit., 334.

³⁵⁷ Cfr. §29.

rapporto tra la sua volontà e le attività imprenditoriali e al fine di evitare collusioni tra *dominus* e soggetti in potestà per frodare i creditori, il *dominus* vede affievolito il suo diritto di recuperare i beni di cui è proprietario.

III. Il soddisfacimento del diritto dei creditori in proporzione alle rispettive quote

D.14.4.5.19 (Ulpianus 29 ad ed.) *Tributio autem fit pro rata eius quod cuique debeatur, et ideo, si unus creditor veniat desiderans tribui, integram portionem consequitur, sed quoniam fieri potest, ut alius quoque vel alii exsistere possint mercis peculiaris creditores, cavere debet creditor iste pro rata se refusurum, si forte alii emergerint creditores.*

D.14.4.6 (Paulus 30 ad ed.) *Non enim haec actio sic ut de peculio occupantis meliorem causam facit, sed aequalem condicionem quandoque agentium.*

Questo trattamento deve essere limitato ai creditori di quella determinata merce peculiare, con riguardo alle pertinenti merci peculiari; i creditori hanno un diritto di rimborso in senso esclusivo e riservato.

IV. Imprescrittibilità dell'azione e trasmissibilità agli eredi

Sulla base dell'assenza di limiti di tempo per l'esercizio dell'azione e la trasmissibilità agli eredi dell'*actio tributoria*, i diritti di rimborso dei crediti corrispondenti possono essere vantati anche nei confronti degli eredi del *dominus* e non vi è alcuna limitazione dovuta a prescrizioni.

V. La garanzia per la priorità della pretesa

Secondo i frammenti di Ulpiano, nel caso in cui il padrone non avesse voluto ripartire la merce, il pretore normalmente indicava un giudice con il cui intervento si sarebbero potute ripartire le merci del peculio³⁵⁸.

32. Il rapporto tra l'*actio tributoria* e le *actiones adiecticiae qualitatis*

I. Le diverse opinioni espresse in dottrina

M.Kaser riteneva che, sebbene l'*actio tributoria* sia sempre trattata insieme alle altre *actiones adiecticiae qualitatis*, in realtà, questa non sarebbe appartenuta a tale

³⁵⁸ Cfr. D.14.4.7.1.

categoria di azioni³⁵⁹. Tale opinione è stata condivisa da molti studiosi che tenderebbero ad escludere l'*actio tributoria* dalla categoria delle *actiones adiecticiae qualitatibus*³⁶⁰; tali opinioni poggiano, fondamentalmente su due ordini di ragioni: in primo luogo, l'*actio tributoria* fa valere una responsabilità diretta del *dominus* direttamente nelle altre azioni è indiretta (in questo senso tanti studiosi hanno affermato che si debba distinguere tra *vocare in tributum* e mera *actio tributoria*, potendo soltanto nel primo caso parlare di azione adietizia³⁶¹); in secondo luogo, l'*actio tributoria* è dotata di caratteri da azione penale dato il rilievo che in questa assume il requisito del dolo da parte del *dominus*.

Altri studiosi, tuttavia, hanno posto l'attenzione sulla somiglianza tra l'*actio tributoria* e le *actiones adiecticiae qualitatibus*, insistendo sul fatto che questa rientri in tale categoria³⁶². Ad esempio, molti testi di istituzioni di diritto romano trattano dell'*actio tributoria* come una specie di azione adietizia³⁶³.

II. La posizione dell'*actio tributoria* nelle Istituzioni di Gaio e di Giustiniano

Nelle istituzioni di Gaio (cioè da G. 4.69 a G. 4.80, in cui Gaio introduce “le azioni contro il *pater* o il *dominus*”³⁶⁴) trattando il caso delle attività imprenditoriali del servo con merci peculiari, il giurista compie un riferimento a tre tipi di azioni:

³⁵⁹ J. J. AUBERT, *Business managers in ancient Rome: a social and economic study of institores*, 200 B.C.-A.D. 250, cit., 46, nt.27 e cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*(2).München, 1971, 609.

³⁶⁰ T. J. CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto 'de tributaria actione'*, cit., 276-395.347-395; J. J. AUBERT, *Business managers in ancient Rome: a social and economic study of institores*, 200 B.C.-A.D. 250, cit., 46.

³⁶¹ I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, cit., 151; M. BALESTRI FUMAGALLI, *L' 'actio tributaria'*, cit., 191; E. VALINO, *L' 'actio tributaria'*, cit., 12.

³⁶² P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 145-147; F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*(libri xiv-xv), cit., 78-91; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, cit., 151; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 154-160; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica*(II sec.a.c.-IIsec.d.c.), cit., 54; M. BALESTRI FUMAGALLI, *L' 'actio tributaria'*, cit., 191; M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatibus'*, cit., 321; A. WATSON, *The law of obligations in the later roman republic*, cit., 185-186.

³⁶³ P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 145-147; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 85-88; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*(3), cit., 511.

³⁶⁴ Cfr.[古罗马]盖尤斯.《法学阶梯》[Z].黄风译,北京:中国政法大学出版社,1996.322.G.4.69:由于我们前面已提到针对家子或者奴隶的特有产提起的诉讼,因此我们现在需要比较认真的介绍一下这种诉讼以及其它一些通常以同样的名义针对父亲或者主人提起的诉讼。(GIUS, *Institutiones*, trad. da Feng Hunag, BeiJing, 1996, 322, la traduzione in cinese del G.4.69.)

all'*actio tributoria* nel caso di conoscenza da parte del *dominus*, all'*actio de peculio* e all'*actio de in rem verso* nel caso di ignoranza da parte di tali soggetti. Da questa prospettiva, si nota come Gaio abbia, in sostanza, incluso l'*actio tributoria* considerata come l'azione verso il padre o il padrone, come una specie di azione adiettizia. Tale appartenenza è maggiormente evidenziata nelle Istituzioni di Giustiniano, dove l'*actio tributoria* è inserita in "*Quod cum eo cui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur*"³⁶⁵. Nel Digesto di Giustiniano è a questa dedicato il titolo 4 del libro XIV, in cui sono contenuti anche i frammenti riguardanti l'*actio exercitoria* e l'*actio institoria*, seguito dal libro 15 in cui sono incluse l'*actio de peculio*, l'*actio de in rem verso* e l'*actio quod iussu*. L'appartenenza dell'*actio tributoria* alle *actiones adiecticiae qualitatis* è molto chiara dal punto di vista della collocazione sistematica nelle fonti.

III. La natura comune all'*actio tributoria* e alle *actiones adiecticiae qualitatis*.

L'*actio tributoria* è legata ad una responsabilità indiretta del *dominus*, derivante dai negozi condotti da soggetti alieni iuris.

G.4.72 *Praeterea tributaria quoque actio in patrem dominumue constituta est, cum filius servusue in peculiari merce sciente patre dominoue negotietur; [...]*³⁶⁶. Questo passo costituisce un'ulteriore conferma a quanto si sostiene.

I.4.7.3 *Introdixit et aliam actionem praetor, quae tributaria vocatur. namque si servus in peculiari merce, sciente domino, negotietur, et quid cum eo eius rei causa contractum erit, ita praetor ius dicit ut quidquid in his mercibus erit quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur. et quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quae tributaria appellatur*³⁶⁷. Sembra che i giuristi giustinianeî descrivano tale profilo in modo simile a Gaio.

Quella che sembra l'unica definizione su cui basarsi per contestare la natura

³⁶⁵ Cfr.[古罗马]优士丁尼.《法学阶梯》(第2版)[Z].徐国栋译,北京:中国政法大学出版社,2005.485. (IUSTINIANI, *Institutiones*(2), trad. da Guodong Xu, BeiJing, 2005, 485.)

³⁶⁶ Cfr.[古罗马]盖尤斯.《法学阶梯》[Z].黄风译,北京:中国政法大学出版社,1996.324. (GIUS, *Institutiones*, trad. da Feng Huang, BeiJing, 1996, 324.)

³⁶⁷ Cfr. [古罗马]优士丁尼.《法学阶梯》(第2版)[Z].徐国栋译,北京:中国政法大学出版社,2005.487. (IUSTINIANI, *Institutiones*(2), trad. da Guodong Xu, BeiJing, 2005, 487.)

Il vocare in tributum e l'actio tributoria sono due formule indipendenti o sono dei diversi modi per esprimere la stessa procedura in fasi diverse?

La relazione tra D.14.4.5.6 e il passo precedente fornisce cenni utili per la nostra interpretazione del rapporto tra il *vocare in tributum* e l'*actio tributoria*:

D.14.4.5.5 (Ulpianus 29 ad ed.) *Per hanc actionem tribui iubetur, quod ex ea merce et quod eo nomine receptum est.*

D.14.4.5.6 (Ulpianus 29 ad ed.) *In tributum autem vocantur, qui in potestate habent, cum creditoribus mercis.*

Dal collegamento tra tali frammenti e dalla presenza dell'*autem* nel secondo di essi, si rileva che quella di *vocare in tributum* deve essere stata una misura giudiziale che costituisce una distinta fase del giudizio rispetto all'*actio tributoria*. I creditori convocano l'avente potestà in tribunale per rivendicare il proprio credito sulla base del *vocare in tributum*. Fumagalli ha fatto una ricerca molto approfondita circa tale rapporto e le sue osservazioni offrono dimostrazione a tale impostazione. L'Autore ha separatamente analizzato i frammenti delle istituzioni di Gaio e di Giustiniano ed ha, inoltre, compiuto ricerche sulle interpolazioni alla parafrasi delle istituzioni di Teofilo, concludendo che se il *vocare in tributum* avesse indicato una procedura indipendente dall'*actio tributoria*, nel diritto romano il pretore sarebbe potuto direttamente intervenire nelle attività imprenditoriali. La sua indagine ha, tuttavia, appunto, dimostrato che quest'ipotesi dovrebbe essere stata piuttosto improbabile. Nelle istituzioni di Gaio e Giustiniano non emerge una diversità nelle origini del *vocare in tributum* e dell'*actio tributoria*. In verità il *vocare in tributum* è sorto "in rapporto a quella attività del pretore che accoglie e riassume nella categoria del *ius dicere* l'intero sviluppo della procedura, dal rilascio del decreto che ammette i creditori al concorso, alla *datio iudicii* con cui si sanziona il contegno doloso del

³⁶⁸ I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, cit., 151; M. BALESTRI FUMAGALLI, *L' 'actio tributoria'*, cit., 191; E. VALINO, *L' 'actio tributoria'*, cit., 112..

dominus”³⁶⁹. Il termine ‘*actio tributoria*’ designa una procedura ben definita, cui si ricorre, come ad una possibile appendice della *tributio*, nel caso in cui il *dominus* abbia compiuto, con dolo, un riparto ingiusto³⁷⁰. Tuttavia, Chiusi, per quanto riguarda il *vocare in tributum*, ha osservato che nella letteratura romana esiste una situazione in cui si usa il *vocare in tributum* come un termine autonomo³⁷¹. Cioè non c’era una espressione fissata di “*vocari in tributum*” o “*venire in tributum*”, ad esempio, in D. 14.4.5.11 e D. 14.4.5.17.

Il secondo dubbio sull’appartenenza dell’*actio tributoria* alle *actiones adiecticiae qualitatis* deriva dalla penalità della responsabilità richiamata dal requisito del dolo. In verità, benché il comportamento doloso da parte del *dominus* sia riferito ad una sfera diversa da quella degli atti leciti, tuttavia, non può trascurarsi che l’azione stessa si basi su un fine di risarcimento piuttosto che su una punizione. Il dolo, essendo uno dei requisiti soggettivi, non trasforma la natura risarcitoria di tale azione. In D.14.4.7.2-4 sono elencati i diversi tipi di comportamenti dolosi da parte del *dominus*; il rimedio dato dal pretore è per la soddisfazione dei crediti; non vi è alcuna traccia della responsabilità extracontrattuale³⁷². Successivamente in D.14.4.9.1 attraverso la relazione di reciproca sostituibilità tra l’*actio tributoria* e l’*actio de peculio*, la natura risarcitoria di tale azione riceve un’ulteriore conferma³⁷³. Miceli ha compiuto un’analogia per provare ciò con un esempio in tema di *actio depositi* osservando che “in effetti, così come l’*actio depositi* non diviene un’*actio ex delicto* solo perché si richiede il dolo del debitore come criterio di imputabilità dell’inadempimento”³⁷⁴, l’esistenza del dolo non rimanda ad una natura extracontrattuale per l’*actio tributoria*. Questa è l’opinione che sembra prevalere³⁷⁵ ed inoltre non pare vi siano argomenti

³⁶⁹ M. BALESTRI FUMAGALLI, *L’ ‘actio tributoria’*, cit., 184.

³⁷⁰ M. BALESTRI FUMAGALLI, *L’ ‘actio tributoria’*, cit., 117-204.

³⁷¹ T. J. CHIUSI, *Contributo allo studio dell’editto ‘de tributaria actione’*, cit., 276-395.352-353.

³⁷² Cfr. D.14.4.7.2; D.14.4.7.3-4.

³⁷³ Cfr. D.14.4.9.1.

³⁷⁴ M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle ‘actiones adiecticiae qualitatis’*, cit., 331.

³⁷⁵ A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo ‘manager’ in Roma antica (II sec.a.c.-II sec.d.c.)*, cit., 337; M. BALESTRI FUMAGALLI, *L’ ‘actio tributoria’*, cit., 199; M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle ‘actiones adiecticiae qualitatis’*, cit., 320-326; W.W. BUCKLAND, *The roman law of slavery. The condition of the slave in private law from augustus to Justinian*, cit., 207.

validi per distaccarsene, pertanto sembra opportuno ribadire l'omogeneità tra l'*actio tributoria* e le *actiones adiecticiae qualitatis*.

Capitolo VIII

Unitarietà della categoria delle *actiones adiecticiae qualitatis* nel diritto romano e distinzione nel diritto moderno

L'*actio exercitoria* è sorta nell'ambito della navigazione; l'*actio institoria* nel commercio di terra, l'*actio quod iussu* nella gestione di affari determinati, l'*actio de peculio* e l'*actio de in rem verso* sono legate ai casi di esercizio di attività commerciali da parte del soggetto *alieni iuris* facendo uso del *peculium* e l'*actio tributoria* nell'ambito dell'esercizio di tali attività da parte di soggetti *alieni iuris*, con l'impiego di un patrimonio determinato. Ci si domanda come, queste sei azioni che sembrano apparentemente non avere relazione tra di loro essendo state disciplinate in maniera distinta nell'editto del pretore, siano state successivamente riunite dai giuristi romani nel titolo delle *actiones adiecticiae qualitatis*³⁷⁶ o *quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur*³⁷⁷. Costituisce oggetto di interesse altresì, l'evoluzione, nel diritto moderno, della categoria unitaria delle *actiones adiecticiae qualitatis* e dei singoli istituti in essa contenuti.

33. Le *actiones adiecticiae qualitatis* quale strumento per colmare per la lacuna in tema di obbligazioni da atti leciti compiuti da soggetti determinati

Come si è visto in precedenza, nonostante la diversità di problemi e soluzioni elaborate per ciascun tipo di azione, è possibile comunque rinvenire dei caratteri comuni. Dal punto di vista del sistema delle obbligazioni, queste convergono nel colmare la lacuna in tema di obbligazioni derivanti dal compimento di atti negoziali da parte di terzi soggetti determinati. Dal punto di vista del regime della gestione dell'impresa, questi sei tipi di azione costruiscono, con riferimento ad aspetti diversi, il regime dell'organizzazione dell'impresa.

³⁷⁶ Cfr.[古罗马]盖尤斯.《法学阶梯》[Z].黄风译,北京:中国政法大学出版社,1996.322.片段 G.4.69。(GIUS, *Institutiones*, trad. da Feng Huang, BeiJing, 1996, 322, G.4.69.)

³⁷⁷ Cfr.[古罗马]优士丁尼.《法学阶梯》(第2版)[Z].徐国栋译,北京:中国政法大学出版社,2005.484 (IUSTINIANI, *Institutiones*(2), trad. da Guodong Xu, BeiJing, 2005, 484.).

Il delicato collegamento operato sulla base delle menzionate caratteristiche comuni ha permesso di applicare l'istituto della rappresentanza nel campo commerciale andando a rispondere alle esigenze, legate allo sviluppo socio-economico della società romana, di una 'professionalizzazione' nell'impiego di lavori differenziati e di capitali.

Nel diritto romano, si potevano indirettamente contrarre obbligazioni attraverso il mandato, in cui una delle parti (mandatario) si obbligava, gratuitamente, ad eseguire una prestazione o gestire un affare per conto dell'altra parte (mandante)³⁷⁸. In base al *ius civile*, da tale contratto scaturiva un'*actio directa* del mandante verso il mandatario ed un'*actio contraria* del mandatario verso il mandante. Sulla base del mandato, tuttavia, il terzo che ha contrattato con il mandatario non è legato da alcun rapporto giuridico con il mandante, il quale, in ogni caso, dovrebbe essere tenuto in modo passivo ed indiretto all'obbligazione contratta tra i primi due. Tale tipologia di contratto, incontrava, comunque, dei limiti: in primo luogo doveva essere gratuito; in secondo luogo, il mandatario doveva necessariamente essere *sui iuris*; infine, tale contratto trovava fondamento in un mandato per cui, dunque, gli effetti giuridici si sarebbero dapprima prodotti in capo al mandatario e poi avrebbero dovuto essere trasferiti nella sfera giuridica del mandante³⁷⁹.

Un altro istituto con cui si potevano contrarre obbligazioni attraverso attività poste in essere da un terzo era quello della rappresentanza. Anche in questo caso ricorreva la presenza di fattori che andavano a limitare le possibilità di impiego dell'istituto: la mancanza di capacità d'agire dell'*alieni iuris* rispetto all'atto patrimoniale, per la struttura della famiglia che lo poneva sotto la *patria potestas*, e il principio del "*alteri stipulari, nemo potest*"³⁸⁰. Sebbene nell'ambito dei rapporti non contrattuali il diritto romano già in età risalente abbia riconosciuto, attraverso l'*actio*

³⁷⁸ La differenza tra la rappresentanza e il mandato cfr.[古罗马]盖尤斯.《法学阶梯》[Z].黄风译,北京:中国政法大学出版社,1996.254.(GIUS, *Institutiones*, trad. da Feng Huang, BeiJing, 1996, 254, G.3.155.); [古罗马]优士丁尼.《法学阶梯》(第2版)[Z].徐国栋译,北京:中国政法大学出版社,2005.401.(IUSTINIANI, *Institutiones*(2), trad. da Guodong Xu, BeiJing, 2005, 401, I.3.26.13.); P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 400; M. MARRONE, *Insituzione di diritto romano*, cit., 477; l'ultima ricerca sulla rappresentanza del diritto romano cfr. M. MICELI, MARIA *Studi sulla 'rappresentanza' nel diritto romano* (1), cit., 301-331.

³⁷⁹ M. MARRONE, *Insituzione di diritto romano*, cit., 477.

³⁸⁰ Cfr.[古罗马]优士丁尼.《法学阶梯》(第2版)[Z].徐国栋译,北京:中国政法大学出版社,2005.369.(IUSTINIANI, *Institutiones*(2), trad. da Guodong Xu, BeiJing, 2005, 369.)

noxalis, la responsabilità del *dominus* per il fatto altrui, tuttavia, nel campo del diritto dei contratti, come rilevava Wacke, “L’intervento di un terzo in rapporti obbligatori era dunque, in linea di principio, escluso. Ciò risulta dall’inammissibilità dei tre istituti funzionalmente affini della rappresentanza, della cessione, del contratto a favore di terzi”³⁸¹.

Sebbene, dunque, la rappresentanza non abbia ricevuto riconoscimento nel *ius civile*, tuttavia, sembra che siano emerse alcune soluzioni nel diritto romano. In epoca precedente si erano già conosciute le figure del *procurator omnium bonorum* e del *procurator ad litem*; tuttavia, il potere del rappresentante scaturiva non dalla legge, ma dalla situazione di fatto. In campo commerciale, nel caso in cui il *procurator* fosse stato *alieni iuris*, i *dominus* potevano direttamente conseguire i risultati dell’attività negoziale del primo poiché questi, in quanto *alieni iuris* e quindi non dotato di capacità giuridica, veniva considerato come un ‘mezzo’; al terzo contraente, invece, non era riconosciuto il diritto di agire nei confronti del *dominus*. In ogni caso, sia che il *procurator* fosse stato un libero, sia che fosse stato sottoposto a *potestas*, l’obbligazione tra il terzo ed il rappresentato non è stata riconosciuta dallo *ius civile* sino agli inizi dell’età classica³⁸². Dal regime da ultimo descritto derivava dunque una soluzione iniqua poiché i *dominus* potevano conseguire i risultati delle attività dei loro schiavi, *fili familias* o liberi senza essere però tenuti a rispondere in modo diretto per questi.

Tale iniquità si è mantenuta sino a quando il pretore, attraverso la creazione delle azioni adiettorie, ha superato il principio seguito dai giuristi romani dell’ ‘*alteri stipulari nemo potest*’: con l’*actio exercitoria*, infatti, è stata riconosciuta al terzo contraente un’azione diretta contro l’*exercitor*; con quella *institoria*, un’azione diretta contro l’imprenditore; con l’*actio quod iussu*, contro il preponente; con l’*actio de peculio* contro il *dominus*, ossia contro il proprietario del *peculium*; con l’*actio de in rem verso*, ancora contro tale soggetto in quanto proprietario della *res verso*; con l’*actio tributaria*, si è riconosciuta un’azione contro il proprietario di una *merx*

³⁸¹ A. WACKE, *Le azioni adiettorie*, cit., 583.

³⁸² Bonfante sostiene “Di fronte alla negazione civile della rappresentanza, per cui l’obbligazione nasceva soltanto tra il rappresentante (procuratore o mandatario, tutore o curatore) ed il terzo; nel sistema classico e postclassico si venne in soccorso al credito per via di espedienti vari: istituti singolari e azioni utili”, cfr. P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 331.

peculiaris. La caratteristica comune a tali azioni è il riconoscimento, anche sotto il profilo giuridico, dell'obbligazione derivante dal negozio compiuto dal terzo, che viene, dunque, a costituire una ulteriore causa dell'obbligazione³⁸³. Benché nelle Istituzioni di Giustiniano tali azioni siano state raccolte sotto il titolo “*quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur*”³⁸⁴, con l'estensione anche ai casi in cui un libero si fosse trovato ad occupare la carica di *magister* o di *institor*, esse non si applicavano più soltanto ai negozi compiuti dai soggetti *alieni iuris*, ma talvolta in generale ai negozi compiuti dal terzo.

Con tali azioni si assiste ad una evoluzione, nel diritto romano, del sistema delle obbligazioni derivanti dal negozio concluso dal terzo che si fonda essenzialmente su due pilastri: l'assunzione dell'obbligazione tramite mandato, che trovava una ampia applicazione nel campo del diritto civile; il ricorso alle azioni adiettizie nel campo commerciale.

34. Il modello di impresa romana fondato sulle *actiones adiecticiae qualitatis*

Sul piano dei principi del diritto romano, le *actiones adiecticiae qualitatis* hanno affermato il sorgere di un effetto giuridico unilaterale sorto dall'obbligazione derivante dall'attività negoziale del terzo che assume una funzione simile a quella svolta dall'istituto della rappresentanza nel diritto civile moderno. Proprio sulla base di tale affermazione, nel sistema dell'impresa romana, grazie alle *actiones adiecticiae qualitatis*, si è sviluppato un modello organizzativo della gestione della stessa. È stata altresì provata la natura indispensabile dell'istituto della rappresentanza nell'ambito del regime giuridico delle imprese: come ritiene Xu Guodong, se non vi fosse l'istituto della rappresentanza, non esisterebbero le imprese³⁸⁵. Quindi è fondamentale e evidente il contributo di tali azioni al sistema dell'organizzazione dell'impresa. In questa prospettiva, i moderni studiosi di diritto romano hanno proposto l'impostazione in base alla quale quelle azioni furono in funzione dell'organizzazione

³⁸³ Cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*(3), cit., 509.

³⁸⁴ Cfr. [古罗马]优士丁尼.《法学阶梯》(第2版)[Z].徐国栋译,北京:中国政法大学出版社,2005.485. (IUSTINIANI, *Institutiones*(2), trad. da Guodong Xu, BeiJing, 2005, 485.)

³⁸⁵ Cfr. 徐国栋.《民法总论》[M].北京:高等教育出版社,2007.377(GUODONG XU. *I principi generali del diritto civile*, Bei Jing, 2007, 377.)

imprenditoriale romana, più che come strumenti di rappresentanza negoziale³⁸⁶.

I. Il modello di gestione in cui il proprietario è distinto dal *manager*, basato sulla *praepositio*: le diverse forme di *praepositio* nelle azioni; *praepositio* e nesso causale fra responsabilità dell'imprenditore e *manager*

Sembra poco probabile che l'imprenditore abbia amministrato di persona l'impresa e posto in essere ogni attività di gestione, date le crescenti esigenze di professionalizzazione del lavoro e le altre necessità derivanti della delicata questione della divisione del lavoro nella società. Si rese dunque necessario uno strumento giuridico con cui l'imprenditore potesse amministrare l'impresa tramite l'operato altrui. Tale strumento è stato creato tramite il riconoscimento da parte del pretore delle *actiones adiecticiae qualitates* con cui il rapporto tra imprenditore e *manager* ha ottenuto un riconoscimento giuridico. Il fondamento di tale rapporto è la *praepositio*.

La *praepositio* per l'*actio exercitoria* deve essere specifica e determinata: D.14.1.1.7 (Ulpianus 28 ad ed.) *Non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem, sed eius rei nomine, cuius ibi praepositus fuerit, id est si in eam rem praepositus sit, ut puta si ad onus vehendum locatum sit aut aliquas res emerit utiles naviganti vel si quid reficiendae navis causa contractum vel impensum est vel siquid nautae operarum nomine petent.*

Similmente accade per l'*actio institoria*: D.14.3.5pr. (Ulpianus 28 ad ed.) *Cuicumque igitur negotio praepositus sit, institor recte appellabitur.* Tramite la *praepositio*, l'istitutore acquista il potere di amministrare l'impresa, esercitando le attività necessarie ed accessorie alla gestione in modo che il preponente sia, comunque, tenuto per l'intero.

Nell'*actio quod iussu*, la *praepositio* riveste ancora, come nei due casi precedenti, ed a differenza di quelli che verranno successivamente descritti, un carattere attivo; questa si sostanzia, infatti, in "un esplicito invito ad un terzo"³⁸⁷ a contrarre:

D.15.4.1.1 (Ulpianus 29 ad ed.) *Iussus autem accipiendum est, sive testato quis sive per epistulam sive verbis aut per nuntium sive specialiter in uno contractu iusserit sive generaliter: et ideo et si sic contestatus sit: "quod voles cum sticho servo meo negotium gere periculo meo", videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid*

³⁸⁶ P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano*, cit., 47; A. FOLDI, *Remarks on the legal structure of enterprises in roman law*, RIDA, 43, 1996, 179.

³⁸⁷ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 146

prohibet. Taluni giuristi sostenevano che la *praepositio* potesse anche consistere in uno *iussus* implicito. I giuristi romani considerarono la *praepositio* e lo *iussus* come il fondamento giuridico della responsabilità nelle *actiones adiecticiae qualitatis* costruite dal pretore³⁸⁸. La responsabilità dell'imprenditore fondata su tale *praepositio* specifica è quella per l'intero e, quindi, *in solidum*.

Si potrebbe pensare che nell'*actio tributoria* non esista una *praepositio* specifica, ma una conoscenza da parte del *dominus* del fatto che il soggetto *alieni iuris* gestisca l'affare con *merx peculiaris*. Come proposto da Albanese, la *scientia* della *negotatio* con *merx peculiaris* può essere considerata agevolmente come un'estensione della *praepositio*³⁸⁹. Tuttavia, analizzando il passo che viene di seguito proposto, emerge la necessità di compiere talune precisazioni al riguardo. In D.14.4.3pr. (Ulpianus 29 ad ed.) si legge che “*Sed si servus communis sit et ambo sciant domini, in utrumlibet ex illis dabitur actio: at si alter scit, alter ignoravit, in eum qui scit dabitur actio, deducetur tamen solidum quod ei qui ignoravit debetur. quod si ipsum quis ignorantem convenerit, quoniam de peculio convenitur, deducetur etiam id quod scienti debetur et quidem in solidum [...]*”. Da ciò emerge che l'atto del *dominus* non sia integrato dalla pura conoscenza, ma che vi sia implicito anche un permesso al soggetto *alieni iuris* a compiere l'affare: anche se non si tratta di un'autorizzazione formale, tuttavia, il fornire un sostengono economico, cioè il porre un patrimonio determinato a disposizione del soggetto, conduce a poter considerare tale atto come un'autorizzazione. In ogni caso, essendo la manifestazione di volontà non esplicita, la responsabilità è limitata entro i confini dei patrimoni coinvolti.

Nell'*actio de peculio* e *de in rem verso*, ancora, non esiste un *praepositio* specifica ed esplicita: D.14.5.1(Gaius 9 ad ed. provinc.)*Omnia proconsul agit, ut qui contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit, etiamsi deficient superiores actiones, id est exercitoria institoria tributoriae, nihilo minus tamen in quantum ex bono et aequo res patitur suum consequatur. sive enim iussu eius, cuius in potestate sit, negotium gestum fuerit, in solidum eo nomine iudicium pollicetur: sive non iussu, sed tamen in rem eius versum fuerit, eatenus introducit actionem, quatenus in rem eius*

³⁸⁸ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 146; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni corso di diritto romano(1) le garanzie personali*, Padova, 1962, 134.

³⁸⁹ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 160.

versum fuerit: sive neutrum eorum sit, de peculio actionem constituit. A prescindere dalla conoscenza da parte del *dominus* dei singoli affari gestiti, trovando tali azioni tra i propri presupposti il *peculium*, può ritenersi che la sua concessione costituisca di per sé un permesso alla gestione dell'affare; Talamanca parla al riguardo di autorizzazione implicita³⁹⁰. Come nel caso dell'*actio tributaria*, la responsabilità è limitata entro i confini del *peculium* o dell'arricchimento data la mancanza della volontà specifica ed esplicita del *dominus*.

In sintesi, dalla *praepositio* deriva il nesso causale fra la responsabilità dell'imprenditore e l'affare gestito dal *manager*. Ciò ha rivestito un ruolo fondamentale nello sviluppo del modello di gestione in cui il proprietario è separato dal *manager*.

II. Il modello della ripartizione del rischio nella gestione dell'impresa basato sulla separazione dei patrimoni

A) I giuristi romani non hanno mai trascurato di prendere in considerazione l'elemento del rischio. Traiamo dalle fonti come il rischio sia spesso la ragione per spiegare l'assunzione della responsabilità dell'operatore nell'attività gestoria. Buckland ritiene addirittura che la causa della responsabilità del preponente nelle *actiones adiecticiae qualitatis* non si fondi sulla rappresentanza, bensì sulla ripartizione del rischio³⁹¹.

Nei confronti dell'*actio institoria*, Papiniano sosteneva che il cambio di *status* dell'*institor* non modificasse la ripartizione del rischio né quella delle responsabilità: D.14.3.19.1(Papinianus 3 resp.) *Si dominus, qui servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit, post libertatem quoque datam idem per libertum negotium exercuit, varietate status non mutabitur periculi causa.*

In riferimento all'*actio quod iussu*, Ulpiano utilizzò il criterio dell'assunzione del rischio per attribuire la responsabilità: D.15.4.1.1(Ulpianus 29 ad ed.)[...] *et ideo et si sic contestatus sit: "quod voles cum sticho servo meo negotium gere periculo meo"*[...]

Ulpiano, tentando di spiegazione la ragione per cui l'*exercitor* sia tenuto per l'obbligazione conclusa dal *magister* che sia stato a sua volta preposto dal *magister*

³⁹⁰ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 86.

³⁹¹ W.W.BUCKLAND – A. D. MCNAIR, *Roman law and common law (2)*, cit., 219.

incaricato dall'*exercitor*, cita l'opinione di Giuliano in base alla quale, sebbene non sia esistita un'ulteriore *praepositio* da parte dell'*exercitor*, tuttavia, questi è comunque tenuto in base all'assunzione del rischio, collegato all'utilità, come criterio di attribuzione della responsabilità: D.14.1.1.5 (Ulpianus 28 ad ed.) *Magistrum autem accipimus non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister: et hoc consultus iulianus in ignorante exercitore respondit: ceterum si scit et passus est eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur. quae sententia mihi videtur probabilis: omnia enim facta magistri debeo praestare qui eum praeposui, alioquin contrahentes decipientur: et facilius hoc in magistro quam institore admittendum propter utilitatem.*

B) Nelle *actiones exercitoria, institoria* e *quod iussu*, la responsabilità dell'imprenditore era per l'intero e non suscettibile di predeterminazione, in tal senso ostacolando gli investimenti. Con il procedere dello sviluppo socio-economico occorreva uno strumento giuridico che permettesse di attribuire una responsabilità limitata e quindi di prevedere i rischi della gestione. I giuristi romani lo costruirono mediante la separazione del patrimonio nelle *actiones de peculio, de in rem verso* e *tributoria*.

Nelle *actiones de peculio, de in rem verso*, si realizza la separazione tra il patrimonio del *dominus* e il patrimonio dei sottoposti: D.15.1.4pr. (Pomponius 7 ad sab.) *Peculii est non id, cuius servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit suam a servi rationem discernens[...]*. La responsabilità del *dominus* è, dunque, limitata quantitativamente al *peculium*.

Nell'*actio tributoria*, si realizza la separazione fra il patrimonio destinato ad una determinata gestione e il *peculium*, così come la separazione fra proprietà destinate a diverse, determinate, attività: D.14.4.11(Gaius 9 ad ed. provinc.) *Aliquando etiam agentibus expedit potius de peculio agere quam tributoria: nam in hac actione de qua loquimur hoc solum in divisionem venit, quod in mercibus est quibus negotiatur quodque eo nomine receptum est: at in actione de peculio totius peculii quantitas spectatur, in quo et merces continentur. et fieri potest, ut dimidia forte parte peculii aut tertia vel etiam minore negotietur: fieri praeterea potest, ut patri dominove nihil debeat.* È limitata quantitativamente in tale patrimonio destinato alla gestione, la responsabilità del *dominus*.

In sintesi, in base alla separazione dei patrimoni, la responsabilità

dell'imprenditore è limitata e diversi sono i modelli di gestione che l'imprenditore può scegliere perseguire le proprie finalità.

III. I tipi di organizzazione di impresa basati sulla *praepositio* e sulla separazione dei patrimoni

In relazione ai diversi modelli di *praepositio* ed ai diversi modelli di assunzione del rischio nonché in riferimento all'estensione della responsabilità, nel diritto romano, possono distinguersi due tipi di organizzazione dell'impresa: quella a responsabilità illimitata e quella a responsabilità limitata. La prima viene in rilievo nel caso delle *actiones exercitoria, institoria* e *quod iussu*, in cui la *praepositio* è basata sulla fiducia personale; la seconda in quello delle *actiones de peculio, de in rem verso* e *tributoria* in cui la responsabilità limitata è basata sulla esistenza di un patrimonio determinato.

35. Il sistema integrato delle *actiones adiecticiae qualitatis*

I. Interazione tra azioni per far valere forme di responsabilità illimitata e forme di responsabilità limitata

G.4.74. *Ceterum dubium non est, quin et is, qui iussu patris dominiue contraxit cuique exercitoria vel institoria formula competit, de peculio aut de in rem uerso agere possit; sed nemo tam stultus erit, ut qui aliqua illarum actionum sine dubio solidum consequi possit, vel in difficultatem se deducat probandi habere peculium eum, cum quo contraxerit, exque eo peculio posse sibi satis fieri vel id, quod persequitur, in rem patris dominiue versum esse.*

La soluzione adottata nel passo riflette la stringente logica ed il grande senso pratico dei giuristi romani. Nel caso in cui ricorra oltre al *peculium*, anche la *praepositio* dell'imprenditore, al terzo contraente sono riconosciute diverse azioni: quella *de peculio* sulla base del peculio e quella *exercitoria, institoria* o *quod iussu* sulla base della *praepositio*. I giuristi romani riconoscono al terzo contraente il potere di scegliere con una prevalenza evidente per l'*actio exercitoria* o *institoria* o *quod iussu*, per il più favorevole regime del pagamento e dell'onore della prova.

Le azioni possono escludersi reciprocamente: D.14.3.11.7(Ulpianus 28 ad ed.) *Si institoria recte actum est, tributoria ipso iure locum non habet: neque enim potest habere locum tributoria in merce dominica. quod si non fuit institor dominicae mercis,*

tributoria superest actio.

In presenza di un divieto di contrarre, si può comunque, ancora, fare ricorso all'*actio de peculio*: D.14.3.17.1(Paulus 30 ad ed.) *Si servum titii institorem habueris, vel tecum ex hoc edicto vel cum titio ex inferioribus edictis agere potero. sed si tu cum eo contrahi vetuisti, cum titio dumtaxat agi poterit.*

II. Interazione tra azioni per far valere forme di responsabilità limitata

Nel caso in cui sia possibile utilizzare sia l'*actio de peculio* che quella *de in rem verso*, se attraverso la prima può ottenersi un adempimento esatto dell'obbligazione, la seconda si estingue; altrimenti, si può far ricorso anche alla seconda: D.15.3.1.2 (Ulpianus 29 ad ed.) *Item si plures agant de peculio, proficere hoc ei, cuius pecunia in rem versa est, debet, ut ipse uberiores actionem habeat. certe si praeventum sit ab aliquo et actum de peculio, de in rem verso actio an cesset, videndum. et refert pomponius iulianum existimare de peculio actione peremi de in rem verso actionem (quia in peculium conversum est quod in domini rem erat versum et pro servo solutum est, quemadmodum si ipsi servo a domino fuisset solutum), sed ita demum, si praestiterit ex actione de peculio dominus quod servus in rem eius verterat: ceterum si non praestiterit, manet actio de in rem verso.*

Talvolta è possibile applicare sia l'*actio de peculio* che quella *tributoria*: D.14.4.9.1 (Ulpianus 29 ad ed.) *Eligere quis debet, qua actione experiatur, utrum de peculio an tributoria, cum scit sibi regressum ad aliam non futurum. plane si quis velit ex alia causa tributoria agere, ex alia causa de peculio, audiendus erit.*

Emerge dal passo che, in riferimento a diverse cause, cioè in presenza di diversi affari, può farsi ricorso ad entrambe le azioni, mentre, sulla stessa causa, cioè sul medesimo affare, se ne deve sceglierne una, poiché esse si escludono reciprocamente.

36. La obbligazione in solidum nelle actiones adiecticiae qualitatis

I. Il rapporto fra 'in solidum' nel diritto romano e "in solido" nel diritto moderno

Il termine '*solidum*' riveste quattro significati: a) il solido, la solidità; b) ciò che resiste, il duro; c) la somma intera; d) l'essenziale³⁹². Come possiamo spiegare la

³⁹² L. CASTIGLIONI – S. MARIOTTI, *Il vocabolario della lingua latina*(nuova edizione con appendice

dizione ‘*in solidum*’ delle fonti³⁹³? Punto cruciale è la confusione tra la terminologia moderna e quella romana.

Nel diritto civile moderno, l’art. 1292 del C.c it.(1942), ad esempio, statuisce: “L’obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all’adempimento per la totalità e l’adempimento da parte di uno libera gli altri; oppure quando tra più creditori ciascuno ha diritto di chiedere l’adempimento dell’intera obbligazione e l’adempimento conseguito da uno di essi libera il debitore verso tutti i creditori.” I requisiti dell’obbligazione in solido sono, dunque: a) una pluralità di debitori o di creditori; b) l’identità della prestazione; c) l’identità della fonte (le obbligazioni devono derivare da un medesimo fatto giuridico)³⁹⁴.

La maggiore parte dei romanisti moderni ritiene che il diritto romano abbia conosciuto le obbligazioni “in solido”³⁹⁵. Tuttavia, non tutte obbligazione “*in solidum*” nel diritto romano può rispondere ai tre requisiti previsti per le obbligazioni “in solido” nel diritto moderno.

È indicato chiaramente, non soltanto nelle *Institutiones* gaiane ed in quelle giustinianee, ma anche nei *Digesta* giustiniane, che l’*actio exercitoria*, l’*actio institoria* e l’*actio quod iussu* siano *in solidum*, mentre, non sono tali, l’*actio de peculio*, l’*actio de in rem verso* e l’*actio tributoria*. Nel caso in cui il soggetto *alieni iuris* o il libero gestisca il negozio con il *peculium* assegnatogli dal *dominus*, in base a “*hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur*”³⁹⁶, il creditore può scegliere tra due azioni: l’una sulla gestione di fatto e l’altra contro il *dominus*. Ciò vuole dire che il gestore di fatto deve assumere la responsabilità nei confronti del creditore in base allo *ius civile* o allo *ius praetorium*, mentre il *dominus* deve assumerla sulla base della

antiquaria), cit., 981.

³⁹³ Ci sono due tipi della traduzione per “*in solidum*” in cinese: la prima è “solidale”, cfr. [古罗马]盖尤斯. 《法学阶梯》[Z]. 黄风译, 北京: 中国政法大学出版社, 1996. 322-326. (GIUS, *Institutiones*, trad. da Feng Huang, BeiJing, 1996, 326); la seconda è “per l’intero”, cfr. [古罗马]优士丁尼. 《法学阶梯》(第2版)[Z]. 徐国栋译, 北京: 中国政法大学出版社, 2005. 485-489. (IUSTINIANI, *Institutiones*(2), trad. da Guodong Xu, BeiJing, 2005, 485-489.).

³⁹⁴ Codice civile spiegato articolo per articolo(9), cit., 778.

³⁹⁵ P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 400-402; M. TALAMANCA, *Istituzioni Di Diritto Romano*, cit., 523-525; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 544-550.

³⁹⁶ Cfr. D.14.1.1.5

praepositio o dell'esistenza del *peculium*, dell'arricchimento (*a. de in rem verso*) o del patrimonio determinato da gestire. Sia il gestore che il *dominus* sono tenuti ad adempiere e possono liberarsi anche grazie all'adempimento di qualsivoglia condebitore. Come si è visto, l'obbligazione *in solidum* derivante delle *actiones adiecticiae qualitatis* può rispondere ai tre requisiti previsti per le obbligazioni in solido nel diritto moderno. Talamanca considera le *actiones adiecticiae qualitatis* come una causa del debito in solido³⁹⁷. Burdese le descrive nel paragrafo riguardante le 'obbligazioni con pluralità di soggetti'³⁹⁸.

In realtà non tutte le obbligazioni legate alle *actiones adiecticiae qualitatis* sono necessariamente in solido visto che le parti non sono sempre costituite da una pluralità di soggetti: nel caso in cui il gestore sia *alieni iuris* e non abbia un *peculium*, sarà incapace di assumere obbligazioni in base allo *ius civile* e quindi solo il *dominus* avrà la capacità di essere debitore.

II. L' *in solidum* nelle *Institutiones* gaiane

L'*actio exercitoria*, l'*actio institoria* e l'*actio quod iussu* sono *in solidum* (G.4.69-71). In G. 4.72a, Gaio spiega “[...] *si igitur verbi gratia ex HS - X, quae servus tuus a me mutua accepit, creditori tuo HS - V soluerit aut rem necessariam, puta familiae cibaria, HS - V emerit et reliqua V quolibet modo consumpserit, pro V quidem in solidum damnari debes, pro ceteris V eatenus, quatenus in peculio sit. ex quo scilicet apparet, si tota HS - X in rem tuam uersa fuerint, tota te HS - X consequi posse; licet enim una est formula, qua de peculio deque eo, quod in rem (patris) domini(ue) uersum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes. itaque iudex, apud quem ea formula agitur, ante dispicere solet, an in rem (patris) domini(ue) uersum sit, nec aliter ad peculii aestimationem transit, quam si aut nihil in rem (patris) domini(ue) uersum intellegatur aut non totum*”. Si vede chiaramente che per i cinque sesterzi che il servo abbia speso in un qualunque modo, il *dominus* debba assumere la responsabilità nei limiti del *peculium*; e per gli altri cinque sesterzi con cui abbia pagato il credito del *dominus* o abbia comprato delle cose necessarie, quest'ultimo debba assumere una responsabilità *in solidum*, cioè non limitata al *peculium*. ‘*In solidum*’ è utilizzato per designare il ‘debito per l'intero’³⁹⁹.

³⁹⁷ M.TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 524-525.

³⁹⁸ A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*(3), cit., 545.

³⁹⁹ N. ENZO, *Istituzioni di diritto romano*(1), Milano, 1986, 125, la traduzione del passo G.4.72a:[...]e gli

D'altronde, nel passo che riguarda la responsabilità del *fideiussore*, la terminologia '*in solidum*' significa 'solidarietà'. In base alla legge *Furia*, i fideiussori sono obbligati *in solidum*, mentre, in base ad una successiva lettera dell'imperatore *Adriano*, il creditore è costretto a chiedere a ogni fideiussore che sia solvibile la sua parte (G. 3.121). Quanto alle differenze di tali due disposizioni, Gaio spiega chiaramente: *Quae lex ante legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur* (G. 3.122). Risulta, dunque, chiaramente che nelle ultime due fonti richiamate, l'espressione '*in solidum*' viene utilizzata in un'accezione analoga a quella moderna.

III. L' '*in solidum*' nell *Institutiones giustinianee*

Come nelle Istituzioni di Gaio, i passi I.4.7.1e I.4.7.2 prevedono che l'*actio exercitoria*, l'*actio institoria* e l'*actio quod iussu* siano *in solidum*.

L'esempio e la spiegazione che si trovano in I.4.7.4b sono simili a quelli forniti da Gaio: *Itaque si ex decem utputa aureis, quos servos tuus a Titio mutuos accepit, creditor tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumpserit pro quinque quidem in solidum damnari debes, pro ceteris vero quinque eatenus quatenus in peculio sit*. In tale passo, dunque, l'espressione '*in solidum*', viene utilizzata in contrapposizione all'obbligazione limitata dal peculio, indicando, quindi, l'obbligazione considerata per l'intero.

Uno dei passi che ha chiarito il rapporto fra l'obbligazione scaturita dall'*actio de peculio* e quella *in solidum*, è I.4.6.36: *Sunt praeterea quaedam actiones, quibus non solidum quod debetur nobis persequimur, sed modo solidum consequimur, modo minus. ut ecce si in peculium filii servive agamus: nam, si non minus in peculio sit quam persequimur, in solidum pater dominusve condemnatur: si vero minus inveniatur, eatenus condemnatur iudex quatenus in peculio sit*. Si evince che, se il peculio è sufficiente, il *pater* o il *dominus* vengono condannati *in solidum*; se, invece, questo non lo è, il *pater* o il *dominus* vengono condannati nei limiti del peculio stesso. Quindi, l'espressione '*in solidum*' fa riferimento all'obbligazione considerata per l'intero e, nell'*actio de peculio*, viene in rilievo a condizione che il peculio sia sufficiente a pagare quanto dovuto.

altri cinque li abbia consumati in un qualunque modo, per cinque tu devi essere condannato per l'intero, per gli altri cinque, invece, per quanto ci sia nel peculio.[...]

In riferimento al tema delle eredità fedecommissarie, inoltre, la dizione ‘*in solidum*’ viene utilizzata per indicare il trasferimento per l’intero delle azioni⁴⁰⁰; in tema di eredità, invece, designa tutta l’eredità⁴⁰¹; in tema di obbligazione di fideiussori⁴⁰² ‘*in solidum*’ viene utilizzato in un’accezione analoga a quella moderna come nelle Institutiones gaiane.

IV. L’‘*in solidum*’ nei Digesta giustiniane

A) I casi in cui ‘*in solidum*’ non equivale a ‘solidale’:

D.14.1.1.22 (Ulpianus 28 ad ed.) *Si tamen servus peculiaris volente filio familias in cuius peculio erat, vel servo vicarius eius navem exercuit, pater dominusve, qui voluntatem non accommodavit, dumtaxat de peculio tenebitur, sed filius ipse in solidum. plane si voluntate domini vel patris exerceant, in solidum tenebuntur et praeterea et filius, si et ipse voluntatem accommodavit, in solidum erit obligatus.*

D.15.1.44 (Ulpianus 63 ad ed.) *Si quis cum filio familias contraxerit, duos habet debitores, filium in solidum et patrem dumtaxat de peculio.*

In questi due passi, la responsabilità *in solidum* torna ad essere considerata in contrapposizione alla responsabilità nei limiti del *peculium*: se il figlio o il *pater* abbiano espresso la propria volontà dovranno rispondere *in solidum*, in caso contrario solo nei limiti del *peculium*. In questo luogo, ‘*in solidum*’ è riferito all’ambito del nel quale si debba rispondere del debito con le *actiones adiecticiae qualitatis*, cioè l’intero o nei limiti di *peculium*.

Consideriamo il passo D.15.3.5pr.(Ulpianus 29 ad ed.): *Si res domino non necessarias emerit servus quasi domino necessarias, veluti servos, hactenus videri in rem eius verum pomponius scribit, quatenus servorum verum pretium facit, cum, si necessarias emisset, in solidum quanto venissent teneretur.* Secondo il criterio della necessità delle cose per il *dominus*, qualora essa ricorra, il *dominus* dovrà rispondere per l’intero prezzo al quale gli sono state vendute; mentre, in caso contrario, soltanto per il prezzo di mercato. In tale luogo, dunque, ‘*in solidum*’ è riferito all’ambito del

⁴⁰⁰ Cfr.[古罗马]优士丁尼.《法学阶梯》(第2版)[Z].徐国栋译,北京:中国政法大学出版社,2005.263. (IUSTINIANI, *Institutiones*(2), trad. da Guodong Xu, BeiJing, 2005, 263)

⁴⁰¹ Cfr.[古罗马]优士丁尼.《法学阶梯》(第2版)[Z].徐国栋译,北京:中国政法大学出版社,2005.301.I.3.3.5. (IUSTINIANI, *Institutiones*(2), trad. da Guodong Xu, BeiJing, 2005, 301.)

⁴⁰² Cfr.[古罗马]优士丁尼.《法学阶梯》(第2版)[Z].徐国栋译,北京:中国政法大学出版社,2005.375.I.3.20.4. (IUSTINIANI, *Institutiones*(2), trad. da Guodong Xu, BeiJing, 2005, 375.)

debito.

B) I casi in cui ‘*in solidum*’ equivale a ‘solidale’

D.14.3.13.2 (Ulpianus 28 ad ed.) *Si duo pluresve tabernam exerceant et servum, quem ex disparibus partibus habebant, institorem praeposuerint, utrum pro dominicis partibus teneantur an pro aequalibus an pro portione mercis an vero in solidum, iulianus quaerit. et verius esse ait exemplo exercitorum et de peculio actionis in solidum unumquemque conveniri posse, et quidquid is praestiterit qui conventus est, societatis iudicio vel communi dividendo consequetur, quam sententiam et supra probavimus.*

Molti sono i dati che possono trarsi dal passo sopra citato: in primo luogo, che rispetto al significato del primo ‘*in solidum*’, la responsabilità non è considerata in base alle quote di patrimonio delle parti, né per parti uguali ma per l’intero. Anche nel passo D.15.1.27, ‘*in solidum*’ assume lo stesso significato: D.15.1.27.3 (Gaius 9 ad ed. provinc.) *Illud quoque placuit, quod et iulianus probat, omnimodo permittendum creditoribus vel in partes cum singulis agere vel cum uno in solidum.* Il passo distingue in maniera chiara tra “*in solidum*” e “*in partes*” da cui possiamo dedurre che la prima espressione è da intendersi come contraria alla seconda la quale ultima assume un significato molto simile a quello che, tipicamente, gli viene attribuito nella terminologia moderna.

In secondo luogo, non importa se in riferimento all’*actio exercitoria* o all’*actio insitoria*, in entrambi i casi può emergere la responsabilità *in solidum*, con ciò provandosi che la responsabilità *in solidum* possa farsi valere sia in relazione all’intero patrimonio del *dominus*, sia nei limiti di *peculium*.

V. Conclusione

In sintesi, per quanto riguarda il significato dell’espressione ‘*in solidum*’ presso i giuristi romani, dall’analisi condotta emerge che questo sia, in una certa misura, diverso da quello moderno.

In primo luogo, non viene necessariamente preso in considerazione il requisito della pluralità dei soggetti: in alcuni casi nel campo delle *actiones adiecticiae qualitatatis*, il *dominus* può essere tenuto all’obbligazione *in solidum*, intendendosi con tale locuzione il patrimonio per l’intero, considerata in contrapposizione alla

responsabilità nei limiti del *peculium*⁴⁰³.

In secondo luogo, nei casi di pluralità dei soggetti, l'obbligazione è '*in solidum*' sia in riferimento a patrimoni determinati e quindi limitati, sia quando, sempre in relazione al patrimonio del debitore, tali limiti non sussistono⁴⁰⁴. L'obbligazione scaturita dalle *actiones adiecticiae qualitatis* può essere di carattere solidale; nelle *actiones exercitoria, institoria e quod iussu*, tale obbligazione *in solidum* è illimitata, mentre nelle *actiones de peculio, de in rem verso e tributaria*, l'obbligazione *in solidum* è limitata a patrimoni determinati così come riportato da Giuliano secondo il quale "*et verius esse ait exemplo exercitorum et de peculio actionis in solidum unumquemque conveniri posse*"⁴⁰⁵. In tali casi, io ritengo che l'espressione '*in solidum*' possa essere tradotto come '*in solido*'⁴⁰⁶.

In terzo luogo, nel caso delle *actiones adiecticiae qualitatis*, dal punto di vista concettuale la distinzione del diritto romano fra obbligazione per l'intero e obbligazione limitata al *peculium* somiglia a quella fra responsabilità illimitata e limitata nel diritto civile moderno. In tale ambito ed in funzione della limitatezza o illimitatezza della responsabilità, Serrao e Di Porto hanno distinto le cause delle azioni⁴⁰⁷. Sembrerebbe verosimile che i tipi di obbligazioni contenuti nelle azioni abbiano costituito il fondamento dell'organizzazione dell'impresa nel diritto romano.

37. La diffusione dell'obbligazione *in solidum* nel sistema del diritto romano

I. I modelli della obbligazione in solido nel codice civile: il modello della definizione unitaria del codice civile italiano, argentino, brasiliano; il modello delle definizioni distinte del codice civile napoleone e tedesco; il modello del codice civile di Taiwan, giapponese; la comparazione tra l'obbligazione in solido moderna e l'obbligazione *in solidum* romana

A) Il modello della definizione unitaria nel codice civile italiano.

⁴⁰³ Cfr. D.14.1.1.20; D.14.5.4.2; D.15.1.44.

⁴⁰⁴ Cfr. D.14.3.13.2.

⁴⁰⁵ Cfr. D.14.3.13.2.

⁴⁰⁶ Cfr. D.14.3.13.2.

⁴⁰⁷ Cfr. F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 17-64. A. DI PORTO, ANDREA, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec.a.c.-II sec.d.c.)*, cit., 37-57.

Il codice civile italiano contiene una definizione generale dell'obbligazione solidale, disciplinando successivamente il debito solidale ed il credito solidale. L'art.1292 nel c.c.it.(1942) prevede che: "L'obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all'adempimento e per la totalità l'adempimento da parte di uno libera gli altri; oppure quando tra più creditori ciascuno ha diritto di chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione e l'adempimento conseguito da uno di essi libera il debitore verso tutti i creditori". Da tali disposizioni possiamo dedurre che i requisiti dell'obbligazione solidale includono: una pluralità di creditori o di debitori; l'identità della prestazione, cioè che il creditore ha diritto di chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione e, al tempo stesso, che il debitore è altresì costretto all'adempimento per la totalità; l'effetto della prestazione per l'intero è solidale, cioè in modo che l'adempimento di uno liberi gli altri debitori o soddisfi gli altri creditori. Ci sono altri codici civili che hanno fatto uso dello stesso modello. L'art. 699 del c.c.argentino (1869) prevede che: "La obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores"⁴⁰⁸. L'art. 264 del c.c.brasiliano prevede, ancora, che: "Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda"⁴⁰⁹.

B) Il modello delle definizioni separate del codice civile napoleone e tedesco.

L'art.1197 del cc.fr. disciplina l'obbligazione solidale attiva: "L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le paiement du total de la créance, et que le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers"; l'art.1200 disciplina l'obbligazione solidale passiva: "Il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier". Viene, in tali disposizioni,

⁴⁰⁸ 《阿根廷民法典》[Z].徐涤宇译, 北京: 法律出版社, 2007.95.(*La traduzione cinese di Codice Civile Argentino*, trad. da Diyu Xu, Bei Jing, 2007, 95..)

⁴⁰⁹ 《巴西民法典》[Z].齐云译, 北京: 中国法制出版社, 2009.45.(*La traduzione cinese di Novo Código Civil Brasileiro*, trad. da Yun Qi, Bei Jing, 2009, 45.)

Anche il codice civile di Taiwan (riformato in 2002) segue il modello tedesco, e, nell'art.272 disciplina: “quando più debitori sono obbligati tutti per il medesimo debito, in modo che ciascuno deve rispondere con la prestazione per l'intero, il debito è solidale” (连带/*lian dai*); l'art.283 disciplina: “quando più creditori hanno un medesimo credito, sorto per legge o da negozio giuridico, in modo che ciascuno abbia diritto di chiedere la prestazione per l'intero, il credito è solidale”. Entrambe le definizioni sottolineano che la prestazione sia per l'intero. Il cc. giapponese, al fine di fornire una migliore tutela ai creditori, ha regolato soltanto l'obbligazione passiva nella disposizione riguardante la tutela dei creditori in base alla quale: “quando più debitori sono obbligati tutti per l'obbligazione solidale, i creditori possono chiedere l'adempimento per l'intero o parziale, a un singolo debitore o ai tutti debitori, allo stesso tempo o successivamente”⁴¹³.

Ci si domanda se nelle disposizioni riguardanti l'obbligazione solidale nei codici civili moderni, le espressioni ‘in solido’ o ‘solidale’ o ‘solidaire’ o ‘连带 (*lian dai*)’, abbiano lo stesso significato di ‘*in solidum*’ nel diritto romano. Considerando il significato di ‘*in solidum*’ nelle fonti precedentemente analizzate⁴¹⁴, vi sono delle differenze.

Anzitutto, il presupposto della moderna obbligazione in solido dovrebbe essere costituito dalla pluralità di debitori (obbligazioni solidali passive) o di creditori

⁴¹⁰ 《法国民法典》[Z].罗结珍译, 北京:法律出版社, 2004.298.(*La traduzione cinese di Codice Francese*, trad. da Jiezhen Luo, Bei Jing, 2004, 298.)

⁴¹¹ 《德国民法典》(第2版)[Z].陈卫佐译, 北京:法律出版社, 2006.147.(*La traduzione cinese di BGB(2)*, trad. da Weizuo Chen, Bei Jing, 2006, 147.)

⁴¹² 《德国民法典》(第2版)[Z].陈卫佐译, 北京:法律出版社, 2006.149. (*La traduzione cinese di BGB(2)*, trad. da Weizuo Chen, Bei Jing:Law Press, 2006.149.)

⁴¹³ 《日本民法典》(第1版)[Z].曹维, 王书江译, 北京:中国法制出版社, 2002.79. (*La traduzione cinese di Codice Civile Giapponese (1)*, trad. da Wei Cao, Shujiang Wang, Bei Jing, 2002, 79.)

⁴¹⁴ Cfr. §36.

(obbligazioni solidali attive)⁴¹⁵; al contrario invece l'‘*in solidum*’ nel diritto romano poteva ricorrere anche in caso di obbligazione con un solo debitore, come, nel caso dell'obbligazione del *dominus* nelle *actiones adiecticiae qualitatis*⁴¹⁶.

In secondo luogo, la caratteristica dell'obbligazione solidale moderna, di aver riguardo a ‘la totalità’, ‘l'intera obbligazione’, ‘pour la totalité’, ‘gesamt’, da cui discendono gli effetti giuridici solidali, non sembra avere collegamento diretto con la responsabilità illimitata. Invece l'‘*in solidum*’ del diritto romano veniva ancora usato nel caso della responsabilità illimitata per esprimere ‘l'intero’; per i romani, cioè, non vi era ancora una distinzione tra ‘*in solidum*’ e ‘illimitata’.

In terzo luogo, il concetto di ‘obbligazione’ non si era ancora completamente formato nel diritto romano, quindi il termine ‘obbligazione solidale’ non esisteva e ‘*in solidum*’ veniva sempre usato con il verbo ‘*agere*’ o ‘*tenere*’ per esprimere il modo di assunzione della responsabilità.

II. La legislazione attuale cinese sull'obbligazione solidale: le disposizioni contenute nei *Principi Generali del Diritto Civile della Repubblica Popolare Cinese* (1986); la responsabilità solidale nella disciplina riguardante l'organizzazione dell'impresa; la responsabilità solidale nelle leggi sul lavoro; la responsabilità solidale nella *Legge sulla sicurezza alimentare* (2009)

A) Le disposizioni contenute nei *Principi Generali del Diritto Civile della Repubblica Popolare Cinese* (1986).

L'obbligazione solidale disciplinata nei *Principi Generali del Diritto Civile* si riferisce alla responsabilità solidale in settori specifici: la responsabilità dei soci⁴¹⁷; la responsabilità nei consorzi (联营/*lianying*)⁴¹⁸; la responsabilità nella rappresentanza⁴¹⁹;

⁴¹⁵ Codice civile spiegato articolo per articolo(9), cit., 1292.

⁴¹⁶ Cfr. §36, ‘*in solidum*’ nei *Digesta giustiniane*, l'analisi del D.15.3.5pr.

⁴¹⁷ Cfr. l'art.35 dei *Principi Generali del Diritto Civile*: Il socio è tenuto per il debito della partnership con il suo patrimonio in proporzione alle rispettive quote o a quanto pattuito. Il socio è tenuto in solido per il debito di partnership, salvo dalla legge non risulta diversamente. Il socio, che ha pagato il debito e che abbia superato la quota che doveva pagare ha diritto di rivalsa nei confronti degli altri soci)

⁴¹⁸ Cfr. l'art.52 dei *Principi Generali del Diritto Civile*: Per il debito dei consorzi tra imprese o tra imprese ed enti, gestiti congiuntamente senza che abbiano personalità giuridica, ogni singolo consorziato risponde con il suo patrimonio e con i beni sotto la sua gestione in proporzione alle rispettive quote dell'investimento o a quanto pattuito. Se la legge o l'accordo dei consorziati ha previsto la responsabilità in solido, ogni consorziato deve rispondere in solido.)

⁴¹⁹ Cfr. l'art.65 comma 3 dei *Principi Generali del Diritto Civile*: ...quando nella procura rimanga oscuro,

la responsabilità nelle garanzie⁴²⁰; la responsabilità per fatti illeciti⁴²¹.

B) La responsabilità solidale nella normativa riguardante l'organizzazione dell'impresa.

La *Legge sulle Società* (2005) prevede la responsabilità solidale dei promotori, dei soci e della società. Nel caso del fondatore si distinguono due diverse situazioni: la responsabilità dei promotori quando la società per azioni non è costituita⁴²² e la responsabilità dei promotori nella società per azioni costituita⁴²³. Per quanto riguarda la responsabilità dei soci nella società limitata, sono previsti casi di responsabilità

il rappresentato deve rispondere per il terzo, il rappresentante è tenuto in solido. L'art.66 comma 3,4 :... se il rappresentante è in collusione con il terzo e ha agito a danno del rappresentato, il rappresentante e il terzo sono tenuti in solido. Se il terzo, che, a conoscenza del fatto, ha comunque contrattato con colui che ha agito come rappresentante senza avere i poteri o eccedendo i limiti dei poteri, o quando i poteri abbiano superato i limiti di tempo, ha cagionato danno ad altri, il terzo e l'autore sono tenuti in solido. L'art.67: Se il rappresentante ha conoscenza del fatto che gli atti oggetto della procura sono illegali e comunque li pone in essere o se il rappresentato ha conoscenza del fatto che gli atti del rappresentante sono illegali, il rappresentato e il suo rappresentante sono tenuti in solido.)

⁴²⁰ Cfr. l'art.89 dei *Principi Generali del Diritto Civile*: Seconda la legge o l'accordo delle parti, i modi per garantire l'adempimento dell'obbligazione includono: a) i fideiussori danno la garanzia per l'adempimento dei debitori, quando i debitori non adempiono il debito, i fideiussori devono adempiere o sono tenuti in solido; dopo che i fideiussori abbiano pagato il debito, hanno diritto di rivalersi contro i debitori. Anche L'art.18 nella '*Legge sulle Garanzie*': Se nel contratto di garanzia è convenuto dalle parti che i fideiussori e i debitori sono tenuti in solido, la garanzia è solidale. Se i debitori non hanno adempiuto il debito prima della scadenza del termine per l'adempimento del contratto principale, i creditori possono chiedere l'adempimento ai debitori e possono chiedere anche ai fideiussori la responsabilità della garanzia nei limiti della garanzia.)

⁴²¹ Cfr. l'art. 130 dei *Principi Generali del Diritto Civile*: Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno)

⁴²² Cfr. *Leggi tradotte della repubblica popolare cinese IV. Legge sulle Società*, tradotta da Laura Formichella ed Enrico Toti, Torino, 2008, l'art.95: prevede: "I promotori di una società per azioni assumono le seguenti responsabilità: 1) nel caso in cui la società non sia costituita, essi si assumono la responsabilità in solido per i debiti e per le spese derivanti da tutte le operazioni preliminari; 2) nel caso in cui la società non possa essere costituita, essi assumono la responsabilità in solido di restituire il capitale versato, nonché gli interessi calcolati sul periodo del deposito bancario;...".

⁴²³ Cfr. *Leggi tradotte della repubblica popolare cinese IV. Legge sulle Società*, tradotta da Laura Formichella ed Enrico Toti, cit., l'art. 94 dispone: "Dopo la costituzione di una società per azioni, se un promotore non libera integralmente il conferimento così come stabilito dallo statuto, deve pagare le somme arretrate, mentre gli altri promotori sono responsabili in solido. Dopo la costituzione di una società per azioni, se il valore effettivo dei beni non monetari dei promotori utilizzati come conferimenti in capitale per la costituzione della società risultano essere chiaramente inferiori a quanto previsto dallo statuto sociale, la differenza deve essere corrisposta dal socio promotore che ha effettuato il conferimento in capitale, mentre gli altri soci promotori sono responsabili in solido".

solidale per i conferimenti in mancanza del raggiungimento del capitale dichiarato⁴²⁴; la responsabilità solidale successiva al superamento della personalità giuridica della società⁴²⁵; e la responsabilità del socio e della società nelle società unipersonali⁴²⁶. La responsabilità solidale della società include, oltre al caso da ultimo menzionato, quella della società dopo la scissione per i debiti a questa antecedenti⁴²⁷ ed il divieto di investire in un'impresa ed assumere la posizione di debitore solidale per i debiti di quest'ultima⁴²⁸.

La *Legge sulle Partnerships* (2006) prevede che i soci debbano rispondere in solido e illimitatamente per i debiti della partnership⁴²⁹.

⁴²⁴ Cfr. *Leggei tradotte della Repubblica Popolare cinese IV. Legge sulle Società*, tradotta da Laura Formichella ed Enrico Toti, cit., l'art.31 dispone: "Dopo la costituzione di una società a responsabilità limitata, qualora si scopra che il valore effettivo di un conferimento non in danaro, sia notevolmente inferiore a quanto previsto dallo statuto, deve corrispondersi il saldo da parte del socio che abbia conferito tale bene; gli altri soci fondatori sono responsabili in solido".

⁴²⁵ Cfr. *Leggei tradotte della Repubblica Popolare Cinese IV. Legge sulle Società*, tradotta da Laura Formichella ed Enrico Toti, cit., l'art.20, comma.3, prevede: "...Se uno dei soci non adempie alle proprie obbligazioni abusando della personalità giuridica della società o della responsabilità limitata dei soci, e così facendo danneggia gravemente gli interessi dei creditori, è responsabile in solido delle obbligazioni della società."

⁴²⁶ Cfr. *Leggei tradotte della Repubblica Popolare cinese IV. Legge sulle Società*, tradotta da Laura Formichella ed Enrico Toti, cit., in base all' art.64: "Se il socio di una società a responsabilità limitata unipersonale non può dimostrare la separatezza del patrimonio sociale dal patrimonio personale risponde in solido per le obbligazioni della società"

⁴²⁷ Cfr. *Leggei tradotte della Repubblica Popolare Cinese IV. Legge sulle Società*, tradotta da Laura Formichella ed Enrico Toti, cit., l'art.177 dispone: "Le società derivanti dalla scissione devono assumere solidamente la responsabilità per le obbligazioni della società esistente prima della scissione, salvo che sia diversamente convenuto, prima della scissione, rispetto alla loro estinzione, mediante accordo scritto con i creditori".

⁴²⁸ Cfr. *Leggei tradotte della Repubblica Popolare Cinese IV. Legge sulle Società*, tradotta da Laura Formichella ed Enrico Toti, Torino, Giappichelli Editore, 2008, In base all'art.15: "La società può effettuare investimenti in altre imprese. Tuttavia, non è consentito assumere responsabilità solidale per i debiti assunti dall'impresa in cui viene effettuato l'investimento, a meno che tale eventualità sia ammessa dalla legge".

⁴²⁹ Cfr. l'art.2 della *Legge sulle Partnerships*: "La *partnership* nella legge, cioè la persona fisica, la persona giuridica o altre organizzazioni, secondo la legge, costituiscono la *partnership* generale e la *partnership* limitata. La *partnership* generale è costituita dai soci generali, i cui sono obbligati illimitatamente e in solido. Se ci sono le disposizioni particolare sui modi della responsabilità dei soci generali, si applica le disposizioni. La *partnership* limitata è costituita dai soci generali e i soci con responsabilità limitata, e i soci generali sono obbligati illimitatamente e in solido, invece quelli con responsabilità limitata sono obbligati nei limiti si presumono proporzionali ai conferimenti". L'art.39: "Se i fondi della *partnership* risultano insufficienti per il pagamento dei debiti, i soci sono obbligati illimitatamente e in solido".

C) La responsabilità solidale nelle leggi sul lavoro

L'art. 99 della *Legge sul Lavoro* (1995) prevede che: "Quando un'impresa impegna lavoratori che ancora non siano recessi dal contratto con un'impresa precedente causando a quest'ultima danni patrimoniali, la seconda impresa risponde in solido ". Nella *Legge sul Contratto di Lavoro* (2008), oltre ad essere ripreso lo stesso contenuto dell'art.99 della *Legge sul Lavoro*, sono state aggiunte disposizioni sulla responsabilità del mandante dei lavoratori e del datore di lavoro per i danni ai lavoratori e sulla responsabilità dell'organizzazione committente e dell'impresa a gestione individuale sempre per i danni ai lavoratori⁴³⁰.

D) La responsabilità solidale nella *Legge sulla sicurezza alimentare* (2009).

L'art. 55 prevede che l'autore di pubblicità ingannevole sui prodotti alimentari debba rispondere in solido (con il produttore) per i danni causati dai prodotti ai consumatori⁴³¹.

Si rinvencono poi altre ipotesi particolari di responsabilità solidale regolate nei *Principi Generale del Diritto Civile*, nella *Legge sui Contratti*, nella *Legge sulle Garanzie*, nella *Legge sugli strumenti negoziabili*, nella *Legge sui Titoli*, nella *Legge sulla professione forense* e nelle loro interpretazioni⁴³².

III. La mancanza di uniformità nella legislazione cinese in materia di obbligazioni solidali: la confusione tra 'obbligazione solidale' e 'responsabilità solidale'; la confusione tra responsabilità solidale, responsabilità illimitata e responsabilità solidale illimitata

Sulla base della normativa della RPC precedentemente richiamata, emerge come

⁴³⁰ Cfr. l'art. 91 della *Legge sul Contratto di Lavoro*: "Quando l'impresa impegna lavoratori che ancora non siano ancora recessi dal contratto con l'impresa precedente e si causino a questa danni patrimoniali, la seconda impresa deve rispondere in solido." L'art.92 dispone: "Se si causino i danni ai lavoratori, il mandante dei lavoratori e il datore di lavoro sono tenuti a rispondere in solido." L'art.94 dispone: "Se l'appaltatore individuale , contravviene a tale divieto per impegnare i lavoratori ,e ha dato i danni ai lavoratori, assume la responsabilità solidale con l'appaltante organizzazione che da in appalto".

⁴³¹ Cfr. l'art.55 della *Legge sulla sicurezza alimentare*: "L'entità sociale o l'organizzazione o la persona che raccomanda l'uso di prodotti mediante pubblicità ingannevole, causando danni ai consumatori, deve assumere la responsabilità in solido con i produttori".

⁴³² Cfr. gli artt.22 e 81 dei *Principi Generali del Diritto Civile*; l'art. 409 della *Legge del Contratto*; gli artt.15 e 16 della *Legge sulle garanzie*; gli artt.50, 51 e 68 della *Legge sugli Strumenti Negoziabili*; l'art.75 delle *Norme per giudicare i casi sugli Strumento Negoziabili*; l'art.161 della *Legge sui Titoli*; l'art.31 della *Legge dell Bidding e Bid*; l'art.18 della *Legge sulla professione forense*; l'art.49 delle *Disciplinazione del Tributo*.)

L'art.15 della *Legge sulle Società* dispone: “La società può effettuare investimenti in altre imprese. Tuttavia, non è consentito assumere responsabilità solidale per i debiti assunti dall'impresa in cui viene effettuato l'investimento, a meno che tale eventualità sia ammessa dalla legge”⁴³⁴. Diverse interpretazioni dell'espressione ‘in solido’ possono dar luogo a differenti interpretazioni dell'articolo. Secondo il significato letterale, la società non può prestare garanzia assumendo responsabilità solidale. L'art.16, tuttavia, ha disposto che la società possa prestare garanzie e anche dopo la riforma della *Legge sulle Società*, l'interpretazione circa le garanzie prestate dalla società nelle ‘norme per regolare la garanzia delle società quotate in borsa’ emesse dalla CSRC (China Securities Regulatory Commission) e dalla CBRC (China Banking Regulatory Commission) non hanno negato la possibilità di assumere responsabilità solidale⁴³⁵. In tal caso l'interpretazione letterale non sembra concordare con quella che, sulla base degli sviluppi successivi, sembra essere stata l'intenzione del legislatore. Sembra, invece, che questi abbia semplicemente voluto vietare alla società investimenti che comportassero una responsabilità illimitata. La ‘responsabilità solidale’ di cui alla disposizione dovrebbe allora poter essere sostituita con la ‘responsabilità illimitata’: la società dunque, che non può acquisire il ruolo di socio con responsabilità illimitata, può invece partecipare come un socio con

⁴³³ Ad esempio: nell'art.1194, la traduzione cinese per ‘tenuto in solido’, nell'art.1272 e l'art.1273, la traduzione per ‘è obbligato in solido’. V. [意]《意大利民法典》[Z].费安玲等译, 北京:中国政法大学出版社, 2004.310,311. (*La traduzione cinese di Codici Civile Italiano*, trad. da Anling Fei, Bei Jing, 2004, 310, 311.)

⁴³⁴ Cfr. *Legge tradotte della repubblica popolare cinese IV. Legge sulle Società*, tradotta da Laura Formichella ed Enrico Toti, cit., 2008.

⁴³⁵ L'art.4 comma2 delle *Norme per regolare la garanzia delle società quotate in borsa*: ‘la garanzia dalla società significa che la garanzia per i terzi dalla società quotata in borsa include la garanzia per le società controllate dalla quale con la qualifica di persona giuridica. L'importo di ‘le garanzie dalla società quotata in borsa e le società controllate’ include l'importo delle garanzie dalla società quotata in borsa e quello dalle società controllate dalla quale con la qualifica di persona giuridica.

responsabilità limitata e prestare una garanzia solidale⁴³⁶.

Per quando riguarda la responsabilità dei soci, anche i *Principi Generali del Diritto Civile* ne contengono disciplina⁴³⁷. La *Legge sulle Partnerships* ha usato una formulazione del tipo ‘responsabilità solidale illimitata’⁴³⁸. L’art.18 della *Legge sulla professione forense* ha, a sua volta, statuito che i soci debbano essere tenuti illimitatamente e in solido per i debiti dello studio professionale: la responsabilità solidale e la responsabilità illimitata sono utilizzate congiuntamente. Ci si domanda dunque quali siano le differenze tra le previsioni contenute nei *Principi Generali di Diritto Civile* e nella *Legge sulle Partnerships*.

Per quanto attiene alla *Legge sul Lavoro*, alla *Legge sul contratto di lavoro* e alla *Legge sulla sicurezza alimentare*, esse hanno dettato norme in materia di responsabilità solidale causata da fatto illecito, senza che sia chiaro se sia limitata o illimitata. L’art.55 della *Legge sulla sicurezza alimentare* ha, ad esempio, disposto: “l’entità sociale, l’organizzazione o la persona giuridica che, mediante l’utilizzo di pubblicità ingannevole, raccomandi prodotti che causino danni ai consumatori, assume responsabilità in solido con i produttori”. Nell’ambito della dottrina cinese non vi è uniformità di vedute circa il fatto che il pubblicitario debba o meno rispondere solidalmente ed illimitatamente per i danni causati dai prodotti che ha raccomandato. Anche in ipotesi di particolare severità del legislatore sarebbe necessaria una chiara previsione al riguardo poiché il termine solidale non potrebbe indicare o sostituire il concetto di ‘illimitato’.

IV. Rapporto tra ‘solidale’ e ‘illimitata’

Come abbiamo visto, quando il debitore deve rispondere con le *actiones adiecticiae qualitatibus, in solidum* o nei limiti di *peculium*⁴³⁹. L’*‘in solidum’* è riferito all’ambito del patrimonio del debitore per l’adempimento dell’obbligazione, nel senso dell’assunzione di una responsabilità ‘illimitata’⁴⁴⁰.

Con lo sviluppo del diritto moderno, il concetto di ‘responsabilità solidale’ è

⁴³⁶ Per l’interpretazione dell’art.15 della *Legge della Società* si veda LI JINZE, *La società può prestare garanzia assumendo responsabilità solidale per il debito della società?*—*Interpretazione dell’art.15 della ‘Nuova legge sulle società’ e suggerimenti*, in *Giurisprudenza*, 2006(8), 55-59.

⁴³⁷ Cfr. L’art.35 dei *Principi Generali del Diritto Civile*.

⁴³⁸ Cfr. L’art.2 e 39 della *Legge sulle Partnerships*.

⁴³⁹ Cfr. §36.

⁴⁴⁰ Cfr. §36, e D.14.5.1; D.15.1.1pr.

stato totalmente separato da quello di ‘responsabilità illimitata’.

Il carattere dell’adempimento dell’obbligazione solidale è dato dalla ‘comune prestazione’; sotto tale profilo ci si riferisce all’intero, nel senso cioè che la prestazione cui ciascuno dei debitori è tenuto non solo è identica ma costituisce altresì la comune prestazione, in modo che l’adempimento di uno solo estingue il vincolo rispetto a tutti; o quando ciascuno dei creditori ha un diritto verso l’unico debitore ad una indentica o comune prestazione, in modo che il debitore è liberato quando ha adempiuto nei confronti di uno qualunque dei creditori⁴⁴¹. Gazzoni utilizza l’espressione ‘per la totalità’ o ‘per l’intero’ quando definisce l’obbligazione⁴⁴². Per spiegare il significato di ‘solidale’, Trabucchi ha sottolineato che la prestazione è una sola e ha utilizzato i termini ‘per l’intero’ o ‘*pro toto*’⁴⁴³. Bessone parla de ‘l’intera prestazione’ nella definizione dell’obbligazione solidale⁴⁴⁴. Anche altri Autori, confermano tale impostazione evidenziandola attraverso la distinzione tra obbligazione solidale e quella parziale risiederebbe nella natura della prestazione, cioè nel primo caso si estingue a seguito di un’unica prestazione, invece nel secondo si estingue a seguito di una pluralità di prestazioni corrispondenti al numero di debitori o creditori coinvolti nel rapporto obbligatorio⁴⁴⁵. E così, nella ricostruzione della obbligazione solidale fornita dalla dottrina, l’adempimento per l’intero sarebbe sempre indicato come il nucleo dell’obbligazione solidale.

Per quanto attiene invece alla responsabilità illimitata, il debitore è tenuto a

⁴⁴¹ Cfr. *Novissimo Digesto Italiano* (XI), Torino, 1987, 675.

⁴⁴² F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 1993, 584. “L’obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all’adempimento per la totalità e l’adempimento da parte di uno libera gli altri; oppure quando tra più creditori ciascuno ha diritto di chiedere l’adempimento dell’intera obbligazione e l’adempimento conseguito da uno di essi libera il debitore verso tutti i creditori”.

⁴⁴³ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*(37), Milano, 1997, 523. “si dice solidale attiva quando essendoci più di un creditore, ciascuno ha diritto di pretendere la prestazione per l’intero (*singulis solidum debetur*); solidale passiva quando più sono i debitori e ciascuno ha l’obbligo di eseguire la prestazione *pro toto*(*singuli solidum debent*)”.

⁴⁴⁴ M. BESSONE, *Istituzioni di diritto privato*(6), Torino, 1999, 468. “Si dice obbligazione solidale passiva allorché il creditore può chiedere l’intera prestazione ad una pluralità di debitori e obbligazione solidale attiva allorché, essendo creditori una pluralità di soggetti, ciascuno di essi può pretendere dall’unico debitore l’intera prestazione”.

⁴⁴⁵ L. NIVARRA – V. RICCIUTO – C. SCOGNAMIGLIO, *Istituzioni di diritto privato*(2), Torino, 2003, 348.

rispondere per l'obbligazione con tutto il suo patrimonio, cioè con tutti i suoi beni presenti e futuri, come garanzia ultima per il suo debito. L'illimitatezza indica anche una totalità, ma non attiene alla totalità del debito o credito bensì a quella del patrimonio del debitore per adempiere l'obbligazione.

La 'solidarietà' può essere illimitata, o limitata. Nelle *actiones adiecticiae*, si rinviene una confusione tra le espressioni '*in solidum*' e 'illimitata'; tuttavia, come abbiamo visto, anche per i romani, l'obbligazione è '*in solidum*' sia in riferimento a patrimoni determinati e quindi 'limitati', sia quando, sempre in relazione al patrimonio del debitore, tali limiti non sussistono⁴⁴⁶. Quindi anche per i romani, la solidarietà poteva essere illimitata o limitata.

Nei codici civili moderni, la solidarietà indica che nei rapporti obbligatori caratterizzati da pluralità di soggetti, più debiti vengono estinti da un unico adempimento; invece l'illimitatezza è riferita all'ambito della patrimonio con cui il debitore risponde dell'obbligazione. Solo quando il patrimonio sia sufficiente per adempiere l'obbligazione, gli effetti giuridici del modo di adempiere in solido o illimitatamente si sovrappongono, cioè nel caso dell'adempimento per l'intero.

La *ratio* alla base dei due istituti è diversa. La funzione più importante dell'obbligazione solidale è quella di regolare il rapporto tra una pluralità di soggetti nell'obbligazione, e si contrappone all'obbligazione parziaria. Per legge o sulla base dell'accordo tra le parti contraenti, mediante la solidarietà viene estesa la tutela del creditore o del debitore. La condizione di responsabilità illimitata, invece, emerge in ambito commerciale e costituisce una parte del sistema della responsabilità imprenditoriale unitamente alla forma di responsabilità limitata, meccanismo volto a tenere in equilibrio degli interessi dell'imprenditore e del terzo.

V. L'elaborazione di una soluzione ai fini di una maggiore uniformità nell'attuale legislazione cinese sul tema delle obbligazioni solidali

La definizione dell'obbligazione solidale, si trova sancita nell'art.87 dei *Principi Generali del Diritto Civile*, che così statuisce: "quando i creditori o i debitori sono più di due, secondo le previsioni della legge o l'accordo delle parti contraenti, i creditori che hanno un credito solidale possono chiederne ai debitori l'adempimento; ogni debitore che ha un debito solidale è tenuto all'adempimento per la totalità e il debitore

⁴⁴⁶

Cfr. D.14.3.13.2.

che ha pagato il debito per la totalità può esercitare azione di regresso contro i condebitori soltanto per la parte di ciascuno di essi.”

Nella definizione non è sottolineato il diritto del creditore a richiedere l’adempimento per la totalità ai debitori, ed il legislatore usa le espressioni ‘credito solidale’ e ‘debito solidale’ per chiarire il significato dell’obbligazione solidale senza chiarirlo però in modo esaustivo.

Nelle definizioni contenute nei progetti di codice civile cinese predisposte dai diversi giuristi, il carattere dell’obbligazione solidale, come riferita all’intero, è sottolineato e chiarito è il significato di ‘solidale’. La bozza di Liang Huixing, seguendo il modello del codice civile tedesco, ha fornito definizioni separate di obbligazione solidale attiva e obbligazione solidale passiva, sottolineando che la prestazione sia da intendersi per l’intero⁴⁴⁷. La bozza di Wang Liming, sul modello del codice civile italiano, contiene una definizione generale: “Quando ci sono più creditori o debitori, ogni creditore può richiedere a ciascun debitore la totalità della prestazione ed ogni debitore è tenuto per la totalità della prestazione verso i creditori”⁴⁴⁸. La bozza di Xu Guodong, seguendo la definizione dell’obbligazione solidale del codice civile argentino, ha, a sua volta, sottolineato che l’obbligazione è solidale, quando l’intero dell’obbligazione può essere reclamato da ogni creditore o richiesto ad ogni debitore, secondo la legge o la diversa fonte⁴⁴⁹. Per esprimere ‘l’intero’, i giuristi cinesi usano le dizioni ‘*Quan Bu*⁴⁵⁰’ oppure ‘*Zheng Ti*’⁴⁵¹.

Ovviamente da tali definizioni dell’obbligazione solidale contenute nei progetti di codice civile cinese elaborati dai giuristi possono ricavarsi soluzioni per far fronte alla confusione presente nell’attuale legislazione, soluzioni che sembrano anche maggiormente conformi alla tradizione giuridica del sistema romanistico.

⁴⁴⁷ 参见梁慧星.《中国民法典草案建议稿》[Z].北京:法律出版社,2005.139,141.(Cfr. HUIXING LIANG, *La bozza del codice civile cinese*, Bei Jing, 2005, 139, 141.)

⁴⁴⁸ 参见王利明.《中国民法典草案建议稿及说明》[Z].北京:中国法制出版社,2004.93.(Cfr. LIMING WANG, *La bozza del codice civile cinese*, Bei Jing, 2004, 93.)

⁴⁴⁹ 徐国栋.《绿色民法典草案》[Z].北京:社会科学文献出版社,2004.461.(Cfr. GUODONG XU, *La bozza del codice civile ‘verde’*, Bei Jing, 2004, 461.)

⁴⁵⁰ 王利明.《中国民法典草案建议稿及说明》[Z].北京:中国法制出版社,2004.93.(Cfr. LIMING WANG, *La bozza del codice civile cinese*, Bei Jing, 2004, 93.)

⁴⁵¹ 徐国栋.《绿色民法典草案》[Z].北京:社会科学文献出版社,2004.461.(Cfr. GUODONG XU, *La bozza del codice civile ‘verde’*, Bei Jing, 2004, 461.)

38. Il mutamento e la separazione delle *actiones adiecticiae qualitatis* nel diritto civile moderno

Nello svolgere uno studio sul mutamento delle *actiones adiecticiae qualitatis* nel diritto civile moderno, mi limito a compiere osservazioni sul diritto italiano, francese, tedesco in quanto profondamente influenzati dal diritto romano.

I. Il mutamento degli istituti

Come si è visto, la *praepositio* nell'*actio exercitoria* e quella *institoria* è fondata sulla *potestas* o sul contratto⁴⁵². Nel secondo caso, il libero, che assume l'incarico di *institor*, si occupa dell'affare, in un modo che sembra piuttosto assimilabile alla rappresentanza diretta nel diritto moderno. La ricerca del Wacke sottolineava il fatto che con le *actiones adiecticiae qualitatis* il diritto pretorio compì il primo passo per l'affermarsi di una rappresentanza diversa da quella meramente indiretta, e l'*actio exercitoria* e quella *institoria* hanno svolto il ruolo di modello per la costruzione della moderna rappresentanza diretta⁴⁵³.

Tracce di tale sviluppo pare che possano ancora trovarsi nel diritto moderno. L'art. 2203 del C.c. Ita. dispone che: è institore colui che è preposto dal titolare all'esercizio di un'impresa commerciale; mentre, l'art. 2204: L'institore può compiere tutti gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa a cui è preposto, salvo le limitazioni contenute nella procura. Nelle spiegazioni riguardanti tale articolo, taluni giuristi sostengono che nell'articolo sia prevista una particolare forma di rappresentanza commerciale il cui contenuto non scaturisce da una procura, ma costituisce la conseguenza naturale dell'attribuzione di un dato ruolo all'interno dell'impresa⁴⁵⁴. Si nota una forte somiglianza tra tali disposizioni e la regola in tema di *actiones adiecticiae qualitatis* in cui all'*institor* è assegnato un potere generale di gestione⁴⁵⁵.

⁴⁵² Cfr. Capitoli 2 e 3.

⁴⁵³ A. WACKE, *Le azioni adiettizie*, cit., 585-607.

⁴⁵⁴ *Codice civile spiegato articolo per articolo*(9), cit., 1268.

⁴⁵⁵ Cfr. G.4.71; D.14.3.3.

Per quanto riguarda il BGB, benché l'art.164 abbia rifiutato l'istituto della rappresentanza indiretta⁴⁵⁶, l'art.179 afferma la responsabilità del rappresentante nel caso in cui superi i limiti del potere di rappresentanza⁴⁵⁷. Queste disposizioni nel diritto moderno, secondo il parere di Wacke, sono le tracce dell'*actio institoria* ovvero delle forme di rappresentanza indiretta del diritto romano⁴⁵⁸. In breve, la rappresentanza diretta e indiretta nel campo commerciale sono state influenzate approfonditamente dalle *actiones adiecticiae qualitatis* anche se queste ultime sono formalmente sparite nel diritto moderno.

II. Il mutamento del sistema dell'organizzazione dell'impresa nel diritto civile moderno

Sembra difficile collegare il diritto commerciale moderno con quello dell'età romana; tuttavia, è ivi possibile rinvenire le origini di taluni principi fondamentali del sistema moderno dell'impresa, come, ad esempio, la separazione fra la proprietà e la gestione, la separazione fra la proprietà per uso personale e quella per la gestione; e, ancora, il sistema dell'organizzazione dell'impresa evolutosi in collegamento con le *actiones adiecticiae qualitatis* e quello moderno fondato su simili esigenze socio-economiche, legati da taluni aspetti comuni; infine, anche sul piano storico non va trascurata la relazione tra essi, considerata, tra l'altro la ricezione del diritto romano negli ordinamenti dei paesi dell'Europa continentale.

I modelli della responsabilità limitata e illimitata, le cui origini possono essere ricondotte alle azioni esistono ancora nel diritto moderno d'impresa; la *praepositio* e le separazioni tra i patrimoni originati nelle azioni sono ancora posti a fondamento del sistema dell'impresa. Il potere sia del *magister* che dell'*institor*, essendo generale e non determinato nel tempo, sembra somigliare a quello del manager nelle società moderne. Le separazioni dei patrimoni realizzate tramite l'*actio de peculio* sono ancora un cardine dei regimi di diritto della società: la separazione fra la proprietà per uso personale e quella da destinare agli investimenti sono uno strumento giuridico importante per controllare il rischio. Uno strumento di controllo del rischio simile a

⁴⁵⁶ 参见《德国民法典》[Z]. 郑冲、贾红梅译; 北京: 法律出版社, 1999.31. (*La traduzione cinese del Codice Tedesco*, trad. da Chong Zheng, Hongmei Jia, Bei Jing, 1999, 31.)

⁴⁵⁷ 参见《德国民法典》[Z]. 郑冲、贾红梅译; 北京: 法律出版社, 1999.34. (*La traduzione cinese del Codice Tedesco*, trad. da Chong Zheng, Hongmei Jia, Bei Jing, 1999, 34.)

⁴⁵⁸ A. WACKE, *Le azioni adiecticiae*, cit., 614.

quello ottenuto con l'impiego dell'*actio tributoria*, cioè la creazione di un patrimonio per determinati affari, è simile all'istituto di patrimoni destinati ad uno specifico affare nell'articolo 2447bis di C.c italiano(1942), ovvero, sotto altre forme, alle strutture dei gruppi di società.

III. L'evoluzione del regime degli atti leciti compiuti dal terzo dettato in relazione alle *actiones adiecticiae qualitat*

Com'è visto, il sistema delle obbligazioni derivanti dall'atto del terzo, così come evolutosi nel diritto romano a seguito dell'emersione delle azioni adiectizie comprende due parti: lo schema del *mandatum* per gli acquisti indiretti e gli istituti collegati alle azioni da ultimo richiamate, nel campo commerciale, per gli acquisti diretti.

Il codice civile italiano (basato sulla unificazione di diritto civile e commerciale) ha disciplinato la rappresentanza diretta sotto il titolo dei contratti in generale, e poi ha dettato norme specifiche circa il mandato e il contratto di rappresentanza. Se al mandatario è stato conferito il potere di agire in nome del mandante, si applicano le norme della rappresentanza diretta (art.1704). Esso ha previsto altresì l'istituto della commissione analogo alla rappresentanza indiretta. Negli artt. 2203-2213 sono previste particolari forme di rappresentanza commerciale (istitori, procuratori, commessi).

Il BGB (basato sul modello di separazione del diritto civile dal diritto commerciale) ha regolato la rappresentanza diretta nel libro dei principi generali⁴⁵⁹; dettando poi la disciplina del contratto di mandato⁴⁶⁰. L'HGB ha disciplinato la rappresentanza commerciale, includendovi: *prokura*⁴⁶¹, *handelsvertreter*⁴⁶², *kommissionär*⁴⁶³.

Il codice civile francese diversamente sia da quello italiano che dal BGB ha disciplinato il mandato all'art. 1984: *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et*

⁴⁵⁹ Cfr. l'art.164, com. 1 di *La traduzione cinese del Codice Civile Tedesco*, trad. da Chong Zheng, Hongmei Jia, Bei Jing, 1999, 31

⁴⁶⁰ Cfr. l'art.662 di *La traduzione cinese del Codice Civile Tedesco*, trad. da Chong Zheng, Hongmei Jia, cit., 164.

⁴⁶¹ *La traduzione cinese di HGB*, trad. da Jinglin Du, Zhan Lu, Bei Jing, 1999, 23.

⁴⁶² *La traduzione cinese di HGB*, trad. da Jinglin Du, Zhan Lu, cit., 33.

⁴⁶³ *La traduzione cinese di HGB*, tradotto da Jinglin Du, Zhan Lu, cit., 181, l'art.383- 406.

*en son nom*⁴⁶⁴. La disciplina in esso contenuta considera il mandato e la procura come una stessa cosa, e il mandante è direttamente tenuto per l'effetto giuridico del comportamento del mandatario⁴⁶⁵. Questa sembra essere una deviazione dal diritto romano, che si sostanzia in una forma di rappresentanza diretta. Il codice di commercio disciplina, invece, la rappresentanza commerciale⁴⁶⁶.

Operando una comparazione fra le disposizioni dei codici civili italiano, tedesco e francese, si può notare che i primi due hanno in comune sia la distinzione fra mandato e rappresentanza che il fatto che la disciplina della rappresentanza esprime regole generali, nonché, (aspetto comune anche alla normativa francese), il disporre, per la rappresentanza commerciale, una disciplina specifica; infine, il proporre forme di rappresentanza indiretta con il ricorso all'istituto della commissione che non crea direttamente un rapporto giuridico fra il mandante e il contraente terzo. Per quanto riguarda il diritto francese, si torna a sottolineare come esso ritenga identici l'istituto della rappresentanza e quello del mandato.

Tuttavia, dallo sviluppo della rappresentanza commerciale nel diritto romano, originato nelle *actiones adiecticiae qualitatis*, si vede chiaramente quali siano, reciprocamente, le funzioni della rappresentanza e del *mandatum*: quest'ultimo disciplina il rapporto interno fra il mandante e il mandatario, mentre il primo ha le proprie origini nella disciplina del rapporto esterno fra il terzo contraente ed il rappresentato, dato che il motivo del riconoscimento delle azioni sembra sia stato legato al fatto che i giuristi intendevano superare il carattere personale dell'obbligazione e poter quindi riconoscere al terzo contraente un'azione diretta contro il rappresentato,. È possibile che si verifichi una confusione fra mandatario e rappresentante e fra mandante e rappresentato nel caso in cui il mandatario agisca in nome del mandante; tuttavia, questi due istituti sono diversi, tra l'altro, proprio perché l'istituto della rappresentanza commerciale non era originariamente fondato su quello del *mandatum*.

IV. Cenni ai principi comuni al sistema delle obbligazioni cinese: il sistema cinese delle obbligazioni derivante da atto del terzo; assenza dell'istituto della rappresentanza commerciale; la soluzione dall'art. 402 della *Legge sui Contratti*;

⁴⁶⁴ La traduzione cinese di HGB, trad. da Jinglin Du, Zhan Lu, Bei Jing, 1999, 181, l'art.383- 406.

⁴⁶⁵ Cfr. La traduzione cinese di Codice Francese, trad. da Jiezhen Luo, Bei Jing, 2004, 456, l' art.1998.)

⁴⁶⁶ La traduzione cinese del Codice Commerciale Francese, trad. da Banggui Jin, Bei Jing, 2000, 4.

il conflitto tra l'art. 402 della *Legge sui Contratti* e l'art. 63 dei *Principi Generali del Diritto Civile*

I *Principi Generali del Diritto Civile* hanno regolato l'istituto della rappresentanza diretta all'art.63: "Il rappresentante, nei limiti del potere di rappresentanza, pone in essere negozi giuridici in nome e per conto del rappresentato. Il rappresentato assume la responsabilità per i negozi posti in essere dal rappresentante nell'ambito della rappresentanza". Le *Norme provvisorie sulla rappresentanza nel commercio estero della Repubblica Popolare Cinese* (1991) e la *Legge sul commercio estero della Repubblica Popolare Cinese* (1994) hanno introdotto l'istituto della rappresentanza commerciale indiretta⁴⁶⁷. Successivamente, la *Legge sui Contratti della Repubblica Popolare Cinese* (1999) ha disciplinato la rappresentanza indiretta mediante le disposizioni riguardanti il contratto di commissione, da un lato⁴⁶⁸; il potere del rappresentato (mandante) di intervenire nel contratto concluso fra il (rappresentante) mandatario e il terzo contraente, dall'altro⁴⁶⁹.

Da ciò emerge come nel diritto cinese e con riferimento al tema oggetto di trattazione, possano individuarsi, derivanti dall'atto del terzo, quattro momenti: un acquisto indiretto mediante contratto di mandato e di commissione, come risulta dalla *Legge sui Contratti*; un acquisto diretto mediante l'istituto della rappresentanza diretta disciplinata dai *Principi Generali del Diritto Civile*; un potere di intervento del rappresentato (mandante) nel contratto di mandato previsto dalla *Legge sui Contratti*; una rappresentanza commerciale indiretta, nel campo del commercio estero, regolata

⁴⁶⁷ Cfr. l'art.13 della *Legge sul commercio estero della Repubblica Popolare Cinese* (1994): "l'organizzazione o la persona senza il permesso di esercitare commercio estero, può dare un mandato, nel suo ambito di gestione, ad un'agenzia autorizzata ad esercitarlo. Il mandatario deve offrire esattamente al mandante le informazioni gestionali su mercati, prezzi e clienti. Il mandante e il mandatario devono stipulare un contratto di mandato, i loro diritti e debiti sono stabiliti nel contratto."

⁴⁶⁸ Cfr. il capitolo 22 della *Legge sui contratti della Cina*)

⁴⁶⁹ Cfr. l'art.402 della *legge sui contratti della Cina*: "Se il mandatario conclude in nome proprio un contratto con un terzo, nei limiti autorizzati dal mandante, ed il terzo al momento della formazione del contratto sia a conoscenza del rapporto di rappresentanza tra mandante e mandatario, tale contratto vincola direttamente mandante e terzo, salvo che sussista una prova evidente che dimostri che il contratto vincola solamente mandatario e terzo", V. *Leggi Tradotte Della Repubblica Popolare Cinese: Legge sui Contratti*, Traduzione da Laura Formichella ed Enrico Toti, ENRICO. Torino: G. Giappichelli Editore. 2002. 163. Talune dottrine cinesi pensano che tali articoli hanno stabilito il diritto di intervenire del rappresentato e il diritto di scegliere del terzo. Cfr. XU, GUODONG. *I principi generali del diritto Civile*. Bei Jing: HEP, 2007. 378.)

dalla *Legge sul Commercio Estero*(1994).

Diversamente dal diritto italiano, tedesco e francese, il diritto cinese ha previsto soltanto la rappresentanza indiretta nell'ambito del commercio estero con la *Legge sul Commercio Estero*, e nei *Principi Generali del Diritto Civile* soltanto la rappresentanza diretta, mancando una disciplina per quella indiretta. Tale situazione della normativa attualmente in vigore dimostra che vi sono lacune con riferimento all'istituto della rappresentanza indiretta al di fuori del diritto del commercio con l'estero: si considerino ad esempio le ipotesi di rappresentanza del venditore, rappresentanza nel trasporto, rappresentanza nell'attività di assicurazione, rappresentanza nell'esportazione, rappresentanza nell'importazione, rappresentanza in relazione ai prodotti finanziari, rappresentanza nell'appalto; rappresentanza nell'agenzia. Per colmare tali lacune, *Legge sui Contratti* ha proposto di far ricorso al potere del rappresentato di intervenire nel contratto. Da ciò è derivata tuttavia confusione fra mandato e rappresentanza, e conseguentemente confusione nell'applicazione della legge.

Sul piano formale, sembra che il diritto cinese abbia distinto nettamente l'istituto del mandato da quello della rappresentanza, recependo il modello romanistico per quanto attiene all'obbligazioni derivanti dall'atto del terzo; tuttavia la contrapposizione tra l'istituto della rappresentanza nei *Principi Generali del Diritto Civile*, e quello del mandato nella *Legge sui Contratti*, sul piano sostanziale ha provocato confusione tra questi due istituti. L'art.402 della *Legge sui Contratti* dispone che : “Se il mandatario conclude in nome proprio un contratto con un terzo, nei limiti autorizzati dal mandante, ed il terzo al momento della formazione del contratto sia a conoscenza del rapporto di rappresentanza tra mandante e mandatario, tale contratto vincola direttamente mandante e terzo, salvo che sussista una prova evidente che dimostri che il contratto vincola solamente mandatario e terzo”⁴⁷⁰ . È ivi contenuta la disciplina del potere del rappresentato (mandante) di intervenire nel contratto, con recezione dell'istituto di *common law* della *unnamed agency* con cui si supera il carattere personale dell'obbligazione, permettendo al mandante di intervenire nel contratto concluso fra il mandatario e il terzo contraente . Ad un primo

⁴⁷⁰ *Leggi Tradotte Della Repubblica Popolare Cinese: Legge sui Contratti*, Traduzione da Laura Formichella ed Enrico Toti, cit., 163.

sguardo, tale disposizione (l'art.402) sembra aver integrato la menzionata lacuna; tuttavia, ad una lettura più attenta, notiamo che vi sono problemi di coerenza tra questo e l'art.63 dei *Principi Generali del Diritto Civile*. Quest'ultimo infatti dispone: "Il rappresentante, nei limiti del potere di rappresentanza, pone in essere negozi giuridici in nome e per conto del rappresentato. Il rappresentato assume la responsabilità per i negozi posti in essere dal rappresentante nell'ambito della rappresentanza". Da ciò scaturisce una contraddizione: l'art. 402 della legge sui contratti si riferisce agli atti compiuti dal 'mandatario in nome proprio', mentre l'art. 63 dei principi generali, si riferisce agli atti compiuti in nome del rappresentante. Tale confusione probabilmente deriva dall'aver accolto l'istituto del mandato di origine romanistica e quello dell'*agency* proprio del diritto anglo-americano. Sul piano pratico, l'esito di tale conflitto potrebbe essere l'impossibilità dell'applicazione dell'art.63 dei *Principi Generali del Diritto Civile* nel rapporto giuridico regolato dall'art.402 della *Legge sui Contratti*, dato che il primo concerne la rappresentanza diretta e il secondo quella indiretta.

In sintesi, possiamo sostenere come sia emersa l'autonomia dell'istituto del mandato rispetto alla rappresentanza, pur potendo il primo costituire una 'causa' della seconda; in secondo luogo, la possibilità di analizzare l'istituto della rappresentanza indiretta nel quadro del sistema generale della rappresentanza a prescindere dall'utilizzo di specifici tipi di contratti; infine, l'esigenza di dar vita all'istituto della rappresentanza commerciale per rispondere ad esigenze speciali fondate su particolari situazioni socio-economiche.

Conclusioni

Tra i fondamenti della civiltà romana debbono senza dubbio essere annoverati il commercio ed la giurisprudenza; la grandezza del diritto romano viene dalla sua capacità di restare sempre in equilibrio tra conservazione della tradizione e sviluppo della società. Come i giuristi romani che dominavano il diritto abbiano potuto non soltanto conservare le tradizioni, ma applicarle nella pratica per soddisfare le esigenze nuove legate agli sviluppi sociali, è ancora oggi per noi un punto di ricerca estremamente affascinante.

Quando parliamo del pensiero giuridico, non possiamo non prendere in considerazione anche le condizioni storico-culturali generali e le strutture economiche e sociali, tuttavia, tra le varie civiltà possono spesso essere ravvisati elementi comuni. Da questi possiamo osservare una certa ‘continuità’⁴⁷¹ nell’evoluzione del diritto.

Una ‘continuità’ del diritto romano nel diritto moderno si estrinseca in taluni concetti o schemi, “con cui nel mondo romano si fissava e si configurava un determinato istituto e con i quali nel mondo moderno si individua o si determina il medesimo o altro concetto o uno schema”⁴⁷². Tramite lo studio delle *actiones adiecticiae qualitis*, abbiamo visto che la ‘continuità’ include:

A) Una ‘continuità’ di schemi.

Ogni singolo tipo di azione adiectizia, all’inizio, si applicava in ambito commerciale estendendosi, successivamente, attraverso *actiones utiles*, anche alle attività non prettamente commerciali. Tramite il parziale riconoscimento della rappresentanza diretta, le azioni realizzano una nuova ripartizione dei rischi commerciali e delle responsabilità per la gestione tenendo in equilibrio la distribuzione nella società di forza lavoro e proprietà; tramite la separazione tra il proprietario e l’amministratore, tra i beni personali e quelli gestionali, viene a costituirsi una base organizzativa per l’impresa; tramite le discipline della pubblicità della *praepositio* e l’eccezione per dolo, viene offerto un appropriato rimedio per la protezione del terzo contraente. Sulla base di tali azioni, alcuni schemi e principi del

⁴⁷¹ F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell’età commerciale*, cit., 321-324.

⁴⁷² F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell’età commerciale*, cit., 321.

sistema della responsabilità per atti leciti compiuti da altri e del sistema dell'organizzazione gestionale dell'impresa sono giunti ad esercitare una profonda e diffusa influenza sul diritto moderno.

B) Una 'continuità' di principi

Per fronteggiare le esigenze dello sviluppo economico e sociale tra cui quella ad una divisione delle mansioni lavorative, il *praetore* creò le *actiones adiecticiae qualitatatis*. Tramite queste azioni il terzo contraente poteva agire contro il *pater familias* per le obbligazioni derivanti dall'attività negoziale dei figli, schiavi o sottoposti, nei cui confronti questi abbiano posto in essere una *prepositio* ovvero cui abbiano affidato un *peculio*.

Tali azioni superano il principio tradizionale romano '*alteri stipulari, nemo potest*', e introducono la responsabilità del *pater familias* per l'attività negoziale posta in essere dai figli, servi o sottoposti; costruendo, al tempo stesso i modelli organizzativi per l'impresa romana a responsabilità limitata e illimitata. Tutto ciò costituisce il fondamento originario di istituti estremamente importanti nel diritto moderno attinenti la rappresentanza, l'organizzazione dell'impresa e la limitazione della responsabilità. Tra i vari principi che possono essere individuati in tale sede, deve esser fatta anche menzione di quello della ricerca di un equilibrio tra gli interessi delle parti nelle attività negoziali, principio tanto ampio quanto ancora fondamentale per il diritto privato moderno.

C) Una 'continuità' nel metodo dell'evoluzione del diritto.

Per quando riguarda la tecnica giuridica, nel caso delle *actiones adiecticiae qualitatatis*, possiamo vedere come i romani spesso costituivano nuovi tipi di azioni per affermare e tutelare nuovi diritti la cui necessità di una regolamentazione nell'ambito del diritto emergeva di pari passo con lo sviluppo sociale. Ancora ai giorni nostri, nuovi diritti sono riconosciuti e nuove situazioni ottengono tutela allo scopo di continuare a migliorare il soddisfacimento delle esigenze sociali che di volta in volta sorgono. Ciò mostra un proseguimento della via tipicamente percorsa dal diritto romano nel corso della propria evoluzione, cioè il tramandarsi riuscendo da un lato a mantenere le tradizioni, dall'altro soddisfacendo le nuove esigenze.

Tuttavia, dalla comparazione diacronica di schemi, istituti o concetti dal diritto romano al diritto moderno in tema di *actiones adiecticiae qualitatatis* non è sempre

presente una 'continuità'. I casi di mancanza di 'continuità' sembrano prevalentemente legati agli sviluppi del diritto moderno, ma non sempre è così.

Attraverso una categoria unitaria delle *actiones adiecticiae qualitatis* e l'analisi di queste nel diritto romano possono essere osservati i principi comuni agli istituti collegati a tali azioni nonostante questi ultimi appartengano, nei diritti moderni, a diversi campi del diritto. La tendenziale unità elaborata dalla giurisprudenza romana ha comunque problemi di compatibilità con la moderna metodologia di separazione del diritto in aree specifiche. È necessario comunque rilevare che nel diritto moderno, si incontrano spesso conflitti tra gli istituti poiché nei diversi campi vengono posti accenti su diversi interessi e spesso manca coordinazione. Questo sembra riflettere uno dei maggiori limiti di tale caratteristica della metodologia giuridica moderna.

Indice Delle Fonti

Gai Institutiones

3.121	136
3.122	136
4.69	119, 124, 135
4.70	35, 64, 69
4.71	35, 47, 151
4.72	120, 121
4.72a	101, 135, 136
4.74	50, 98, 132
4.74a	101
4.80	119

Iustiniani Institutiones

4.6.36	136
4.7.1	64, 69, 136
4.7.2	136
4.7.3	120, 121
4.7.4	12, 91, 96
4.7.4b	101, 136
4.7.5	98, 99

Iustiniani Digesta

1.1.10pr	37
4.9.1.12	31
14.1.1.1	31
14.1.1.2	31
14.1.1.3	31, 35
14.1.1.4	31
14.1.1.5	32, 35, 56, 131, 134
14.1.1.6	31
14.1.1.7	35, 128
14.1.1.9	29, 30, 69
14.1.1.12	32, 33
14.1.1.15	31
14.1.1.17	42
14.1.1.18	38
14.1.1.19	39
14.1.1.20	37, 39, 40, 112, 139
14.1.1.22	39, 40, 137
14.1.1.23	40
14.1.1.24	11, 42
14.1.1.25	37, 38
14.1.2pr.	37
14.1.3	38
14.1.4.2	38
14.1.4.3	41
14.1.5.1.	I, 42
14.1.6pr.	36
14.1.6.1	38
14.3.1	50, 58
14.3.3	47, 151

14.3.5pr.	45, 48
14.3.5.8	57, 69
14.3.5.11	49, 54
14.3.5.12	49, 54
14.3.5.13	50, 53
14.3.5.15	50, 53
14.3.5.16	50, 53
14.3.5.17	50, 61
14.3.5.18	50
14.3.6	50
14.3.7.1	47
14.3.7.2	47
14.3.8	47
14.3.9	48
14.3.10	48
14.3.11.pr	48, 51
14.3.11.1	48
14.3.11.5.	55
14.3.13.2	50, 138, 139, 149
14.3.14	50
14.3.15	50, 61
14.3.16	49
14.3.17.2.	48
14.3.17.3	50
14.3.18	45
14.3.19.1	51, 130
14.3.19.3	49
14.4.1.4	106
14.4.1.5	107
14.4.3.1	106
14.4.3.2	106
14.4.4	107
14.4.5.2	107
14.4.5.3	107
14.4.5.6	107, 121
14.4.5.8	107
14.4.5.10	107
14.4.5.12	109
14.4.5.13	109
14.4.5.14	109
14.4.5.19	107, 118, 121
14.4.6	107, 118
14.4.7.1	114, 118
14.4.7.2	114, 122
14.4.7.3	114, 122
14.4.7.4	114
14.4.7.5	107
14.4.9.1	122, 133
14.5.1	129, 147
14.5.4.2	139
15.1.1.4	48
15.1.3pr.	77
15.1.3.2	76
15.1.4.2	76
15.1.4.5	80
15.1.5.4.	75
15.1.7	76, 78
15.1.7.4	76

15.1.17	76
15.1.21.4	77
15.1.27pr.	77
15.1.30	77, 78, 83, 85
15.1.30.2	83
15.1.30.4	77
15.1.30.5	85
15.1.33	86, 87
15.1.39	76
15.1.40pr.	74
15.1.40.1	75, 76
15.1.44	81, 137, 139
15.1.46	88
15.1.47.pr.	55
15.2.1pr.	77, 83, 84
15.3.1pr.	96, 98
15.3.3.5	91, 94
15.3.3.7	97
15.3.3.8	97
15.3.3.10	97
15.3.7pr.	95, 98
15.3.10pr.	91
15.3.10.10	93
15.3.13	97
15.3.14	97
15.3.17pr.	97
15.3.18	95, 96
15.4.1pr.	66, 69
15.4.1.1	65, 128, 130
15.4.1.2	66, 70
15.4.1.6	66
15.4.1.9	65
15.4.3	66, 67
17.1.1pr.	61
17.1.1.4	61
17.1.2 pr.	60
17.1.26pr.	61
29.2.25.14	66
23.3.39pr.	76
41.2.49.1	77.88

Bibliografia

I. Scritti

- B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979.
- V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*(14), Napoli, 2006.
- J. J. AUBERT, *Business managers in ancient rome: a social and economic study of institores, 200 B.C.-A.D. 250*, Leiden, 1994.
- M. BESSONE, *Istituzioni di diritto privato*(6), Torino, 1999.
- P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1987.
- W.W. BUCKLAND – A. D. MCNAIR, *Roman law and common law* (2), Cambridge, 1974.
- A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*(3), Torino, 1975.
- I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei ‘servi’*, Napoli, 1976.
- R. CARDILLI, “Bona fides” *tra storia e sistema*, Torino, 2004.
- R. CARDILLI, *L’obbligazione di “prestare” e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995.
- P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano*, Torino, 2002.
- E. COSTA, *Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano*, Parma, 1891.
- A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo ‘manager’ in Roma antica*(II sec.a.c.-IIsec.d.c.), Milano, 1984.
- N. ENZO, *Istituzioni di diritto romano*(1), Milano, 1986.
- J. L. GAY, *L’in rem versum à l’époque classique*, in *Varia. études de droit romain II*, Paris, 1956.
- F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 1993.
- F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette (libri xiv-xv)*, Tradotti ed annotati dal P. Bonfante, Milano, 1907.
- J. M. FRAYN, *Subsistence farming in roman Italy*, London, 1979.
- V. JHERING, *Etudes complémentaires de l’esprit du droit romain*(3), Paris, 1880.
- M. KASER, *Das römische privatrecht*(2), Munchen, 1971.
- F. KELLER, *Il processo civile romano e le azioni*, Traduzione italiana a cura di

- Francesco Filomusi Guelfi con annotazioni di Nicola De Crescenzo, Napoli, 1872.
- M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1994.
- M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatibus'*, Torino, 2001.
- M. MICELI, *Studi sulla 'rappresentanza' nel diritto romano (1)*, Milano, 2008.
- S. NANAMI, *La storia dei romani VIII, la crisi e il superamento*, trad. da Zheng Weixin, Taipei, 1998.
- L. NIVARRA – V. RICCIUTO – C. SCOGNAMIGLIO, *Istituzioni di diritto privato(2)*, Torino, 2003.
- A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a. C. metà del III secolo d. C.)*, Napoli, 1991.
- S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1999.
- S. SCHIPANI, *Responsabilità "ex Lege Aquilia"*, Torino, 1969.
- S. SCHIPANI, *I Codici Latino-Americani della Trasfusione del Diritto Romano e dell'indipendenza. verso Codici della "Mezcla" e "Codici Tipo"*, Padova, 2007.
- F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Napoli, 2006.
- F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 2002.
- S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Napoli, 1935.
- T. HELEN, *Organization of roman brick production in the first and second centuries A.D.*, Helsinki, 1975.
- M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.
- A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile(37)*, Milano, 1997.
- A. WATSON, *Contract of mandate in roman law*, Oxford, 1961.
- A. WATSON, *Roman slave law*, Baltimore, 1987.
- A. WATSON, *The law of obligations in the later roman republic*, Oxford, 1965.
- 【意】彭梵得.《罗马法教科书》(修订版)[M].黄风译,北京:中国政法大学出版社,2005. (P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, trad. da Feng Huang, Bei Jing, 2005.)
- 陈朝壁.《罗马法原理》[M],北京:法律出版社,2006. (CHAOBI CHEN, *Il diritto romano(2)*, Bei Jing, 2006.)
- 徐国栋.《民法总论》[M].北京:高等教育出版社,2007. (GUODONG XU,

周枬.《罗马法原论》(下册)[M], 北京: 商务印书馆, 1994. (NAN ZHOU, *Il diritto romano*(2), Bei Jing, 1994.)

II. Articoli

M. BALESTRI FUMAGALLI, *L' 'actio tributaria', Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*(1), Milano, 1987.

T. J. CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto 'de tributaria actione' , Atti Lincei*, Roma, 1993.

F. DE MARTINO, *Studi sull' actio exercitoria, Diritto economia e società nel mondo romano I*, 1997.

A. DI PORTO, *Il diritto commerciale romano una 'zona d'ombra' nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti, in Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne, Ricerche dedicate al prof. F. Gallo III*, Napoli, 1997.

A. FOLDI, *Remarks on the legal structure of enterprises in roman law, RIDA*43, 1996.

J. L. GAY, *L'in rem versum à l'époque classique, in Varia.études de droit romain II*, Paris, 1956.

M. C. GEOFFREY, *Culpa in eligendo, RIDA*18, 1971.

A. GUARINO, *Actiones adiecticiae qualitatis, Estratto dal Novissimo Digesto Italiana*, Torino, 1958.

G. LONGO, *Actio exercitoria- actio institoria -actio quasi institoria, Studi In Onore Gaetano Scherillo II*, Milano, 1972.

M. MARRONE, *Per la traduzione italiana del digesto sui nomi delle azioni, in Scientia iuris e linguaggio, Atti Sassari (1996)*, Milano, 2001 .

S. SOLAZZI, *Studi sull'actio de peculio, BIDR*17, 1905.

S. SOLAZZI, *Sul peculium "nell' a. de in rem verso", Scritti di diritto romano*(6), Napoli, 1957.

S. SOLAZZI, *Peculio e "in rem versio" nel diritto classico, Scritti di diritto romano (1899-1913)*, Napoli, 1955.

S. SOLAZZI, *L'età dell'actio exercitoria, Scritti di diritto romano (1938-1947)*, Napoli, 1963.

S. SOLAZZI, “Condictio” e azioni adiettizie, *Scritti di Diritto Romano*(VI), Napoli, 1972.

E. VALINO, *La ‘actio tributoria’*, SDHI, 1967.

E. VALINO, *Las “actiones adiecticiae qualitatis” y sus relaciones basicas en derecho romano*, AHDE, 1967.

W.V. HARRIS, *Roman terracotta lamps: The organization of an industry*, JRS70, 1980.

A. WACKE, *Le azioni adiettizie, Nozione formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne ricerche dedicate AF.Gallo 2*, Napoli, 1997.

李金泽.《公司不能对子公司债务提供连带责任保证——对新<公司法>第 15 条的评析与完善建议》[J].《法学》, 2006, (8). (JINZE LI, *La società può dare la garanzia con responsabilità solidale per il debito della società?——l’interpretazione dell’art.15 della ‘Legge nuova della Società’ e i consigli*, in *Giurisprudenza*, 2006(8).

III.Leggi

ACCVRSII, *Digestvm vetvs sev pandectarvm iuris civilis (editio postraema)*, Venetiis, 1574.

ACCVRSII, *Instit.Iustin. August. (editio postraema)*, Venetiis, 1574.

Codice Civile spiegato articolo per articolo(9), Roma, 2005.

Digesti o pandette dell’imperatore giustiniano testo e traduzione (IX—XIV), a cura di Sandro Schipani, Milano, 2007.

Legge tradotte della repubblica popolare cinese IV. Legge sulle Società, tradotta da Laura Formichella ed Enrico Toti, Torino, 2008.

O. LENEL, *Das edictum perpetuum*(3), Leipzig(1927),1985.

O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*(1), Austria, 1960.

R. LEVY, *Index interpolationum I*, Weimar, 1929.

[德]《德国民法典》[Z].郑冲、贾红梅译, 北京: 法律出版社, 1999.(La traduzione cinese di BGB, trad. da Chong Zheng, Hongmei Jia, Bei Jing, 1999).

[古罗马]盖尤斯.《法学阶梯》[Z].黄风译, 北京:中国政法大学出版社, 1996. (GIUS, *Institutiones*, trad. da Feng Huang, Bei Jing, 1996.);

[古罗马]优士丁尼.《法学阶梯》(第 2 版)[Z].徐国栋译, 北京:中国政法大学

《民法大全选译·法律行为》[Z].徐国栋译, [意]S.斯奇巴尼选编, 北京: 中国政法大学出版社, 1998. (*Corporis iuris civilis fragmenta selecta*, a cura di Sandro Schipani, *Sul negozio giuridico*, trad. da Guodong Xu, Bei Jing, 1998.)

《民法大全选译·正义和法》[Z].黄风译, 北京: 中国政法大学出版社, 1992.(*Corporis iuris civilis fragmenta selecta*, a cura di Sandro Schipani, *Sul iustitia e iure*, trad. da Feng Huang, Bei Jing, 1992.)

《契约之债与准契约之债》[Z], 丁玫译, [意]S.斯奇巴尼选编, 北京: 中国政法大学出版社, 1998. (*L'obbligazione del contratto e l'obbligazione del quasi contratto*, trad. da Mei Ding, Selezione di testi a cura di Sandro Schipani, Bei Jing, 1998.)

[意]《意大利民法典》[Z].费安玲等译, 北京:中国政法大学出版社, 2004. (*La traduzione cinese di Codici Civile Italiano* da Anling Fei, Bei Jing, 2004.)

《阿根廷民法典》[Z].徐涤宇译, 北京: 法律出版社, 2007.(*La traduzione cinese di Codice Civile Argentio*, trad. da Diyu Xu, Bei Jing, 2007.)

《巴西民法典》[Z].齐云译, 北京: 中国法制出版社, 2009.(*La traduzione cinese di Novo Código Civil Brasileiro*, trad. da Yun Qi, Bei Jing, 2009.)

《德国民法典》(第 2 版)[Z].陈卫佐译, 北京: 法律出版社, 2006.(*La traduzione cinese di BGB(2)*, trad. da Weizuo Chen, Bei Jing, 2006.)

《德国商法典》[Z].杜景林、卢湛译, 北京: 中国政法大学, 1999.(*La traduzione cinese di HGB*, trad. da Jinglin Du, Zhan Lu, Bei Jing, 1999.)

《法国民法典》[Z].罗结珍译, 北京:法律出版社, 2004. (*La traduzione cinese di Codice Francese*, trad. da Jiezheng Luo, Bei Jing, 2004.)

《法国商法典》[Z]. 金邦贵译, 北京: 中国法制出版社, 2000. (*La traduzione cinese del Codice Commerciale Francese*, trad. da Banggui Jin, Bei Jing, 2000.)

《日本民法典》(第 1 版) [Z].曹维, 王书江译, 北京: 中国法制出版社, 2002. (*La traduzione cinese di Codice Civile Giapponese (1)*, trad. da Wei Cao, Shujiang Wang, Bei Jing, 2002.)

《民法通则》(*Principi Generali del Diritto Civile della Repubblica Popolare*

《担保法》 (*Legge della Garanzia della Repubblica Popolare Cinese*)

《关于规范上市公司对外担保行为的通知》 (*Norme per regolare la garanzia delle società quotate in borsa della Repubblica Popolare Cinese*)

《合伙企业法》 (*Legge sulle Partnerships della Repubblica Popolare Cinese*)

《劳动合同法》 (*Legge sui Contratti di Lavoro della Repubblica Popolare Cinese*)

《律师法》 (*Legge sulla professione forense della Repubblica Popolare Cinese*)

《票据法》 (*Legge sugli Strumenti Negoziabili della Repubblica Popolare Cinese*)

《审理票据纠纷规定》 (*Norme per giudicare i casi sugli Strumenti Negoziabili della Repubblica Popolare Cinese*)

《食品安全法》 (*Legge sulla sicurezza alimentare della Repubblica Popolare Cinese*)

《税收实施细则》 (*Disciplinazione del Tributo della Repubblica Popolare Cinese*)

《招标投标法》 (*Legge dell Bidding e Bid della Repubblica Popolare Cinese*)

《中华人民共和国外贸法》 (*Legge sul commercio estero della Repubblica Popolare Cinese*)

《中华人民共和国合同法》 (*Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese*)

梁慧星.《中国民法典草案建议稿》[Z].北京：法律出版社，2005. (HUIXING LANG, *La bozza del codice civile cinese*, Bei Jing, 2005.)

王利明.《中国民法典草案建议稿及说明》[Z].北京：中国法制出版社，2004. (LIMING WANG, *La bozza del codice civile cinese*, Bei Jing, 2004.)

徐国栋.《绿色民法典草案》[Z].北京：社会科学文献出版社，2004. (GUODONG XU, *La bozza del codice civile ‘verde’*, Bei Jing, 2004.)

IV. Dizionari

Novissimo Digesto Italiano (XI), Torino, 1987.

L. CASTIGLIONI – S. MARIOTTI, *IL Vocabolario Della Lingua Latina (nuova edizione con appendice antiquaria)*, Milano, 1990.

M. ERNOUT, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Pari, 1959.

A. GUARINO, *Dizionario giuridico romano*(3), Roma, 2000.

黄风编著, 《罗马法词典》[Z].北京: 法律出版社, 2001.(*Dizionario del diritto romano*, a cura di Feng Huang, Bei Jing, 2001.)