

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

42

IOLE FARGNOLI

**RICERCHE IN TEMA
DI *FURTUM***

QUI SCIENS INDEBITUM ACCIPIT



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 2006

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO I PREMESSE GENERALI

1.	Le posizioni della giusromanistica moderna sul problema.	1
2.	La definizione di <i>falsus creditor</i> nella testimonianza ulpiana . .	20
3.	La <i>distinctio</i> di Nerazio in tema di <i>falsus procurator</i>	27
4.	La regola generale del furto dello <i>sciens indebitum accipiens</i> . .	41

CAPITOLO II LA RISCOSSIONE DEL LEGITTIMATO APPARENTE

Sezione 1.1.

La simulazione di una legittimazione inesistente

5.	La insussistenza del furto in mancanza di <i>corpus contrectatum</i>	53
6.	Il furto del falso legittimato ai danni del mercante di frumento	58
7.	Il furto del <i>falsus procurator</i> ai danni del delegante	71
8.	Il furto di <i>qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit</i> ai danni del delegante	76
9.	Il furto del servo che <i>interceperit nummos</i>	81
10.	Il furto del <i>falsus procurator</i> e gli effetti della ratifica del suo <i>dominus</i> Tizio	86
11.	Il furto del <i>falsus procurator</i> al <i>procurator</i> di Tizio	92
12.	Il rescritto diocleziano in tema di <i>falsus procurator</i>	96

Sezione 1.2.

La simulazione di una legittimazione avuta in precedenza

13.	Il furto del servo manomesso e del non-più-tutore.	101
14.	Il furto del servo manomesso e del non-più-procuratore	105
15.	Il furto del non-più-legittimato che incassa <i>ut nummos lucretur</i>	111

Sezione 2.

La simulazione della propria identità

16.	Il criterio " <i>debitorem circumvenire</i> "	118
17.	Conclusioni sul furto del legittimato apparente	128

CAPITOLO III
LA RISCOSSIONE DEL CREDITORE APPARENTE

Sezione 1.

La simulazione della titolarità di un credito inesistente

18.	La compravendita con pesi contraffatti.	137
19.	Il depositante e il furto delle monete	151
20.	Il furto della cosa appartenente al tradente.	158
21.	Il pagamento del prezzo nella compravendita di cosa altrui . . .	163
22.	Il furto del falso delegante fisicamente presente al pagamento del delegato.	166

Sezione 2.

La simulazione della propria identità

23.	Il furto della somma data a mutuo	171
24.	<i>(continua)</i> Il furto della somma data a mutuo	178
25.	<i>(continua)</i> La responsabilità dell'intermediario disonesto	184
26.	Il criterio " <i>nihil in persona sua mentitus est</i> ".	194
27.	Il servo e il figlio millantatori della loro capacità patrimoniale .	199
28.	Conclusioni sul furto del creditore apparente.	205

CAPITOLO IV

SPUNTI RICOSTRUTTIVI IN TEMA DI RISCOSSIONE
CONSAPEVOLE DEL NON DOVUTO

29.	Critica del criterio dell'indagine sullo stato soggettivo dell'accipiente	215
30.	Critica del criterio della malafede dell'accipiente	218
31.	Critica della tesi dello <i>ius controversum</i>	224
32.	Il criterio dell'« Hingabewille »	226
33.	La <i>distinctio</i> di Taleo in merito all'« Hingabewille ».	230
34.	La <i>distinctio</i> di Nerazio in tema di <i>falsus procurator</i> : una proposta interpretativa.	237
35.	<i>Falsus creditor, falsus procurator e sciens indebitum accipiens</i>	242
36.	La definizione ulpiana di <i>falsus creditor</i> e la regola generale scevoliana: una proposta interpretativa	252
37.	<i>Actio furti</i> e <i>actio de dolo</i> : un tentativo di ricognizione dei confini nella sanzione dello <i>sciens se indebitum accipere</i>	259
 <i>Indice delle fonti</i>		 267
<i>Indice degli autori</i>		271

CAPITOLO I
PREMESSE GENERALI

1. *Le posizioni della giusromanistica moderna sul problema.*

« There are many texts in this title and elsewhere which say, more or less explicitly, that “*sciens indebitum accipere*” is *furtum*. There are others, more or less in conformity, which say that a *falsus creditor* or *procurator*, one who pretends to be a *creditor* or *procurator* when he is not, is guilty of *furtum*. There are others which say that a *falsus procurator* who receives money is a *fur* if his fraud consists in impersonating a real *procurator*. There is one which says categorically that he does not commit *furtum* except in this case. These texts have been discussed almost *ad infinitum* ⁽¹⁾ ». In questi termini si esprimeva BUCKLAND, nel 1930, in un contributo dedicato allo studio del metodo utilizzato dai compilatori nella selezione dei passi da collocarsi nel titolo *De furtis*, il 47.2 del Digesto. L'autore britannico sintetizzava così efficacemente non solo la contraddittorietà delle fonti in materia di *sciens indebitum accipiens*, *falsus creditor* e *falsus procurator*, ma anche l'entusiasmo che l'argomento ha riscosso in letteratura e che ha portato gli studiosi moderni a percorrere le vie più disparate nella ricerca di una soluzione alle antitesi testuali.

È del resto ben noto come la *contrectatio*, che rappresentava un elemento costitutivo del delitto di furto ⁽²⁾, fosse intesa dai

⁽¹⁾ W.W. BUCKLAND, *Digest XLVII.2 (De furtis) and the Methods of the Compilers*, in TR, 10, 1930, pp. 132 s.

⁽²⁾ La letteratura in tema di furto è sterminata; limitandomi per ora a dare conto dei fondamentali contributi sull'argomento e riservandomi di citare nel corso del lavoro i saggi più pertinenti agli specifici obiettivi che questa ricerca si propone di perseguire, si vedano, oltre allo strutturale ed imprescindibile apporto di B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in AUPA, 23, 1953, pp. 5 ss., IDEM, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, in AUPA, 25, 1957, pp. 85 ss., IDEM, *La nozione del furtum*

giuristi classici in modo talmente lato da ricomprendere non

nell'elaborazione dei giuristi romani, in Jus, 9, 1958, pp. 315 ss., IDEM, *Un problema in tema di lex Atinia*, in Scritti G. Salemi, Milano 1961, pp. 24 ss., ora in Scritti giuridici, 1, Palermo 1991, pp. 183 ss. e IDEM, *Contributo alla storia dell'interpretazione della "lex Atinia"*, in Labeo, 12, 1966, pp. 18 ss., ora in Scritti giuridici, 1, Palermo 1991, pp. 407 ss., IDEM, *v. Furto. Introduzione storica*, in ED, 18, 1969, pp. 313 ss.: C. FERRINI, "*Furtum usus possessionisve*". *Contributo alla dottrina del furto in diritto romano*, in Rivista Penale, 23, 1886, pp. 5 ss., ora in V. ARANGIO-RUIZ *cur.*, Opere C. Ferrini. 5. Studi vari di diritto romano e moderno (sul diritto pubblico, penale etc.), Milano 1930, pp. 107 ss. e IDEM, *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*, in AG, 47, 1891, pp. 423 ss., ora in V. ARANGIO-RUIZ *cur.*, Opere C. Ferrini. 5. Studi vari di diritto romano e moderno (sul diritto pubblico, penale etc.), Milano 1930, pp. 129 ss., E. LANDSBERG, *Das furtum des bösgläubigen Besitzers. Kritische Studie*, Bonn 1888, M. PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto (Il furto improprio e la teoria del possesso)*, in Studi Senesi, 9, 1894, pp. 311 ss., ora in Scritti di diritto romano, 1, Pisa-Roma 1941, pp. 561 ss., IDEM, *Studi sopra il delitto di furto (Furto di possesso e furto di uso)*, in Studi Senesi, 9, 1894, ora in Scritti di diritto romano, 1, Pisa-Roma 1941, pp. 671 ss., IDEM, *Studi sopra il delitto di furto (Continuazione e ripetizione di furto)*, in Studi Senesi, 9, 1894, pp. 371 ss., ora in Scritti di diritto romano 1, Pisa-Roma 1941, pp. 655 ss., IDEM, *Studi sopra il delitto di furto. 1. L'actio de tigno iuncto e il delitto di furto*, in BIDR, 21, 1909, pp. 205 ss., IDEM, *La complicità nel delitto di furto*, in Studi Senesi, 14, 1899, pp. 8 ss., F. PRINGSHEIM, *Servus fugitivus sui furtum facit*, in Festschrift F. Schulz, 1, Weimar 1951, pp. 279 ss., H.F. HITZIG, *Beiträge zur Lehre vom Furtum*, in ZSS, 23, 1902, pp. 315 ss. e IDEM, *v. Furtum*, in PW, 7.1, 1910, c. 384 ss., F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht*, in ZSS, 32, 1911, pp. 23 ss., P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain. 1. Le sources*, Parte I-II, Lyon-Paris 1915 [rist. Roma 1968], IDEM, *Sur un texte d'Alfenus Varus (Dig.9.2, fr. 52,1)*, in Mélanges P.P. Girard, 1, Paris 1912, pp. 559 ss. e IDEM, *L'animus lucri faciendi dans la théorie romain du vol*, in RH, 42, 1918, pp. 73 ss., W.W. BUCKLAND, *L'intérêt dans l'actio furti en droit classique*, in RH, 41, 1917, pp. 5 ss., IDEM, *Digest XLVII.2 cit.*, pp. 117 ss. e IDEM, *Contrectatio*, in The Law Quarterly Review, 57, 1941, pp. 467 ss., E. ALBERTARIO, *Animus furandi*, in Studi di diritto romano, 3. Obbligazioni, Milano 1936, pp. 209 ss., H.F. JOLOWICZ, *Digest XLVII.2 De furtis*, Cambridge 1940, F. DE VISSCHER, *Le "fur manifestus"*, in RH, 46, 1922, pp. 442 ss., ora in Études de droit romain, Paris 1931, pp. 137 ss. e IDEM, *L'enquête lance et licio et las actions concepti et oblati*, in Études de droit romain, Paris 1931, pp. 217 ss., S. SOLAZZI, *Dispute romanistiche. 1. Furto di notte e desuetudine della legge*, in Studi A. Albertoni, 1, Padova 1935, pp. 35 ss., ora in Scritti di diritto romano, 3, Napoli 1960, pp. 399 ss., V. ARANGIO-RUIZ, *La répression du vol flagrant et du non flagrant dans l'ancien droit romain*, in Al Qanoun Wal Iqtisad, 2, 1932, pp. 109 ss., ora in Rariora, Roma 1946, pp. 197 ss. e in Scritti di diritto romano, 2, Napoli 1974, pp. 370 ss., A. BERGER, *Dig. IX 2,4 § 1 und das "endploratio" der Zwölf Tafeln*, in Studi A. Albertoni, 1, Padova 1935, pp. 381 ss., E. CARRELLI, *La repressione del furto flagrante nel diritto quiritario*, in Annali Bari, 2, 1939, pp. 107 ss., A. TABERA, *La definición de furtum en las "Etimologías" de S. Isidoro (Orig. V, 26, 19-20)*, in SDHI, 8, 1942, pp. 23 ss., F. DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva nell'actio furti*, in Annali Bari, 10, 1950, pp. 95 ss., ora in Scritti varii di diritto romano,

solo ogni generico impossessamento della cosa altrui, ma anche

3, Bari 1987, pp. 305 ss., IDEM, "Tutor" e "actio furti", in Labeo, 1, 1955, pp. 259 ss., H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung des furtum und seine etymologischen Ableitungen*, in ZSS, 67, 1950, pp. 185 ss., J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur actio furti*, in ZSS, 68, 1951, pp. 217 ss., F. WIEACKER, *Endplorare. Diebstahlsverfolgung und Gerüft im altrömischen Recht*, in Festschrift L. Wenger, 1, München 1944, pp. 129 ss., IDEM, "Furtum tabularum", in Synteleia Arangio-Ruiz, 1, Napoli 1964, pp. 562 ss., U. BRASIELLO, v. *Furtum*, in NNDI, 7, pp. 691 ss., A. WATSON, *The Definition of Furtum and the Trichotomy*, in TR, 28, 1960, pp. 197 ss., IDEM, *Contractatio as an Essential of Furtum*, in The Law Quarterly Review, 77, 1961, pp. 526 ss., IDEM, *Contractatio again*, in SDHI, 28, 1962, pp. 331 ss., IDEM, *D. 47.2.52.20: the Jackass, the Mares and "furtum"*, in Studi E. Volterra, 2, Milano 1971, pp. 445 ss., J. GAUDEMET, *À propos du "furtum" à l'époque classique*, in Labeo, 7, 1961, pp. 7 ss., ora in *Études de droit romain*, 1, Napoli 1979, pp. 113 ss. e in Mnemeion S. Solazzi, Napoli 1964, pp. 141 ss., J.A.C. THOMAS, *Contractatio, Complicity and furtum*, in Iura, 13, 1962, pp. 70 ss., IDEM, *Furtum pignoris*, in TR, 38, 1970, pp. 135 ss., IDEM, *Some Observations on furtum*, in Towarzystwo Naukowe Katalickiego Uniwersytetu Lubelskiego. Festschrift S. Plodziń, 10, 1963, pp. 153 ss., IDEM, *Contractatio. My Last Word*, in Iura, 14, 1963, pp. 180 ss., IDEM, *Digest 47.2.21*, in Synteleia V. Arangio-Ruiz, Napoli 1964, pp. 607 ss., IDEM, *Furtum of Documents*, in RIDA, 15, 1968, pp. 429 ss., IDEM, *Rei hereditariae furtum non fit*, in TR, 36, 1968, pp. 489 ss., IDEM, *Animus furandi*, in Iura, 19, 1968, pp. 1 ss., IDEM, *Furtum of Documents II*, in Iura, 20, 1969, pp. 301 ss., IDEM, *Infitiando depositum nemo facit furtum*, in Studi E. Volterra, 2, 1971, pp. 459 ss., R. YARON, *Si adorat furto*, in TR, 34, 1966, pp. 510 ss., A. D'ORS, *The "odium furum" of Gaius 4,4*, in RIDA, 12, 1965, pp. 453 ss., C.ST. TOMOLESCU, *Die Rolle der actio furti concepti in F. De Visscher Anschauung*, in RIDA, 15, 1968, pp. 445, M. BALZARINI, *In tema di repressione extra ordinem del furto nel diritto classico*, in BIDR, 72, 1969, pp. 203 ss., IDEM, *Il furto manifesto tra pena pubblica e privata*, in F. MILAZZO cur., *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano. Copanello 4-7 giugno 1990, Napoli 1992*, pp. 367 ss., S. BELLO, *Observaciones sobre el furtum fundi*, in F. MILAZZO cur., *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano. Copanello 4-7 giugno 1990, Napoli 1992*, pp. 367 ss., M.S. DEL CASTELLO SANTANA, *Observaciones sobre el delictum furti y crimen plagii*, in F. MILAZZO cur., *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano. Copanello 4-7 giugno 1990, Napoli 1992*, pp. 371 ss., D. PUGSLEY, *Furtum in the XII Tables*, in Irish Jurist, 4, 1969, pp. 139 ss., IDEM, *The Plaintiff in the actio furti*, in Acta Juridica 1971, pp. 143 ss., IDEM, "Contractatio", in Irish Jurist, 15, 1980, pp. 341 ss. e IDEM, "Animus furandi", in Sodalitas A. Guarino, 5, Napoli 1984, pp. 2419 ss., L. OLDE KALTER, *Condictio ex causa furtiva und dominium*, in TR, 38, 1970, pp. 107 ss., H.J. WOLFF, *Condictio ob causa datorum, Furtum. Aquilische Haftung. Ein exegetische Versuch*, in Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow zum 70. Geburtstag, Berlin 1970, pp. 537 ss., G. ARCHI, *Asini e cavalle in un passo di Ulpiano*, in Labeo, 19, 1973, pp. 135 ss., G. MACCORMACK, *Usucapio pro herede, res hereditariae and furtum*, in RIDA, 25, 1978, pp. 293 ss. e IDEM, *Definitions: furtum and contractatio*, in Acta Juridica. Essays B. Beinart, 2, 1979, pp. 129 ss., M. KASER, *Die actio furti des Verkäufers*, in ZSS, 96, 1979, 89 ss., IDEM, *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti*, in De iustitia et de iure.

il trasferimento della cosa ottenuto dall'accipiente mediante

Festgabe U. Lübtow zum 80. Geburtstag, Berlin 1980, pp. 291 ss., ora in *Römische Rechtsquelle und angewandte Juristenmethode*, Köln-Graz 1986, pp. 215 ss. e IDEM, "*Furtum pignoris*" e "*furtum fiduciae*", in ZSS, 99, 1982, pp. 249 ss., G. KLINGENBERG, *Das Beweisproblem beim Urkundendiebstahl*, in ZSS, 96, 1979, pp. 229 ss., M. GARCIA GARRIDO, *El "furtum usus" del depositario y del comodatario*, in *Atti Accademia Costantiniana*, 4, Napoli 1981, pp. 841 ss., IDEM, *La "actio furti" del "fur"*, in *Estudios F. Hernández Tejero*, 2, Madrid 1992 [ma pubbl. 1994], pp. 247 ss., IDEM, *Observaciones sobre delictum y crimen furti*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano. Atti del deuxième colloque de philosophie pénale*. Cagliari, 20-22 aprile 1989, Napoli 1993, pp. 261 ss., G.L. FALCHI, *Una poco nota controversia tra Sabiniani e Proculiani sulla legittimazione passiva all'actio noxalis furti*, in *Studi C. Sanfilippo*, 5, Milano 1984, pp. 323 ss., G. LONGO, *L'elemento soggettivo nel delitto di furto*, in *Studi P. de Francisci*, 3, Milano 1956, pp. 249 ss., M. LEMOSSE, *Les actions pénales de vol dans l'ancien droit civil romain*, in *Mélanges H. Lévy-Bruhl*, Paris 1959, pp. 179 ss., ora in *Études romanistiques*, Clermont-Ferrand 1991, pp. 73 ss., U. VON LÜBTOW, *Die Ersitzung gestohlener Sachen nach des Recht XII Tafeln und der lex Atinia*, in *Festschrift F. Schulz*, 1, Weimar 1951, pp. 263 ss., H. ANKUM, *Furtum pignoris und furtum fiduciae im klassischen römischen Recht*, in *RIDA*, 26, 1979, pp. 127 ss., IDEM, *La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico*, in *Studi A. Biscardi*, 4, Milano 1983, pp. 587 ss., IDEM, "*Furtum pignoris*" dans le texte d'Ulpien D.47,2,12,2, in *BIDR*, 90, 1987, pp. 169 ss., F. GNOLI, *Sulla sottrazione di "res hereditariae" nelle Istituzioni di Gaio*, in *Studi A. Biscardi*, 3, Milano 1982, pp. 205 ss., IDEM, *Nerazio e Paolo sul furto di "res hereditaria"*, in *Testimonium amicitiae*, Milano 1992, pp. 169 ss., P. BIRKS, *The Case of the Filched Pedigree. D. 47.2.52.20*, in *Sodalitas. Scritti A. Guarino*, 2, Napoli 1984, pp. 731 ss., W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, Berlin 1987, H. STIEGLER, *Servus fructuarius subreptus (Actio furti, usus fructus, custodia)*, in *Festschrift G. Wesener*, Graz 1992, pp. 467 ss., A. CORBINO, "*Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto*", in O. DILIBERTO *cur.*, *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano. Atti del deuxième colloque de philosophie pénale*. Cagliari, 20-22 aprile 1989, Napoli 1993, pp. 245 ss., M.D. FLORIA HIDALGO, *La Casuística del Furtum en la Jurisprudencia romana*, Madrid 1991, M. AMAYA CALERO-M.D. FLORIA HIDALGO, *Del delito de hurto del torero al crimen de hurto del cuatrero en la jurisprudencia romana clásica*, in *Estudios Hernández Tejero*, 2, Madrid 1994, pp. 45 ss., R. LA ROSA, *La repressione del "furtum" in età arcaica. "Manus iniectio" e "duplione damnum decidere"*, Napoli 1990, D. DAUBE, *Furtum proprium and furtum improprium*, in D. COHEN-D. SIMON *cur.*, *Collected Studies in Roman Law*, 1, Frankfurt 1991, pp. 19 ss., K. HACKL, *Gaius 4,37 und die Formeln der actio furti*, in *Ars boni et aequi. Festschrift W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1993, pp. 127 ss., R. ASTOLFI, *Sabino e il "furtum solo animo"*, in *SDHI*, 59, 1993, pp. 321 ss., R. ZIMMERMANN, "*Furtum*", in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener*, Madrid 1994, pp. 753 ss., B. SANTALUCIA, "*Crimen furti*". *La repressione straordinaria del furto nell'età del principato*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener*, Madrid 1994, pp. 785 ss., A. GUARINO, *Il "furtum" nelle "XII Tavole"*. 1) *L'endoplomatatio*. 2) *Il "furtum nec manifestus"*. 3) *"Partes necessariae"*, in *Pagine di diritto romano*, 4, Napoli 1994, pp. 180 ss. e IDEM, *Tra asini e cavalle*, in *Pagine di diritto romano*, 6, Napoli 1995, pp. 171

l'inganno del trasferente ⁽³⁾. Pertanto, agli occhi dei *prudentes*, commetteva di regola furto chi percepiva una prestazione che non gli era dovuta nel momento in cui fosse stato consapevole di operare senza avere la titolarità del credito riscosso o la legittimazione a riscuoterlo ⁽⁴⁾. Nondimeno, in alcuni di questi casi,

ss., J.M. BLANCH NOUGHÈS, *La intrasmisibilidad de las acciones penales en derecho romano*, Madrid 1997, L. GAGLIARDI, "Iure caesus esto", in *Labeo*, 45, 1999, pp. 421 ss., I. FARGNOLI, *La morte dello schiavo "heres institutus" e poi "subreptus"*, in *Rivista di diritto romano. Periodico di storia del diritto romano, di diritti antichi e della tradizione romanistica medioevale e moderna*, 2, 2002 [ma pubbl. 2003] pp. 327 ss., L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole e nel diritto attico*, Milano 2004 e EADEM, *Furto e giustizia privata nelle XII Tavole e nel diritto attico: un'indagine comparativa*, in *Scritti in ricordo di B. Bonfiglio*, Milano 2004, pp. 273 ss., A. VALIÑO, *El hurto de la cosa dada en comodato al filius in potestate: a propósito de D.47.2.14.10 (Ulp. 29 ad Sab.)*, in *Scritti in ricordo di B. Bonfiglio*, Milano 2004, pp. 391 ss., P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano 2005.

⁽³⁾ Sull'evoluzione del concetto di *contractatio* da una primitiva intuizione di impossessamento tramite sottrazione di una cosa mobile altrui ad una nozione molto ampia, atta a ricomprendere ogni rapporto tra agente e oggetto, non esclusa alcuna forma di attività dannosa, dalla sottrazione alla distruzione, in cui rientrava anche la riscossione del pagamento tramite approfittamento della buona fede del debitore, si veda, in particolare, ALBANESE, *v. Furto cit.*, pp. 315 ss. e HITZIG, *v. Furtum cit.*, c. 386, che specifica come, nel tentativo della giurisprudenza di colmare le lacune del sistema dei delitti al fine di tutelare situazioni ancora sprovviste di disciplina, « Der Tatbestand sich weit von dem ursprünglichen Begriff der contractatio entfernt »; sul tema della *contractatio* cfr. anche il vivace dibattito tra Watson e Thomas: WATSON, *Contractatio as an Essential of Furtum cit.*, pp. 526 ss., THOMAS, *Contractatio, Complicity cit.*, pp. 70 ss., WATSON, *Contractatio again cit.*, pp. 331 ss., THOMAS, *Contractatio. My Last Word cit.*, pp. 180 ss.

⁽⁴⁾ La mentalità del giurista odierno è invece ben lungi dal qualificare la fattispecie della riscossione del *falsus creditor* e del *falsus procurator* come furto. In breve sintesi per quanto riguarda il diritto italiano vigente: l'ipotesi civilistica di pagamento al creditore apparente, disciplinata dall'art. 1189 c.c., prevede il caso del debitore che esegue il pagamento a chi appare legittimato a riceverlo e sancisce da un lato la liberazione del debitore stesso in buona fede, dall'altro l'obbligo del creditore apparente di restituire quanto indebitamente percepito. L'art. 1398 tratta poi il problema dell'apparenza del diritto in tema di rappresentanza nella specifica ipotesi di conclusione di un contratto: il rappresentante senza potere, che opera in difetto o in eccesso di potere, è tenuto a risarcire il danno a chi ha confidato senza sua colpa nella validità del contratto. Pertanto l'ordinamento giuridico italiano concepisce, ai sensi dell'art. 1189 c.c., una figura lata di creditore apparente, che ricomprende anche quella del terzo legittimato apparente, sanzionando tale condotta solo con l'obbligo civilistico della restituzione di quanto non dovuto. Ciò non toglie tuttavia che la condotta descritta possa talvolta debordare nella sfera penalistica, se integri per esempio gli estremi della truffa (art. 640 c.p.: « Chiunque, con artifici e raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri

la giurisprudenza negava la sussistenza del furto, lasciando intendere la necessarietà, ai fini della responsabilità dell'accipiente, di un inganno posto in essere per indurre in errore il tradente. Il quadro delle fonti tra loro in aperto disaccordo è altresì ulteriormente complicato dalla presenza di differenti soggetti che risultavano essere autori della condotta punita. Infatti le testimonianze descrivono fattispecie in cui protagonista è ora un *falsus creditor*, ora un *falsus procurator*, ora più indeterminatamente uno *sciens indebitum accipiens*, con locuzioni i cui contenuti risultano a priori difficili da cogliere e i cui confini ardui da disegnare.

Allo studio della riscossione dell'accipiente in malafede si è appassionata soprattutto la critica romanistica del XIX secolo e quella dell'inizio del secolo scorso, particolarmente interessata al complesso problema, con tale riscossione strettamente connesso, della validità della *traditio* e della necessarietà della *iusta causa* ai fini della validità stessa. Le opposte posizioni assunte in letteratura sul problema *de quo* sembrano potersi raggruppare fondamentalmente in quattro principali filoni.

La tesi più antica, risalente addirittura a CUIACIO ⁽⁵⁾ e comunemente diffusa all'inizio del XIX secolo, prende posizione nel senso che i testi non depongono a favore della sussistenza del furto in ogni caso di riscossione consapevole di un pagamento non dovuto ⁽⁶⁾. Era necessario approfondire, volta per

un ingiusto profitto con altrui danno ... ») o dell'appropriazione indebita (art. 646 c.p.: « Chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropria il danaro o la cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo il possesso ... »); inoltre il piano civilistico e quello penalistico possono intersecarsi se il creditore apparente abbia posto in essere una simulazione d'identità e ricorrano gli estremi della sostituzione di persona, punita dall'art. 494 c.p.: « Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno, induce taluno in errore, sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona, o attribuendo a sé o ad altri un falso nome o un falso stato, ovvero una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici ... ».

⁽⁵⁾ J. CUIACIUS, *Commentarius in Lib. XII Quaestionum Aemilij Papiniani*, in Opera postuma. 4. Commentaria accuratissima in libros Quaestionum summi inter veteres iurisconsulti Aemilij Papiniani, Lutetiae Parisiorum 1658, Ad § penult., pp. 346 s.

⁽⁶⁾ In tale senso L.J.F. HÖPFNER, *Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neusten Ausgabe*⁸, A.D. WEBER cur., Frankfurt 1833, p. 707, § 953 nt. 2: « Allein wenn ich in meiner Klage anführe, daß der Beklagte gewußt habe, ich sey ihm

volta, quale fosse l'intensità dell'elemento psicologico dell'accipiente: « *Falsus procurator est, qui simulat, fingit, asseverat falsa, qui mentitur se esse procuratorem, (...) non igitur omnis falsus procurator fur est* ⁽⁷⁾ ». Ricevere scientemente un indebito non era di per sé una condotta qualificabile come furto, giacché il delitto in questione sarebbe stato commesso solo ed esclusivamente nell'ipotesi in cui intervenisse un comportamento attivo dell'accipiente che avesse indotto in errore il debitore. La semplice malafede del presunto accipiente non era quindi sufficiente alla configurabilità del furto, ma doveva essere posto in essere un inganno, sia che fosse una vera e propria frode, sia che fosse una richiesta esplicita del pagamento nel momento in cui egli era ben consapevole che tale pagamento non gli spettava.

A questo orientamento al suo tempo dominante reagisce FRANCKE, che, in un contributo espressamente dedicato all'argomento, dimostra come lo stato soggettivo dell'accipiente fosse invece del tutto irrilevante ⁽⁸⁾. L'accipiente avrebbe potuto essere in malafede quanto in buona fede, ma il dato che rilevava per la sussistenza o meno del delitto era piuttosto il requisito *invito domino*. Se il tradente non intendeva trasferirgli la proprietà, l'accipiente commetteva furto; in caso contrario la *traditio* era efficace e quindi l'accipiente non poteva essere ritenuto un ladro. In particolare, il tradente, se non si sbagliava sulla persona del creditore, intendendo trasferire la proprietà proprio

nichts schuldig, und doch die Zahlung von mir verlangt habe; (...) Denn habe ich sie (die Zahlung) freywillig, ohne sein Verlangen, geleistet, so ist er keinem Diebe gleich zu achten », J. BARON, *Pandekten*⁸, Leipzig 1893, § 281, p. 504: « Nur derjenige begehrt einen Diebstahl, welcher, eine Personen Wechslung hervorrufend oder benutzend, bewirkt, daß er von dem Schuldner für die Person seines wahren Gläubigers gehalten wird ».

⁽⁷⁾ CUIACIUS, *Commentarius* cit., p. 346.

⁽⁸⁾ W. FRANCKE, *Wann wird ein furtum begangen durch wissentliche Annahme nicht geschuldeter Gelder*, in *Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien*, Göttingen 1828, pp. 95 ss., la cui tesi è condivisa da G.L. STREMPPEL, *Ueber die justa causa bei der Tradition. Versuch eines Beitrages zur Lehre des Eigenthums-Vertrages nach Römischen Rechte*, Wismar-Ludwigsluft 1856, p. 32, che precisa come le fonti si riferiscano al caso « wo Jemand, wissend, daß nicht er, sondern ein Anderer der wahre (oder doch vermeintliche) Gläubiger oder Zahlungsempfänger sei, die diesem Anderen bestimmte Zahlung entgegennimmt ».

a quel soggetto, gliela trasferiva in ogni caso ⁽⁹⁾. Questa interpretazione si basa sulla convinzione che la *traditio* fosse in grado di trasferire la proprietà all'accipiente, anche in caso di malafede dello stesso, con la conseguenza che, una volta perfezionatosi il trasferimento, egli, divenuto proprietario, non potesse essere ritenuto responsabile di furto. Pertanto, il comportamento meramente reticente dell'accipiente non avrebbe potuto interferire sulla validità della *traditio* stessa. Era invece, in presenza di un presunto creditore, il quale usurpasse un'identità altrui, che il trasferimento dominicale non poteva perfezionarsi, in quanto in tale caso il tradente non avrebbe inteso trasmettere la proprietà a lui, ma a colui che egli riteneva essere l'effettivo creditore. Dunque, solo l'erronea convinzione di adempiere ad una persona diversa da quella a cui si voleva adempiere avrebbe determinato il mancato acquisto dell'accipiente.

Questa lettura delle fonti è, a sua volta, aspramente criticata da VON VANGEROW ⁽¹⁰⁾, che afferma come, per la sussistenza del furto, fosse sufficiente la mera accettazione consapevole da parte dell'accipiente del pagamento indebito. In particolare contro l'interpretazione di Francke l'autore tedesco afferma: « Ich muß aber die Auslegung von Francke ... daß ein *falsus procurator* nur dann ein *furtum* begehe, wenn er sich bösllich für den rechten Prokurator ausgegeben habe, für gänzlich unstatthaft halten ». Invero von Vangerow prende le mosse da un testo di Cervidio Scevola, D. 13.1.18 (Scaev. 4 *quaest.*) ⁽¹¹⁾, che confuterebbe brutalmente la limitazione del furto al solo caso in cui l'accipiente avesse posto in essere un inganno. Secondo questo modo di interpretare la questione, il trapasso di proprietà dal

⁽⁹⁾ FRANCKE, *Wann wird ein furtum* cit., p. 102: « Da der, welcher sich nicht über die Person des Gläubiger irrt, sondern nur irriger Weise sich für dessen Schuldner hält, stets die Absicht hat, dem Empfänger Eigenthum zu übertragen, und deshalb dieses auch überträgt ».

⁽¹⁰⁾ K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandecten*, 3, Marburg-Leipzig 1863, § 625, pp. 412 ss.

⁽¹¹⁾ *Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat. et Pomponius epistularum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit. sed altera conditione altera tollitur.* Sul testo specificamente cfr. *infra* § 4.

debitore al presunto creditore non si sarebbe mai verificato se il presunto creditore fosse stato all'insaputa della sua mancanza di titolarità del credito. Nel caso di pagamento ad un soggetto non creditore, la proprietà non passava dal debitore al presunto creditore sia se quest'ultimo fosse stato solo reticente sia se avesse agito dolosamente per indurlo in inganno. E ciò accadeva, in quanto l'accipiente era a conoscenza della nullità della *causa*, alla quale seguiva la *traditio*. Sebbene quindi il debitore avesse avuto intenzione di trasferire la proprietà, in presenza di malafede dell'accipiente il trasferimento non avrebbe mai potuto essere *pro soluto*, ma sarebbe stato sempre *sine omni causa*. La conseguenza era che l'accipiente non diventava proprietario e che risultava senz'altro responsabile per furto. Due passi in tema di usucapione, e cioè D. 41.10.3 (Pomp. 22 *ad Sab.*)⁽¹²⁾ e D. 41.3.48 (Paul. 2 *manual.*)⁽¹³⁾, rappresentano il cavallo di battaglia di von Vangerow, in quanto da essi emergerebbe che solo una *traditio ex causa* fosse in grado di consentire la usucapibilità della cosa e che quindi la proprietà non potesse mai essere trasferita se non ricorresse una *traditio ex causa*. Da ciò deriverebbe che, se l'accipiente fosse stato in malafede, proprio la sua conoscenza della nullità della causa, su cui si fondava la *traditio*, avrebbe reso impossibile il trasferimento di proprietà. Alla luce di queste premesse l'autore esamina poi il controverso passo di D. 47.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*)⁽¹⁴⁾, sostenendo che la seconda fattispecie descritta da

(12) *Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi: si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam: quod si nescio, verius est, ut usucapiam, quia ipsa traditio ex causa quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id quod mihi traditum est pro meo possideam, et ita Neratius scripsit idque verum puto.* Sul testo specificamente cfr. *infra* § 30.

(13) *Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse aliud, si putem me ex causa venditi teneri et ideo tradam: hic enim nisi emptio praecedat, pro emptore usucapio locum non habet, diversitatis causa in illo est, quod in ceteris causis solutionis tempus inspicitur neque interest, cum stipulor, sciam alienum esse nec ne: sufficit enim me putare tuum esse, cum solvis: in emptione autem et contractus tempus inspicitur et quo solvitur: nec potest pro emptore usucapere, qui non emit, nec pro soluto. sicut in ceteris contractibus.* Sul testo si veda *infra* § 30.

(14) *Falsus procurator furtum quidem facere videtur. sed Neratius videndum esse ait, an haec sententia cum distinctione vera sit, ut, si hac mente ei dederit nummos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem intercipiat, vera sit: nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non eius nomine accepit, cuius eos debitor fieri*

Ulpiano non fosse un caso di furto, in quanto costituiva un'ipotesi di trasferimento della proprietà non in seguito ad una *datio ex causa*, bensì in seguito ad una *datio ob rem*. Infatti nella fattispecie descritta la proprietà veniva trasmessa con l'obiettivo che il *falsus procurator* la trasferisse al creditore o che il creditore ratificasse il trasferimento stesso e per questa ragione tale condotta non poteva qualificarsi come furto: « Man giebt das Eigenthum hin in der Erwartung, daß der Empfänger es an unsren Gläubiger übertragen, oder der Gläubiger unsre Hingabe ratihabiren werde ⁽¹⁵⁾ ».

L'idea di von Vangerow ha avuto grande eco. Nel senso che l'accipiente commettesse furto se semplicemente era in mala fede nel momento in cui riceveva il pagamento, si sono espressi esplicitamente diversi autorevoli esponenti della letteratura ⁽¹⁶⁾. Così GIRARD condivide in pieno l'interpretazione di von Vangerow, sostenendo che, perché sussistesse la fattispecie del furto, era sufficiente il mero ricevimento consapevole dell'indebito, senza che fosse necessario l'intervento di manovre fraudolente. La prova definitiva di questa convinzione deriverebbe proprio dai testi in tema di usucapione che negano l'usucapibilità di quanto pagato indebitamente a causa del principio di inusucapibilità delle *res furtivae* ⁽¹⁷⁾. Anche secondo l'autore francese, quindi, il *falsus procurator* commetteva furto con la mera accettazione di quanto non dovuto e quei testi, che non qualificano come furto la fattispecie, non si riferirebbero in realtà ad un pagamento indebito, bensì ad una *datio ob rem*. Pure BONFANTE ritiene l'opinione di von Vangerow senz'altro

vult, et invito domino eos contractando sine dubio furtum facit. quod si ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant nullo modo eum furtum facere ait voluntate domini eos accipiendo; sul passo specificamente cfr. *infra* § 3.

⁽¹⁵⁾ VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandecten* cit., 3, § 625, p. 415.

⁽¹⁶⁾ In tale senso A.F.J. THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*⁷, 1, Jena 1828, p. 366, § 975, M. VOIGT, *Ueber die conditiones ob causam und ueber causa und titulus im allgemeinen*, Leipzig 1862, p. 770 nt. 724, J.P. MOLITOR, *Les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le droit français*, 2, Gand 1867, § 851, p. 248, H. FITTING, *Ueber das Wesen des Titels bei der Ersitzung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 52, 1869, p. 407, B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁴, 2, Düsseldorf 1875, § 426 nt. 16, p. 600, H. DERNBURG-P. SOKOLOWSKI, *System der Römischen Rechts*, 2, Berlin 1912, § 396, p. 840.

⁽¹⁷⁾ P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, [tr. it. C. LONGO] Milano 1909, p. 417 nt. 1.

quella preferibile ⁽¹⁸⁾: se il presunto creditore fosse stato consapevole della sua mancanza di legittimazione o del carattere non dovuto del pagamento, avrebbe commesso senz'altro furto, mentre se lo stesso fosse stato *insciens*, avrebbe acquisito la proprietà della cosa trasferita e tale trasferimento avrebbe impedito la sussistenza del furto. Nello stesso ordine di idee sembra porsi HUVELIN che, in un tentativo di ricostruzione storica, giudica molto antica la regola, per cui chi riceveva scientemente un indebito commetteva furto. Discutendo un passo di Alfeno, D. 41.3.34 (Alf. 1 *dig. a Paul. epit.*) ⁽¹⁹⁾, egli cerca una giustificazione alla possibilità, descritta in esso, di maturare l'usucapione in caso di vendita di una *res peculiaris* da parte del servo all'insaputa del *dominus* ⁽²⁰⁾ e la trova in D. 13.1.18 (Scaev. 4 *quaest.*), che riferisce la regola: *Furtum fit cum quis indebitos nummos sciens acceperit*. L'autore arriva quindi a sostenere che la decisione del passo di Alfeno risalisse ad un tempo precedente all'emanazione della *lex Atinia* che, nel II sec. a.C., proibì l'usucapibilità delle *res furtivae* e che forse il principio del furto in caso di riscossione consapevole dell'indebito fosse ancora più risalente nel tempo ⁽²¹⁾.

Invero, nonostante il grande successo dell'interpretazione di von Vangerow, non sono mancate voci fuori dal coro. Una dettagliata confutazione della tesi del pandettista tedesco è da ascrivere a PEROZZI ⁽²²⁾. Quest'ultimo autore evidenzia come, in base alla definizione del furto, non si possa ammettere che il delitto sussistesse quando il debitore tradiva a colui al quale

⁽¹⁸⁾ P. BONFANTE, *Le singole "iustae causae usucapionis" e il titolo putativo*, in Scritti giuridici vari. 2. Proprietà e servitù, Torino 1918, p. 559 nt. 2. Mi sembra che JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. xxvi intenda erroneamente il pensiero di Bonfante, affermando che l'autore appartenga all'altro orientamento, quello per cui la proprietà passava al presunto creditore anche in caso di scienza dello stesso, con la conseguente negazione del furto in caso di mera accettazione di quanto non dovuto.

⁽¹⁹⁾ *Si servus insciente domino rem peculiarem vendidisset, emptorem usucapere posse.*

⁽²⁰⁾ P. HUVELIN, *Études* cit., pp. 496 ss.

⁽²¹⁾ Sull'ammissibilità di tale ricostruzione si veda *infra* § 4.

⁽²²⁾ S. PEROZZI, *Della tradizione. Suo concetto e sua natura giuridica. Studi*, Città di Castello 1886, pp. 39 ss. e in particolare p. 63. Contro von Vangerow, peraltro limitandosi solo ad accennare all'argomento, sembra porsi anche A. EXNER, *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht*, Wien 1867, p. 334 e nt. 14.

voleva trasferire la proprietà. L'autore torna in sostanza ai contenuti dell'opinione di Francke, affermando che la malafede di chi riceveva non contava, purché la volontà di chi tradiva fosse di trasferire la proprietà al ricevente e ciò si sarebbe verificato tanto per la *datio ob causam* quanto per la *datio ob rem*. Era solo se mancava la volontà del tradente che l'accipiente commetteva furto e lo commetteva sia se la *datio* era *ob causam* sia se era *ob rem*. In sostanza, la distinzione tra i due tipi di *dationes* non avrebbe alcun senso, in quanto non sarebbe così precisa da potere stabilire una tale differenza rispetto al passaggio di proprietà, né vi sarebbe stata alcuna ragione per introdurre tale differenza ⁽²³⁾.

Rifiuta l'interpretazione di von Vangerow anche FERRINI ⁽²⁴⁾, che non solo nega la sussistenza in D 47.2.43.1 di una *datio in rem*, ma precisa anche come i testi portati dall'autore tedesco a sostegno della sua tesi nulla provino in tale senso. Infatti, nei due passi in materia di usucapione, D. 41.10.3 (Pomp. 22 *ad Sab.*) e D. 41.3.48 (Paul. 2 *manual.*), si afferma che, ove il tradente non fosse stato proprietario, l'accipiente, se conosceva l'inesistenza della causa, non maturava l'usucapione. Secondo von Vangerow ciò dimostrerebbe che solo la *traditio ex causa* fosse in grado di consentire la usucapibilità della cosa. Ma in realtà qui l'accipiente non era senz'altro in buona fede, per cui l'usucapione sarebbe stata impedita in ogni caso, a prescindere dalla conoscenza che avesse l'accipiente dell'inesistenza della causa ⁽²⁵⁾. Dopo la *pars destruens* del suo contributo, anche Ferrini sembra tornare — nella sua *pars construens* peraltro solo abbozzata ⁽²⁶⁾ — all'idea di Francke, per cui solo nel caso di errore sulla persona e quindi sull'individualità del creditore, il tradente non trasferiva la proprietà all'accipiente, che pertanto commetteva furto. L'errore sulla persona in sostanza avrebbe

⁽²³⁾ PEROZZI, *Della tradizione* cit., p. 62.

⁽²⁴⁾ FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto* cit., p. 155.

⁽²⁵⁾ FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto* cit., p. 154.

⁽²⁶⁾ L'autore specifica infatti di non potersi occupare in quella sede di un argomento così complesso; cfr. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto* cit., p. 155: « Non possiamo per ora, senza allontanarci troppo dal nostro argomento, valutare questi risultati in rapporto alla dottrina della causa nella tradizione ».

viziato la volontà del tradente, determinando la responsabilità per furto dell'accipiente.

Un'innovativa lettura delle testimonianze in tema di accipiente in malafede è stata poi proposta nei primi decenni del ventesimo secolo. Si tratta di un'interpretazione dei testi alternativa sia a quella di Cuiacio, che ritiene indispensabile, per la configurabilità del furto, la condotta fraudolenta attiva del presunto creditore, sia a quella di von Vangerow, che individua il criterio discretivo per distinguere il furto dal non furto nella semplice malafede del presunto creditore, sia infine a quella di Francke, che giudica sussistente il furto a prescindere dallo stato soggettivo dell'accipiente, purché mancasse la volontà del tradente di trasferire la proprietà all'accipiente stesso. All'argomento del furto di chi riceveva scientemente un indebito è stata infatti interamente dedicata la tesi di dottorato dello svizzero francese FRÉDÉRIC FITTING⁽²⁷⁾. L'autore prende in considerazione diversi passi relativi alla figura dello *sciens indebitum accipiens* e, constatando la diversità di opinioni in giurisprudenza sui requisiti necessari per qualificare tale fattispecie come furto, si lancia in uno stimolante tentativo — nondimeno senza particolari approfondimenti testuali — di ricostruzione del pensiero classico. Secondo l'autore la controversia sul punto risalirebbe addirittura a Proculo, Nerazio e Celso da una parte e Giuliano dall'altra e ciò consentirebbe di affermare che si trattasse di una controversia addirittura tra le due scuole di età augustea, quella proculiana e quella sabiniana. Di più. La divergenza di opinioni si sarebbe mantenuta nel tempo: la dottrina proculiana sarebbe stata professata più tardi da Papiniano e da Paolo, mentre quella sabiniana avrebbe trovato sostenitori in Scevola e in Ulpiano.

La tesi di Fitting ha avuto un certo seguito. Essa è invero per certi versi già *in nuce* in un'affermazione di APPLETON⁽²⁸⁾, che rileva come, rispetto al principio enunciato da Cervidio Scevola in D. 13.1.18 (Scaev. 4 *quaest.*), per cui chi riceveva

(27) F. FITTING, *Sciens indebitum accipere. Études de jurisprudence romaine classique*, Lausanne 1926 [thèse], pp. 61 ss.

(28) C. APPLETON, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*, 1, Paris 1889 [rist. Darmstadt 1974], p. 291 nt. 25, che peraltro non viene affatto citato da Fitting.

consapevolmente un indebito commetteva sempre furto, « sans distinction, que recevoir sciemment un paiement indu, c'était commettre un vol »⁽²⁹⁾, la giurisprudenza successiva avrebbe operato una distinzione, asserendo che sussisteva il furto solo se ricorreva un inganno sul nome del vero creditore o se il debitore era stato circuito in altro modo⁽³⁰⁾. I risultati interpretativi raggiunti da Fitting sono interamente condivisi da JOLOWICZ, che ammette la presenza nella giurisprudenza classica di una disputa di scuola, giacché « different jurists held different opinions »⁽³¹⁾. Peraltro, rispetto a Fitting, l'autore britannico aggiunge un tentativo di individuare una giustificazione a questa diversità di opinioni tra i *prudentes*. Egli ritiene infatti che la differente sanzione di tale condotta sia da individuarsi nell'evoluzione dell'istituto della sostituzione negoziale. Se ai tempi di Africano non era possibile acquistare la proprietà tramite un sostituto, ciò era ammesso ai tempi di Ulpiano, da cui deriverebbe la differente soluzione tra il caso descritto in D. 46.3.38.1 (Afric. 7 *quaest.*)⁽³²⁾ e quello descritto in D. 46.3.18 (Ulp. 41 *ad Sab.*)⁽³³⁾ in relazione alla liberazione del debitore. Opta invece per una posizione di estrema prudenza BUCKLAND, che cita le fattispecie di riscossione consapevole del falso creditore e del falso procuratore come casi emblematici del modo asistemático di operare dei compilatori. Nel Digesto i giustiniani non si sarebbero proposti di « put into effect any defined scheme for recasting the law »⁽³⁴⁾, ma avrebbero operato una selezione dei testi senza darsi cura di armonizzarli in alcun modo tra loro. E inoltre nella compilazione sarebbero stati tagliati i riferimenti per noi oggi indispensabili al fine della ricostruzione del pensiero giurisprudenziale classico, per cui è

⁽²⁹⁾ Così APPLETON, *Histoire cit.*, *ibidem*.

⁽³⁰⁾ I passi menzionati dall'autore francese (APPLETON, *Histoire cit.*, *ibidem*) a sostegno di tale opinione sono: D. 46.3.18 (Ulp. 41 *ad Sab.*), D. 46.3.38.1 (Afric. 7 *quaest.*), D. 47.2.43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*) e D. 47.2.81(80).6 (Pap. 12 *quaest.*), su cui si vedano *infra*, rispettivamente, i §§ 14, 15, 2, 16.

⁽³¹⁾ JOLOWICZ, *Digest XLVII.2 cit.*, p. xxviii.

⁽³²⁾ Cfr. *infra* § 15.

⁽³³⁾ Cfr. *infra* § 14.

⁽³⁴⁾ BUCKLAND, *Digest XLVII.2 cit.*, p. 119.

arduo sapere come venisse in definitiva risolto il problema dai giuristi, che si trovarono ripetutamente ad affrontarlo ⁽³⁵⁾.

Nonostante i consensi riscontrati, il contributo di Fitting è stato a sua volta duramente criticato, oltre che da SOLAZZI ⁽³⁶⁾, da HAYMANN ⁽³⁷⁾. Quest'ultimo, in un suo studio pubblicato postumo, dedicato interamente all'argomento, rimprovera a Fitting di non avere esaminato criticamente i testi che, a suo parere, sarebbero stati interpolati a larghe mani dai giustiniani. Secondo l'autore tedesco il furto non sussisteva nel mero caso di *scientia* dell'accipiente, poiché il mancato acquisto della proprietà non comportava di per sé la commissione del delitto. Si tratta in sostanza di un ritorno alla tesi di Cuiacio, in quanto il furto sarebbe stato commesso — a giudizio dell'autore — nella sola ipotesi in cui l'*accipiens* avesse posto in essere un inganno, sia se esso fosse attuato con un raggiro sull'identità sia se si trattasse invece di un silenzio ingannevole: « gleichgültig ob durch Betrug über die Identität des Empfängers oder durch blosses arglistiges Verschweigen gegen den dinglichen Übergabewilligen des zu Bestehlenden » ⁽³⁸⁾.

In realtà, già prima di Haymann l'idea che solo l'accipiente, che raggirava effettivamente il creditore, commettesse furto, è sostenuta da BETTI. Infatti l'autore qualifica la questione della riscossione del falso creditore, nonché quella del falso procuratore, come « reticenza fraudolenta per parte di chi riceve un pagamento di cosa in realtà non dovuta con la consapevolezza che non gli è dovuta, o per parte di chi riceve un pagamento senza essere legittimato a riscuotere per conto del creditore, conoscendo la mancanza di legittimazione e nutrendo intento di frode ⁽³⁹⁾ ». L'argomento viene quindi da Betti affrontato non sotto il profilo del furto, bensì sotto quello degli effetti del negozio giuridico. L'autore precisa che il negozio risultava in

⁽³⁵⁾ BUCKLAND, *Digest XLVII.2* cit., pp. 132 ss.

⁽³⁶⁾ S. SOLAZZI, *L'errore nella "condictio indebiti"*, in *Atti Accademia di Scienze Morali e Politiche*, 59, Napoli 1939, ora in *Scritti di diritto romano (1938-1947)*, 4, Napoli 1963, p. 154 nt. 216, che afferma laconicamente: « la lettura delle fonti basta a disingannare sul conto di questa tesi ».

⁽³⁷⁾ F. HAYMANN, *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl bei der Sachübergabe im römischen Recht*, in *BIDR*, 59-60, 1956, pp. 1 ss. e specificamente p. 43.

⁽³⁸⁾ HAYMANN, *Grenzen* cit., pp. 41 s.

⁽³⁹⁾ E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 1, Padova 1947, p. 60 nt. 4.

questi casi senz'altro nullo per l'illiceità dello scopo nascosto che l'accipiente perseguiva, e quindi per *causa iniusta*, in ragione dell'incompatibilità psicologica tra la consapevolezza dell'inesistenza del debito e la volontà di estinguerlo o tra la volontà di volere lucrare il danaro per sé e la volontà di riscuotere il credito per conto del creditore ⁽⁴⁰⁾.

Dalla seconda metà del secolo scorso fino ad oggi la figura dell'accipiente in malafede ha poi vissuto un periodo di relativa tranquillità. Infatti la questione ha smesso di attirare l'attenzione della letteratura, che si è perlopiù uniformata all'interpretazione di von Vangerow, ritenendo che la riscossione consapevole dell'indebito desse luogo senz'altro a furto, a prescindere da ulteriori indagini sull'esistenza o meno di un vero e proprio inganno posto in essere dall'accipiente. Nei testi della manualistica istituzionale si legge che « il creditore, il quale *sciens indebitum accipit*, commetteva furto ⁽⁴¹⁾ » o che il creditore, « se fosse stato consapevole che la prestazione non gli era dovuta, avrebbe commesso furto ⁽⁴²⁾ » o ancora si dice che l'*indebiti solutio* si configurava se il presunto creditore riceveva la somma di danaro o una cosa in buona fede e che « in caso contrario si configurerebbe furto ⁽⁴³⁾ ». Tuttavia non manca chi specifica che costituiva furto « lo sfruttamento di errore altrui quale si ha nel ricevere un pagamento indebito ⁽⁴⁴⁾ », lasciando trapelare che, ai fini di tale responsabilità, fosse necessario qualche elemento in più rispetto alla semplice malafede. C'è invece chi ammette l'esistenza di qualche voce dissenziente nell'ambito della giurisprudenza classica, affermando che fosse furto « der wissentlichen Annahme des irrtümlich geleisteten *indebitum* ⁽⁴⁵⁾ », ma indicando poi in nota alcune testimonianze che si discostano da tale principio, qualificate come « abweichende Fälle ⁽⁴⁶⁾ ». In modo un po' più accentuato vi è chi puntualizza che solo in alcuni casi la riscossione dell'accipiente

⁽⁴⁰⁾ BETTI, *Istituzioni cit.*, *ibidem*.

⁽⁴¹⁾ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 612.

⁽⁴²⁾ M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo 1994, p. 517.

⁽⁴³⁾ G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*², F. SITZIA-L. VACCA cur., Torino 1998, § 172.2, p. 457.

⁽⁴⁴⁾ A. BURDESE, *Diritto privato romano*³, Torino 1987, pp. 517 s.

⁽⁴⁵⁾ M. KASER, *Das römische Privatrecht*², 1, München 1971, p. 615.

⁽⁴⁶⁾ KASER, *Das römische Privatrecht cit.*, 1, p. 615 nt. 15.

in malafede era qualificata dalla giurisprudenza come furto: « en el que cobra sapendo que no se debe puede a veces apreciarse hurto ⁽⁴⁷⁾ ». Sembra genericamente accennare all'esistenza di opinioni divergenti in giurisprudenza ALBANESE, che ritiene di spiegare così la diversa soluzione accordata nelle fonti al caso del presunto procuratore rispetto a quello del presunto creditore ⁽⁴⁸⁾, visto che il primo, pur essendo in dolo, poteva salvarsi dall'essere considerato ladro, e quindi risultava trattato con maggiore ampiezza di vedute rispetto al secondo. In realtà, secondo l'autore, l'opinione di Nerazio in D. 47.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*), che privilegiava la condotta del *falsus procurator* rispetto a quella del *falsus creditor*, sarebbe stata del tutto minoritaria e non sarebbe stata seguita dai giuristi successivi. Salvo quindi qualche puntualizzazione sull'esistenza di divergenze giurisprudenziali, nel complesso la letteratura più recente tende a riconoscere pacificamente la vigenza in diritto romano della regola per cui lo *sciens indebitum accipiens* commetteva furto, come Cervidio Scevola enuncia esplicitamente nell'esordio di D. 13.1.18 (Scaev. 4 *quaest.*): *Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit* ⁽⁴⁹⁾.

Alla luce di queste considerazioni la questione della riscossione dell'accipiente in malafede merita — per quanto mi consta — un riesame non solo perché l'ultima approfondita discussione dei testi in materia è quella di Haymann, risalente ormai a mezzo secolo fa e condotta perdipiù in una fase di acuta temperie interpolazionistica, ma anche perché resta da verificare se, nonostante le antitetiche interpretazioni prospettate dalla

(47) A. D'ORS, *Derecho privado romano*⁹, Pamplona 1997, § 397, p. 462 nt. 1.

(48) ALBANESE, *La nozione di furtum da Nerazio a Marciano* cit., pp. 92 s.

(49) D. MEDICUS, *Zur Leistungsannahme durch den "falsus procurator"*, in Synteleia Arangio-Ruiz, 1, Napoli 1964, p. 214, P. ANGELINI, *Il "procurator"*, Milano 1971, p. 216, P. BREMER, *Leistung an einen Nichtberechtigten im klassischem römischem Recht*, Freiburg 1979, p. 8, R. STOLMAR, *Die formula der actio utilis*, Sindelfingen 1992, p. 16 nt. 83, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg 1990, p. 849 nt. 99, p. 924 nt. 21, D. DAUBE, *A Corrupt Judge Sets the Pace*, in D. COHEN-D. SIMON cur., *Collected Studies in Roman Law*, Frankfurt 1991, p. 2385, L. GAROFALO, *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, Padova 1992, p. 106 nt. 154, T. MASIELLO, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari 1999, p. 92, p. 198, p. 202, M. MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schulde und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, Köln-Weimar-Wien 1998, p. 97 nt. 34, p. 99 nt. 42, pp. 106 s.

dottrina più risalente, ci si possa davvero uniformare all'idea ora dominante che la *scientia* fosse sufficiente a rendere l'*indebitum accipiens* responsabile di furto e che quindi le discostanti soluzioni in alcuni testi tramandati siano necessariamente da ascrivere allo *ius controversum*. Per affrontare questa indagine, si tratta allora di procedere nella lettura delle fonti e, diversamente da alcuni contributi dottrinali abbastanza recenti che isolano quelle relative al *falsus procurator* senza tenere conto della stretta connessione esistente con quelle in tema di *falsus creditor* ⁽⁵⁰⁾, si intendono esaminare ambedue le figure che risultano esplicitamente avvicinate in D. 47.2.43 pr.-1 (Ulp. 41 *ad Sab.*) ⁽⁵¹⁾. Non solo. Rispetto agli studi portati avanti in argomento mi propongo di ampliare lo spettro d'indagine, prendendo in considerazione anche quei testi che descrivono la riscossione in malafede di quanto non dovuto in seguito all'intervento di una simulazione non in relazione alla persona, ma in relazione all'oggetto del pagamento. Si esamineranno quindi anche quelle testimonianze in cui il tradente consegnava qualcosa al soggetto a cui intendeva consegnarla, effettuando però una prestazione che non gli doveva oppure gli doveva solo parzialmente, per verificare se e in che misura anche tale condotta fosse perseguita tramite l'*actio furti* ⁽⁵²⁾.

Altro obiettivo della ricerca è invero quello di mettere a fuoco se la condotta di chi riscuoteva quanto sapeva non essergli dovuto abbia continuato ad essere sanzionata come furto nel pieno dell'età classica ⁽⁵³⁾, in coincidenza con il momento in cui

⁽⁵⁰⁾ Il riferimento è a MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., pp. 214 ss., che si limita a dare per scontata la vicinanza delle due figure (p. 215): « Es lag daher nahe, die *furtum*-Regel vom *falsus creditor* auch auf den *falsus procurator* auszudehnen », e a J.A.C. THOMAS, *A Note on falsus procurator*, in Studi G. Grosso, 3, Torino 1968, pp. 419 ss.

⁽⁵¹⁾ Sul passo si vedano specificamente *infra* §§ 2 e 3, nonché *infra* § 34 e § 36.

⁽⁵²⁾ A tale ipotesi di simulazione di un credito inesistente è dedicata la sezione 1 del capitolo III.

⁽⁵³⁾ Oggetto di quest'indagine è solo la fattispecie classica di furto punita nell'ambito del processo formulare; fuoriesce pertanto dagli obiettivi che questo lavoro si propone di perseguire la fase storica successiva di persecuzione pubblica del furto (per un cenno al momento del declino della fattispecie privatistica si veda *infra* § 12), nonché quella di persecuzione dello stellionato, figura sorta più tardi per sanzionare ogni astuzia o furberia tesa a sorprendere la buona fede del terzo ed avente forse un ruolo speculare nel diritto criminale rispetto a quello proprio dell'*actio de dolo* nel diritto

il numero dei casi sanzionati con l'*actio furti* si andava via via assottigliando. Infatti è ben noto che la più antica giurisprudenza laica fosse arrivata a delineare una nozione molto lata e indeterminata di *furtum*, che sanzionava ogni atto doloso che non fosse classificabile sotto una diversa qualificazione giuridica e che si concludesse per il soggetto leso genericamente con una perdita o con uno svantaggio relativamente ad una cosa ⁽⁵⁴⁾. Ma a questa vastissima nozione reagì l'ultima giurisprudenza repubblicana, che procedette ad un'attività sistematica di limitazione e di precisazione che è stata definita come « uno stadio interessantissimo dell'esperienza giuridica romana ... in cui si misura ... nel campo dell'illecito privato, la capacità creativa dei giuristi e dei magistrati romani » ⁽⁵⁵⁾. Proprio nel momento di ridefinizione della nozione di furto e di circoscrizione del relativo profilo subiettivo ed obiettivo, si pose probabilmente all'attenzione dei *prudentes* il problema se la riscossione consapevole dell'indebito dovesse continuare ad essere qualificata come furto. Gli interrogativi a cui si vuole dare risposta in questa sede riguardano quindi non solo se la fattispecie in questione costituisse sempre furto e in che termini il *falsus creditor* fosse distinto dal *falsus procurator*, nonché dallo *sciens indebitum accipiens*, ma arrivano a coinvolgere più ampiamente la questione se la riscossione di quanto non dovuto, nella complessa fase evolutiva che coinvolse questo delitto, sia sempre rimasta disciplinata come furto o se invece il suo destino sia stato quello di essere attratta nell'ambito di tutela di quel nuovo rimedio processuale escogitato dal pretore per punire ogni comportamento genericamente riprovevole e cioè l'*actio de dolo*.

privato, su cui si rinvia a GAROFALO *La persecuzione dello stellionato* cit., in particolare pp. 111 ss.

⁽⁵⁴⁾ Così ALBANESE, *Furto* cit., p. 314.

⁽⁵⁵⁾ ALBANESE, *Furto* cit., p. 315. Sul processo di precisazione della nozione di *furtum*, si veda anche IDEM, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in AUPA, 28, 1961, pp. 306 s.

2. *La definizione di falsus creditor nella testimonianza ulpiana.*

La testimonianza da cui non può assolutamente prescindere quando si affronta l'argomento del furto dell'accipiente in malafede, è senza dubbio quella posta all'inizio del frammento 43 del titolo 47.2 *De furtis*, tratto dal commentario ulpiano *ad Sabinum*. Il *principium* del frammento enuncia infatti una regola di carattere generale:

D. 47.2.43 *pr.* (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Falsus creditor (hoc est is, qui se simulat creditorem), si quid acceperit, furtum facit nec nummi eius fient* ⁽⁵⁶⁾.

Nel brano Ulpiano riferisce del percepimento di *nummi* da parte di un falso creditore. In un primo momento l'espressione utilizzata nel testo è *quid acceperit* senza che sia specificato quale fosse l'oggetto della consegna, ma poi in seguito vengono menzionati i *nummi* e quindi il danaro in monete specificamente determinate. Secondo il giurista il falso creditore che riceveva queste monete commetteva senz'altro furto.

Il passo è stato riconosciuto dalla letteratura come sostanzialmente genuino, salvo qualche sospetto infondato sulla parte finale *nec nummi eius fient* ⁽⁵⁷⁾ e più spesso sull'inciso *hoc ... creditorem* ⁽⁵⁸⁾, collocato tra parentesi dall'editore. Tale inciso

⁽⁵⁶⁾ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 2, Lipsiae 1889 [rist. Roma 2000], § 2869, c. 1165.

⁽⁵⁷⁾ HUVELIN, *Études* cit., pp. 552 sostiene che il tempo futuro di *fient* mal si adatta al tempo presente di *facit*: sarebbero stati i compilatori ad aggiungere questa proposizione per rendere il testo corrispondente a quello successivo di Nerazio, dove si parla della proprietà del danaro.

⁽⁵⁸⁾ Cfr., in tale senso, J. PARTSCH, *Die Lehre von Scheingeschäfte im römischen Rechte*, in ZSS, 42, 1921, p. 256 nt. 1, S. SOLAZZI, *Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*, in AG, 91, 1924, p. 157, ora in Scritti di diritto romano (1913-1924), 2, Napoli 1957, p. 598, ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 91 nt. 15, THOMAS, *A Note* cit., p. 410, ANGELINI, *Il "procurator"* cit., p. 213 nt. 149, HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 4; considera solo possibile, e non certo, che l'inciso tra parentesi rappresenti un glossema postclassico, JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. 53; non prende posizione sul punto, MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., p. 217 nt. 16, che, pur concordando con chi considera la frase «erklärende Glosse», evidenzia come il verbo *simulare* indichi esplicitamente la malafede del falso procuratore; si esprime in termini analoghi a

viene ritenuto da sopprimere nella convinzione che l'epiteto *falsus* esuli da ogni idea di menzogna e di inganno e stia ad indicare semplicemente il non creditore a prescindere da finzioni o raggiri; secondo tale opinione si tratterebbe di un glossema postclassico, inserito al fine di riferire l'attributo falso ai raggiri e alle finzioni ⁽⁵⁹⁾.

Invero la convinzione di parte della critica romanistica nel senso che il falso creditore fosse semplicemente il non creditore si fonda sulla parallela idea che il falso procuratore fosse il non mandatario ⁽⁶⁰⁾. È del resto ben noto che per lungo tempo

Medicus pure B.W. MITTELSTEN SCHEID, *Die Vorliebe des L. Neratius Priscus für das Subjektive*, Heidelberg 1976 [Dissertation], p. 4 nt. 1; si dichiarano invece nel senso della classicità anche dell'inciso F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpian's Sabinus-Commentar*, Halle 1906, p. 79, P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà. Corso di diritto romano*, Milano 1952, p. 149 e IDEM, "Diligentia", "custodia", "culpa". *I dati fondamentali*, in SDHI, 56, 1990, p. 51 nt. 46, ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano cit.*, p. 91 nt. 15. Citano il passo anche VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten cit.*, 3, p. 413, HUVELIN, *Études cit.*, pp. 499, 551, 656, F. SCHWARZ, *Die Grundlage der conditio in klassischen römischen Recht*, Münster - Köln 1952, p. 111, N. DUMONT-KISLIAKOFF, *La simulation en droit romain*, Paris 1970, p. 175, F. GNOLI, "Rem privatam de sacro surripere" (Contributo allo studio della repressione del "sacrilegium" in diritto romano), in SDHI, 40, 1974, p. 192 nt. 126, BREMER, *Leistung cit.*, pp. 5 s., O. MILELLA, *Il consenso del "dominus" e l'elemento intenzionale del furto*, in BIDR, 91, 1988, p. 391 nt. 1 e R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*², Padova 2001, p. 162. Menzionano il passo pure W. FLUME, *Zur Lehre von der Stellvertretung*, in *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1990, p. 90 (ma, come evidenzia già C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in SDHI, 57, 1991, p. 355 nt. 72, il riferimento è al § 1, anziché al principium del frammento 43) e E.H. POOL, *Causa van bezit, verjaring en eigendom naar klassiek Romeins recht*, Amsterdam 1995, p. 121 nt. 169.

⁽⁵⁹⁾ Così SOLAZZI, *Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur cit.*, p. 157.

⁽⁶⁰⁾ I riferimenti al *falsus procurator* sono sempre e indifferentemente ritenuti spuri dalla letteratura più risalente, cfr. per esempio E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, estr. da *Studi di scienze giuridiche e sociali dell'Università di Pavia*, 6, 1921, p. 10, ora in *Studi di diritto romano. Obbligazioni*, 3, Milano 1936, p. 509, G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 4, Tübingen 1920, p. 60, F. PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in *Festschrift Lenel*, Leipzig 1921, p. 233, ora in *Gesammelte Abhandlungen*, 1, Heidelberg 1961, p. 411, F. SERRAO, *Il procurator*, Milano 1947, p. 98, SOLAZZI, *L'errore cit.*, p. 159, HAYMANN, *Grenzen cit.*, p. 15, V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949, p. 78. In un secondo momento si sono voluti distinguere i casi in cui l'espressione *falsus procurator* comparisse nei testi con riferimento a chi simulava di essere *procurator*, da quelli in cui il sintagma indicasse il gestore spontaneo; solo in quest'ultima ipotesi la terminologia era ritenuta di matrice senza dubbio compilatoria: così G. DONATUTI, *Studi sul procurator. 2. Verus et falsus procurator*, in

l'istituto del *falsus procurator* abbia rappresentato un problema a sé stante, alla luce della convinzione che l'attributo *falsus* fosse in realtà un inserimento della mano giustiniana. Secondo quella letteratura, i compilatori avrebbero sistematicamente modificato i testi classici inserendo il sintagma *falsus procurator* ogni volta che fosse menzionato, nei testi classici, il *procurator*-gestore, in quanto alla loro epoca *verus procurator* era il mandatario e *falsus procurator* il gestore spontaneo. Che

Annali Perugia, 36, 1922, ora in Studi di diritto romano, 1, Milano 1976, pp. 135 ss., SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., p. 52 nt. 33, ANGELINI, *Il "procurator" cit.*, p. 225, A. BURDESE, *Sul "procurator" (a proposito del volume di Piero Angelini)*, in SDHI, 37, 1971, p. 327. Nel senso invece dell'ormai comunemente condivisa classicità del *falsus procurator* nella sua accezione di chi appariva essere *procurator* senza in realtà esserlo, cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht. 2. Die nachklassischen Entwicklungen*, München 1975, pp. 100 s. nt. 7 e, da ultimo, G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio. II.1. Requisiti delle actiones negotiorum gestororum*, Cassino 2003, pp. 404 s., in particolare nt. 141. In generale sull'istituto del *procurator omnium rerum*, nell'ambito della sterminata letteratura mi limito ad indicare alcuni contributi, rimandando agli stessi per indicazioni bibliografiche più ampie: G. DONATUTI, *Studi sul procurator. I. Dell'obbligo di dare la cautio ratam rem dominum habiturum*, in AG, 89, 1923, pp. 109 ss., ora in Studi di diritto romano, 1, Milano, 1976, pp. 103 ss.; IDEM, *Studi sul procurator. II. Verus et falsus procurator*, in AUPA, 33, 1921, pp. 671 ss., ora in Studi di diritto romano, 1, Milano 1976, pp. 135 ss., P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, in Scritti giuridici varii, 3, Torino 1926, pp. 258 ss., SERRAO, *Il procurator cit., passim*, A. BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino 1950, pp. 37 ss., P. MEYLAN, *Per procuratorem possessio nobis acquiri potest*, in Festschrift Lewald, Basel 1953, pp. 105 ss., M. BRETONE, *Adquisitio per procuratorem?*, in Labeo, 1, 1955, pp. 280 ss., S. SOLAZZI, *La definizione del procuratore*, in RIL, 56, 1923, pp. 142 ss., ora in Scritti di diritto romano (1913-1924), 2, Napoli 1957, pp. 557 ss., IDEM, *Procuratori senza mandato*, in RIL, 56, 1923, pp. 735 ss., ora in Scritti di diritto romano (1913-1924), 2, Napoli 1957, pp. 569 ss., G. NICOSIA, *Acquisto del possesso per procuratorem e reversio in potestatem domini delle res furtivae*, in Iura, 11, 1960, pp. 189 ss., ora in Silloge: scritti 1956-1996, Catania 1998, pp. 137 ss., A. WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford 1961, pp. 36 ss., O. BEHREND, *Die Prokurator im klassischen römischen Zivilrechts*, in ZSS, 88, 1971, pp. 215 ss., R. QUADRATO, *D.3.3.1.pr. e la definizione di procurator*, in Labeo, 20, 1974, pp. 210 ss., G. MACCORMACK, *Nomination: Slaves and Procurators*, in RIDA, 23, 1976, pp. 191 ss., P. APATHY, *Procurator und solutio*, in ZSS 96, 1979, pp. 65 ss., A. WACKE, *Tilgungsakte durch Insichgeschäft. Zur Leistung eines Tutors oder Prokurators an sich selbst*, in ZSS, 103, 1986, pp. 223 ss., C. GARCIA VASQUEZ, *Algunas consideraciones en torno al procurator y a la negotiorum gestio*, in RIDA, 38, 1991, pp. 153 ss., M. KASER, *Stellvertretung und notwendige Entgeltlichkeit*, in ZSS, 74, 1991, pp. 146 ss., S. GIGLIO, *La relatio 19 di Q. Aurelio Simmaco e C.Th. 2,12,1: una rilettura*, in RIDA, 41, 1994, pp. 207 ss., U. KRENZ, *Der Besitzerwerb per procuratorem*, in Labeo, 43, 1997, pp. 345 ss.

i giustinianeî abbiano potuto effettuare questo inserimento, sostituendo la menzione del procuratore-gestore con l'espressione *falsus procurator*, è dimostrato — come è risaputo — soprattutto da una costituzione del Codice Giustiniano, emanata il 4 aprile 382 ⁽⁶¹⁾. Infatti essa, collocata sotto il titolo *De procuratoribus*, riproduce a grandi linee il testo della legge corrispondente, contenuta nel titolo *De cognitoribus et procuratoribus* del Codice Teodosiano, riportando però la locuzione *falsus procurator* assente nel testo originario. Il riferimento è ad un *procurator ad litem* che viene qui definito *falsus*, poiché non aveva ricevuto il mandato *a domino litis* e non aveva quindi la qualità di procuratore processuale ⁽⁶²⁾. Peraltro la circo-

(61) C. 2.12.24

IMPPP. GRATIANUS VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. PANCRATIO PU. *Licet in principio quaestionis persona debet inquiri procuratoris, an ad agendum negotium mandatum a domino litis habeat, tamen si falsus procurator inveniat, nec dici controversiae solent nec potest esse iudicium.* D. PRID. NON APRIL. CONSTANTINOPOLI ANTONIO ET SYAGRIO CONSS.

C.Th. 2.12.3

IMPPP. GRATIANUS, VALENTINIANUS ET THEODOSIUS AAA. PANCRATIO PRAEFFECTO URBI. *In principio quaestionis persona debet inquiri et utrum ad agendum negotium mandato utatur accepto. Quibus rite et solemniter constitutis potest esse sententia, praeteritis autem his nec dici controversiae solent nec potest esse iudicium.* ET CETERA. DAT. PRID. NON. APRIL. CONSTANTINOPOLI ANTONIO ET SYAGRIO CONSS.

(62) La legge sancisce il principio generale, in base al quale la legittimazione del *procurator* e degli altri rappresentanti processuali costituiva un presupposto processuale da verificare, prima di procedere alla trattazione del merito della causa; il giudice aveva l'obbligo di verificare la persona del sostituto processuale, nonché la sua legittimazione. A proposito delle locuzione *falsus procurator*, utilizzata dai compilatori giustinianeî per indicare il rappresentante non incaricato, anche nel caso in cui si trattasse di un "redlicher Geschäftsführer", citano le due leggi M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, p. 561 nt. 30. Sulla legge del Codice Giustiniano si vedano anche S. RICCOBONO, *Traditio ficta*, in ZSS, 34, 1913, p. 178 nt. 5, G. ROTONDI, *Studi sulle fonti del Codice giustiniano*, in Scritti giuridici, 1, Pavia 1922, pp. 200 s., E. ALBERTARIO, *Da Diocleziano a Giustiniano*, in Conferenze per il XIV centenario delle Pandette, 15 dicembre 530 — 15 dicembre 1930, Milano 1931, pp. 335 ss., ora in Studi di diritto romano, 5, Milano 1937, pp. 219 ss. e IDEM, *Contributi alla critica del Digesto*, in Studi di diritto romano, 6, Milano 1953, p. 97, L. CHIAZZESE, *Confronti testuali*, Cortona 1931, p. 176 ss., F. WIEACKER, *Lateinische Kommentare zum Codex Theodosianus*, in Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel, Leipzig 1931, p. 328, G.I. LUZZATTO, *Ricerche sull'applicazione delle costituzioni imperiali nelle province*, in Scritti di diritto romano in onore di Ferrini, Milano 1946, p. 268 nt. 1 e p. 282 nt. 1, B. MECKE, *Die Entwicklung des "procurator ad litem"*, in SDHI, 28, 1962, pp. 119 s., E. LEVY, *West-östliches Vulgarrecht und Iustinian*, in ZSS, 76, 1959, 32, ora in Gesammelte Schriften, 1, Köln-Graz 1963, p. 285, M. DE DOMINICIS, *Il rescritto di Costantino agli*

stanza che i giustinianeî intendessero come *falsus procurator* chi non avesse i poteri conferiti dal mandato non prova di per sé che i compilatori del Digesto abbiano sistematicamente modificato i testi dei giuristi classici in tale senso. E soprattutto non è provato che per *falsus procurator* non si possa intendere colui che apparentemente si presentava come legittimato a compiere un'attività per conto del *dominus*. Ma allora anche l'ipotesi interpolazionista sulla locuzione *falsus creditor* perde il suo punto d'appoggio e la soppressione dell'inciso *hoc ... creditorem* non risulta più giustificabile ⁽⁶³⁾.

Una volta ammessa la tanto controversa genuinità di *hoc ... creditorem*, si tratta di capire il significato della definizione ulpiana di *falsus creditor*. HAYMANN ha interpretato la breve frase nel senso che falso creditore non era chi fingeva di essere una persona diversa da quella che era, inducendo in errore il *solvens*, ma, più semplicemente, chi era consapevole di non essere titolare della pretesa ⁽⁶⁴⁾. Ora, il verbo *simulare* può essere sì inteso in un'accezione ampia, nel senso di dare l'apparenza di essere un creditore, magari semplicemente tramite un comportamento reticente, ma può anche essere letto in modo più restrittivo, nel senso di porre in essere artifici e raggiri volti al preciso scopo di indurre in errore il debitore e di fargli credere

umbri, in Scritti romanistici, Padova 1970, p. 44 nt. 84, IDEM, *Il "concilium provinciae" nell'organizzazione amministrativa del Basso Impero*, in Scritti romanistici, Padova 1970, p. 270 nt. 44, BEHREND, *Die Prokurator cit.*, p. 251 nt. 141, S. SOLAZZI, *Sulle costituzioni del II libro del Codex Iustinianus*, in Scritti di diritto romano, 6, Napoli 1972, p. 30, N. SCAPINI, *Appunti per la storia del mandatam incertum*, in Studi G. Donatuti, 3, Milano 1973, pp. 1209 ss., C. DUPONT, *Traits caractéristiques*, in RIDA, 21, 1974, p. 208 nt. 115, DONATUTI, *Studi sul procurator cit.*, 2, p. 149, J. GAUDEMET, *La personne. Droit et morale au Bas-Empire*, in Atti Accademia Costantiniana, 8, Napoli 1990, p. 76 nt. 39, T. HONORÉ, *Law in the Crisis of Empire (379-455 AD.)*. *The Theodosian Dynasty and its Quaestors*, Oxford 1998, pp. 73 ss. e M. DEL GENIO, *C.Th. 2.12.3*, in P. BIAVASCHI, I. FARGNOLI, M. DEL GENIO *cur.*, *La legislazione di Teodosio I (375-395)*. I primi quattro libri del Codice Teodosiano. Materiali per una Palingenesi delle costituzioni tardo-imperiali, in Rivista di Diritto Romano. Periodico di storia del diritto romano, di diritti antichi e della tradizione romanistica medioevale e moderna, 2005, sul sito www.ledonline.it/rivistadidirittoromano/, pp. 109 ss.

⁽⁶³⁾ Sulla genuinità dell'inciso *hoc ... creditorem*, cfr. già MEDICUS, *Zur Leistungsannahme cit.*, p. 217, THOMAS, *A Note cit.*, p. 410 e ASTOLFI, *I libri tres cit.*, p. 162.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. HAYMANN, *Grenzen cit.*, p. 4.

di essere quello che non era e cioè il creditore ⁽⁶⁵⁾. La questione se protagonista del passo fosse un soggetto che dava l'apparenza di essere creditore, mentre non era tale, oppure chi più gravemente realizzasse una condotta di furberie e di inganno del tradente, s'intreccia invero con quella dell'attribuibilità del testo e cioè se esso possa ascriversi interamente ad Ulpiano o se invece vi sia qualche parte che possa appartenere al pensiero di Sabino, che Ulpiano stava commentando. In effetti autorevole letteratura si esprime nel senso che il passo di D. 47.2.43 pr. sia da attribuirsi al pensiero di Sabino ⁽⁶⁶⁾. Chi sostiene quest'idea si pone peraltro il problema di quanto del testo sia sabiniano e di quanto sia invece ulpiano, prospettando ora l'ipotesi che solo l'inciso *hoc ... creditorem* costituisca un inserimento di Ulpiano stesso ⁽⁶⁷⁾, ora quella che sia sabiniano l'intero testo, compreso l'inciso, con il corollario che il giurista epiclassico non avrebbe

⁽⁶⁵⁾ Sull'ampio arco di comportamenti abbracciati dai termini *simulare* e *simulatio* nel senso di comportamenti mendaci e riprovevoli di varia natura tali da permettere alle parti di conseguire con essi scopi diversi da quelli propri o anche a creare mere apparenze atte a fare credere alla conclusione di un atto di un certo tipo, mentre nessun atto veniva concluso o ne veniva concluso uno diverso, si rinvia agli studi di G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici. Studio di diritto romano*, Padova 1938, pp. 1 ss. e IDEM, *v. Simulazione (Diritto romano)*, in NNDI, 17, 1970, pp. 351 ss., nonché a M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, 1, Milano 1973, pp. 133 s. Sull'uso antico del verbo *simulare*, attestato già in Plauto — Plaut., *Amph.*, 200 (*verum quasi adfuerim tamen simulabo*), Plaut., *Mil.*, 908 (*Quasi militi animum adiecieris, simulare*), Ter., *Heautontim.*, 636 (*non simulare mortem verbis, re ipsa spem vitae dare*), Ter., *Andr.*, 375 (*quid igitur sibi volt pater? Quor simulat?*), Cic., *De inv.*, 2.20.61 (*aliud agatur, aliud simuletur*), Cic., *De off.*, 3.14.60 (*cum esset aliud simulationum, aliud actum*) — e ritenuto più risalente del sostantivo *simulatio*, si veda ancora PUGLIESE, *v. Simulazione* cit., p. 351; precisa che sia il sostantivo sia il verbo erano comunque abbastanza rari nella lingua latina DUMONT-KISLIAKOFF, *La simulation* cit., p. 15, che dà un'efficace definizione di *simulare*: « c'est-à-dire, d'après les définitions habituelles, faire paraître comme réelle une chose qui ne l'est pas, synonyme de feindre, est une attitude fréquente dans la pratique courante, et plus spécialement dans les rapports juridiques. Cette attitude s'explique psychologiquement par le désir de conserver secrètes certaines tractations, de tromper l'autorité ou le contractant, ou encore d'effectuer des opérations que l'organisation juridique n'a pas encore prévues en aménageant des formes anciennes ».

⁽⁶⁶⁾ In tale senso SCHULZ, *Sabinus-Fragmente* cit., p. 79 s., VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* cit., 3, p. 413, HUVELIN, *Études* cit., p. 656, VOCI, *Modi di acquisto* cit., p. 149, SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., p. 52, ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., pp. 86 ss. e ASTOLFI, *I libri tres* cit., p. 162.

⁽⁶⁷⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 2869, c. 1165 e ASTOLFI, *I libri tres* cit., p. 162.

aggiunto nulla di suo nel riportare il pensiero del suo illustre antesignano ⁽⁶⁸⁾.

Lasciandosi in sospenso per il momento una presa di posizione sul significato di *simulare se creditorem* ⁽⁶⁹⁾ e quindi sull'attribuzione della testimonianza, è da rilevarsi come, nel passo, Ulpiano accenni anche ad una questione che costituisce un altro addentellato fondamentale in ogni discorso in tema di pagamento ad un presunto accipiente e cioè quello della proprietà del danaro. Il giurista si chiede infatti se la dazione dei *nummi* fosse o meno in grado di trasferire la proprietà sugli stessi ed elabora una risposta negativa, *nec nummi eius fient*: il danaro non diventava di proprietà del *falsus creditor*. Sebbene su questo aspetto si avrà più volte modo di tornare ⁽⁷⁰⁾, è bene fin da ora constatare che, nella logica di Ulpiano, il riconoscimento della sussistenza del furto si lega necessariamente al mancato trasferimento della proprietà delle monete. Resta peraltro da capire quale sia il senso della collocazione della frase, *nec nummi eius fient*, alla fine del testo. Sorge insomma l'interrogativo se la precisazione relativa all'appartenenza del danaro sia, nel ragionamento del giurista, semplicemente in stretta concatenazione con la commissione del delitto di furto o se esista invece un ordine logico tra i due dati, tale per cui fosse proprio la commissione del furto ad impedire il trasferimento della proprietà ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁸⁾ SCHULZ, *Sabinus-Fragmente* cit., p. 80 e Voci, *Modi di acquisto* cit., p. 149.

⁽⁶⁹⁾ Il problema del significato da attribuire all'espressione *simulare se creditorem* costituisce uno dei fulcri dell'indagine che si sta conducendo e riguarda il significato della definizione ulpiana del falso creditore. Se infatti essa imponesse per la configurabilità del furto la necessaria presenza di un vero e proprio inganno posto in essere dall'accipiente, come quello della simulazione d'identità, ciò escluderebbe a priori e categoricamente dal novero dei falsi creditori l'accipiente che percepiva il pagamento senza fingere l'identità stessa; sul punto si avrà modo di tornare alla luce dell'esame di altri testi in tema di falso creditore, cfr. *infra* § 36.

⁽⁷⁰⁾ Fanno esplicito riferimento alla questione della proprietà del danaro diverse altre testimonianze che si prenderanno in considerazione: D. 43.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*) (cfr. *infra* § 3), D. 47.2.44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*) (cfr. *infra* § 7), D. 24.1.3.12 (Ulp. 32 *ad Sab.*) (cfr. *infra* § 8), D. 46.3.38.1 (Afric. 7 *quaest.*) (cfr. *infra* § 15).

⁽⁷¹⁾ Sul punto cfr., in particolare, *infra* § 15.

3. *La distinctio di Nerazio in tema di falsus procurator.*

Nel medesimo frammento 43 lo stesso Ulpiano, dopo avere nel *principium* riportato la definizione del falso creditore, passa bruscamente, nel § 1, a parlare del falso procuratore:

D. 47.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Falsus procurator furtum quidem facere videtur. sed Neratius videndum esse ait, an haec sententia cum distinctione vera sit, ut, si hac mente ei dederit nummos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem intercipiat, vera sit: nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non eius nomine accepit, cuius eos debitor fieri vult, et invito domino eos contrectando sine dubio furtum facit. quod si ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant, nullo modo eum furtum facere ait voluntate domini eos accipiendo* ⁽⁷²⁾.

Il brano, che rappresenta un cardine fondamentale nello studio del furto del falso procuratore, è celeberrimo ⁽⁷³⁾. Ulpiano esordisce con un principio di carattere generale, enunciando la regola che il *falsus procurator*, come già il falso creditore, commetteva sempre furto. Senza specificare chi fosse il falso procuratore e in che cosa differisse dal falso creditore, il giurista fa uso nel passo del verbo *videtur* riferito a *facere furtum*,

⁽⁷²⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 2869, c. 1165.

⁽⁷³⁾ Il passo è stato molto studiato e variamente interpretato dalla critica romanistica: PEROZZI, *Della tradizione* cit., pp. 50 ss., HUVELIN, *Études* cit., pp. 551 ss., 656, 783, FITTING, *Sciens indebitum accipiens* cit., pp. 9 ss., JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., pp. 43 s., VOCI, *Modi di acquisto* cit., p. 149 e IDEM, *Diligentia, custodia, culpa*, in SDHI 56, 1990, p. 51 nt. 46, MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., pp. 214 ss., ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., pp. 86 ss., pp. 92 ss., p. 224, p. 226, p. 239 nt. 352, p. 264, p. 267 nt. 428, p. 276 nt. 439, p. 282 nt. 445, p. 285 nt. 451, THOMAS, *Animus furandi* cit., p. 24 nt. 109 e, più specificamente sul passo, IDEM, *A Note* cit., pp. 409 ss., DUMONT-KISLIAKOFF, *La simulation* cit., p. 22 nt. 6, ANGELINI, *Il "procurator"* cit., pp. 213 ss., GNOLI, *"Rem privatam de sacro surripere"* cit., p. 192 nt. 126, A. WACKE, *Die Zahlung mit fremdem Geld. Zum Begriff des pecuniam consumere*, in BIDR, 79, 1976, p. 51 nt. 10, T. GIARO, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz*, in BIDR, 90, 1987, p. 17 nt. 50 e p. 60 nt. 200, MILELLA, *Il consenso* cit., p. 403 nt. 45, H.P. BENÖHR, *Der Brief. Korrespondenz, menschlich und rechtlich gesehen. Ciceros Briefe an Atticus und die Rechte an Briefen in Rom*, in ZSS, 115, 1998, p. 133 nt. 126, ASTOLFI, *I libri tres* cit., p. 162 e, da ultimo, F. KLINCK, *Erwerb durch Übergabe an Dritte nach klassischem römischem Recht*, Berlin 2004, pp. 224 ss.

lasciando intendere subito una maggiore prudenza nel sancire la responsabilità per furto del *falsus procurator* rispetto a quella del *falsus creditor* che semplicemente — come è precisato nel *principium* — *furtum facit*. Immediatamente dopo il giurista introduce, con la citazione dell'autorità di Nerazio ⁽⁷⁴⁾, una *distinctio* tra due fattispecie. Il primo caso è quello del *solvens* che pagava con l'idea che il danaro arrivasse non a colui a cui lo consegnava, ma al creditore della somma (*ut si hac mente ei dederit nummos debitor ut eos creditori perferret*). Ebbene, il *falsus procurator* che riceveva tale danaro era considerato responsabile di furto. In effetti, come Ulpiano specifica, il *procurator* operava *invito domino*, poiché incassava quanto il traente non intendeva trasferire a lui e quindi incassava contro la volontà del *dominus* del danaro. Più precisamente, il giurista si esprime con la frase *invito domino eos contrectando*, facendo uso del termine *contrectare* e puntualizzando così che il contatto

(74) La figura di Nerazio ha particolarmente attirato l'interesse della letteratura sia per la sua famiglia di origine, di cui oltre al giurista è particolarmente noto il fratello Marcello, sia per la sua opera; si vedano in particolare: G. GROSSO, *Congetture di glossemi pregiustiniane nei frammenti dei "Libri regularum" di Nerazio*, in Atti Reale Accademia delle Scienze di Torino, 67, 1931-1932, pp. 155 ss., ora in Scritti storico giuridici. 1. Storia diritto società, Torino 2000, pp. 24 ss., A. BERGER, *v. Neratius 15*, in RE, 16.2, 1935, c. 2549 ss., R. SYME, *The Jurist Neratius Priscus*, in Hermes, 85, 1957, pp. 480 ss., G. SCHERILLO, *Adnotationes gaianae. II. Gaio e Nerazio*, in Antologia giuridica romanistica ed antiquaria, 1, Milano 1968, pp. 77 ss., ora in Scritti giuridici. 1. Studi sulle fonti, Milano 1992, pp. 57 ss. R. GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe 1973, *passim*, su cui cfr. le recensioni di R. KNÜTEL, in Iura, 25, 1974, pp. 145 ss., F. BONA, in SDHI, 40, 1974, pp. 504 ss. e F. HORAK, in ZSS, 92, 1975, pp. 314 ss., W. ECK, *v. Neratius 15*, in RE Suppl., 14, 1974, c. 286, IDEM, *Zur Familie der Neratii aus Saepinum*, in Zeitschrift für Papirologie und Epigraphik, 50, 1983, pp. 195 ss., A.M. HONORÉ, *A Study of Neratius and a Reflection on Method*, in TR, 43, 1975, pp. 223, G. CAMODECA, *La carriera del giurista Nerazio Prisco*, in Atti Accademia Scienze Morali e Politiche, 87, Napoli 1976, pp. 19 ss., MITTELSTEN SCHEID, *Die Vorliebe* cit., *passim*, V. SCARANO USSANI, *Ermeneutica, diritto e "valori" in L. Nerazio Prisco*, in Labeo, 23, 1977, pp. 146 ss., IDEM, *Valori e storia nella cultura giuridica tra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979, pp. 5 ss., G.A. PENTITI, *Iscrizioni inedite della gens Neratia di Saepinum*, in Studi Romani, 26, 1978, pp. 544 ss. (cfr. anche in L'année épigraphique, 1978, nr. 287-289, p. 78), F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, pp. 49 ss. e p. 274, L. VIDMAN, *Die Familie des L. Neratius Marcellus*, in Zeitschrift für Papirologie und Epigraphik, 43, 1981, pp. 377 ss., F. SITZIA, *Il conservatorismo di Nerazio*, in Labeo, 29, 1983, pp. 33 ss., J. MAIFELD, *Die aequitas bei L. Neratius Priscus*, Trier 1991, cui si rinvia (pp. 142 ss.) per altre indicazioni bibliografiche, e da ultimo S. NAPPI, *Ius finitum*, Bari 2005, in particolare pp. 55 ss.

materiale avveniva contro la volontà del proprietario dello stesso.

Il secondo caso presenta invece una soluzione antitetica: non sussisteva furto, poiché chi pagava aveva l'intenzione di trasferire i *nummi* a chi li consegnava e non già all'effettivo creditore (*si ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant*)⁽⁷⁵⁾. Pertanto in questa ipotesi il *falsus procurator* non era un ladro. Nel risolvere i due casi in modo contrapposto Ulpiano sembra dare invero rilievo allo scopo per cui il tradente consegnava la cosa: se voleva che il danaro diventasse del creditore, era furto; se invece voleva che esso diventasse del *procurator*, non era furto. A prescindere dalla condotta dell'accipiente, risulterebbe quindi essenziale lo scopo perseguito dal tradente con la consegna. Non può non sorprendere la soluzione del secondo caso e cioè il fatto che il *procurator*, pur essendo in malafede e sapendo quindi che i *nummi* non spettavano a lui, non commetteva furto. Oltre alla volontà del tradente, un altro dato sembra influire sulla soluzione della fattispecie. Si tratta della questione della proprietà del danaro, a cui faceva riferimento già il *principium* del frammento 43 con la frase *nec nummi eius fient*. Nel primo caso descritto nel §1, il danaro rimaneva del debitore (*nam et manent nummi debitoris*) e non si verificava il trasferimento della proprietà dal debitore al *falsus procurator*, mentre nel secondo *nummi procuratoris fiant*, per cui l'accipiente diventava proprietario del danaro.

In letteratura le difficoltà interpretative del passo hanno più volte indotto gli autori moderni a mettere in discussione la genuinità di esso, con dubbi sia sulla motivazione del primo caso, l'inciso da *nam* a *facit*⁽⁷⁶⁾, sia sull'attributo *falsus*⁽⁷⁷⁾. In

(75) ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, p. 88 rileva che in questo caso si trattava di un *procurator in rem suam*, dato che già la Glossa avrebbe posto in evidenza; considera il passo, nell'ambito della sua ricerca sull'acquisto tramite il *procurator*, KLINCK, *Erwerb* cit., p. 226, ritenendolo significativo soprattutto per la frase *nam et manent ... fieri vult*, che lascerebbe intendere a *contrario* come il procuratore acquistava la proprietà del danaro, se operava nell'interesse del suo *dominus*.

(76) VON BESELER, *Beiträge* cit., 4, p. 60; non concorda con Beseler su questo intervento compilatorio nel testo SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., p. 52.

(77) VON BESELER, *Beiträge* cit., 4, p. 60, PRINGSHEIM, *Beryt* cit., pp. 411 ss., HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 13, DONATUTI, *Studi sul procurator* cit., 2, p. 148, ARANGIO-RUIZ, *Il mandato* cit., p. 78, ANGELINI, *Il "procurator"* cit., p. 214, SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., pp.

realtà già MEDICUS, in un articolo che snocciola ed esamina a fondo tutte le problematiche del passo di Nerazio, ha dimostrato in modo persuasivo l'autenticità del testo ⁽⁷⁸⁾.

Ma soprattutto si è discusso intensamente su quale sia il criterio discretivo tra le due fattispecie. Si proceda innanzitutto con un'analisi, almeno per sommi capi, delle più significative interpretazioni del passo prospettate in letteratura, rinviando alla fine del lavoro la specifica presa di posizione sulle stesse, possibile solo alla luce delle esegesi delle altre fonti in argomento ⁽⁷⁹⁾. Secondo VON VANGEROW, come si è avuto modo di accennare ⁽⁸⁰⁾, la differente soluzione dei due casi si giustifica alla luce del fatto che, mentre il primo concerne una *datio ob causam*, ovverosia un pagamento di un indebitum, il secondo dei due riguarda una *datio ob rem*, effettuata in vista del raggiungimento dello scopo della ratifica da parte del creditore. Un testo di Paolo, e in particolare la seconda fattispecie descritta dal giurista, è stato utilizzato da von Vangerow per avvalorare la sua distinzione tra *datio ob causam* e *datio ob rem* ⁽⁸¹⁾. Si tratta di un passo tratto dal commentario *ad Sabinum*, in cui Paolo cita Giuliano:

D. 12.4.14 (Paul. 3 *ad Sab.*): *Si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit, sed ipse dominus tenetur, ut Iulianus scribit. quod si dominus ratum non habuisset, etiamsi debita pecunia soluta fuisset, ab ipso procuratore repetetur: non enim quasi indebitum datum repetetur, sed quasi ob rem datum nec res secuta sit, ratihabitione non*

52 s. A favore della classicità dell'aggettivo si veda BURDESE, *Sul "procurator"* cit., p. 326; in generale sulla natura non necessariamente insitica della locuzione *falsus procurator* cfr. *supra* § precedente.

⁽⁷⁸⁾ MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., pp. 214 ss.

⁽⁷⁹⁾ Per la presa di posizione su tali ipotesi interpretative cfr. *infra* § 36.

⁽⁸⁰⁾ VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandecten* cit., 3, § 625, pp. 412 ss. Sul punto cfr. *supra* § 1.

⁽⁸¹⁾ VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* cit., 3, § 625, p. 416; cfr. anche in posizione adesiva GIRARD, *Manuale* cit., 417 nt. 1; che esista un nesso di collegamento tra D. 12.4.14 e la seconda parte di D. 47.2.43.1 è sostenuto anche da VOGLI, *Modi di acquisto* cit., pp. 150 s., secondo il quale entrambi i passi descriverebbero un pagamento al falso procuratore con l'intesa di restituzione in caso di mancata *ratihabitio*.

intercedente: vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator, cum quo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse ⁽⁸²⁾.

Nonostante il brano abbia dato molto da discutere in dottrina e sia stato molto spesso ritenuto rimaneggiato dai giustiniani (83), si ammette oggi pacificamente che esso descrivesse un pagamento effettuato ad un *falsus procurator*. Dopo avere citato un insegnamento di Giuliano, nel prosieguo del testo Paolo prospetta l'ipotesi in cui un pagamento fosse dovuto, ma fosse effettuato ad un *falsus procurator* (*etiamsi debita pecunia soluta fuisset*) ⁽⁸⁴⁾. Se non interveniva la ratifica del vero creditore, il tradente poteva convenire in giudizio non già il creditore

⁽⁸²⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 1, § 1644, c. 1257.

⁽⁸³⁾ Numerosi autori hanno ritenuto non classico l'aggettivo *falsus*: SOLAZZI, *L'errore* cit., p. 163; DONATUTI, *Studi sul procurator* cit., 2, pp. 143 s. e IDEM, *Le causae delle condictiones*, in *Studi Parmensi* 1, Milano 1951, p. 122, ora in *Studi di diritto romano*, 2, Milano 1977, p. 789. SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., p. 153. ANGELINI, *Il "procurator"* cit., p. 234. BURDESE, *Sul "procurator"* cit., p. 315. *Contra*, PIKA, *Ex causa furtiva* cit., p. 61 e CANNATA, *Atto* cit., p. 355 nt. 75; rimane incerto sul punto FLUME, *Zur Lehre* cit., p. 91. In molti si sono "sbizzarriti" nel prospettare quali parti del frammento non sarebbero genuine: per esempio, lo ritengono genericamente interpolato G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, in *ZSS*, 46, 1926, p. 141 nt. 1 e HAYMANN, *Grenzen* cit., pp. 11 ss., E. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti*, in *ZSS*, 17, 1896, p. 153 nt. 1; giudicano aggiunta la frase finale *nec res secuta ... posse* A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, 3.1, Halle 1892, p. 289 nt. 4 e SOLAZZI, *L'errore* cit., pp. 163 s.; secondo E. SACHERS, *Die Haftung des auftragslosen Geschäftsführers*, in *SDHI*, 14, 1938, p. 327 nt. 59 risultano interpolati la frase *si dominus ... tenetur* e gli incisi *quod ... repetetur, quasi indebitum ... vel*; secondo SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., 157 s. non sono genuini gli incisi *etiamsi debita ... fuisset, ab ipso procuratore repetetur, non enim ... non intercedente* e l'ultima frase *vel quod ... posse*; A. CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung im römischen Privatrecht*, Berlin 1973, p. 293 ritiene insiticia l'intera proposizione finale *quod si dominus ... posse*. Considerano rapidamente il passo anche I. KOSCHEMBAHL-LYSKOWSKI, *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, 1, Weimar 1903, p. 193 nt. 3, SERRAO, *Il procurator*, cit., p. 98, R. QUADRATO, *D.3.3.1.pr.* cit., p. 213 nt. 20, pp. 215 s., MITTELSTEN SCHEID, *Die Vorliebe* cit., p. 33 nt. 2, STOLMAR, *Die formula* cit., p. 8 nt. 45, p. 16 nt. 83, p. 17 nt. 91. Per la genuinità del testo si vedano, da ultimo, L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione e le qualificazioni del dare in Paul. 17 ad Plaut. D. 12.6.65. Contributo allo studio della condictio*, in *SDHI*, 64, 1998, pp. 118 s. e FINAZZI, *Ricerche* cit., 2.1, p. 235 nt. 382, nonché il mio "*Alius solvit, alius repetit*". *Studi in tema di indebitum condicere*, Milano 2001, pp. 109 ss.

⁽⁸⁴⁾ Giudicano insiticia tale frase PERNICE, *Labeo* cit., 3.1, p. 289 nt. 4, SOLAZZI, *L'errore* cit., p. 163 s., SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., p. 152.

stesso, ma il suo apparente legittimato che aveva materialmente percepito il pagamento. Paolo evidenzia infatti che tale pagamento era dovuto, ma era effettuato in vista del raggiungimento di un determinato scopo e cioè in vista dell'intervento di una ratifica del *dominus* del *procurator*. Fu perché tale evento non si era verificato (*ratihabitione non intercedente*) che si prospettò la possibilità della ripetizione del non dovuto e, siccome la ratifica rappresentava la circostanza in vista della quale era stata disposta l'attribuzione patrimoniale, il debitore si trovava ad avere prestatato (*ob rem datum*) in vista del raggiungimento di uno scopo che non aveva trovato integrazione (*res non secuta*).

Secondo Von Vangerow quindi Paolo distingue tra *datio ex causa* e *datio ob rem* e, in particolare, tra pagamento effettuato in assenza di *causa*, da ritenersi furto, e pagamento invece effettuato con l'intenzione che l'accipiente trasmettesse il danaro al creditore o che il creditore ratificasse il pagamento stesso, da ritenersi semplicemente ripetibile ⁽⁸⁵⁾. In questo secondo caso infatti la malafede del *procurator* non avrebbe interferito sulla efficacia del trasferimento della proprietà, per cui il falso procuratore sarebbe diventato immediatamente proprietario del danaro. Per tale ragione il falso procuratore in questa ipotesi non poteva essere responsabile di furto ed era convenuto con la *condictio causa data causa non secuta*. In questo preciso senso, secondo l'autore tedesco, sarebbe da intendere anche la distinzione di Nerazio in D. 47.2.43.1: nel primo caso il falso procuratore commetteva furto perché percepiva un indebito, nel secondo invece non lo commetteva perché il tradente aveva, al momento del pagamento, l'idea che l'accipiente avrebbe subito trasferito al creditore la somma di danaro o che il creditore avrebbe ratificato tale pagamento.

Critica von Vangerow FERRINI ⁽⁸⁶⁾, secondo il quale addurre la *datio ob rem* come ragione della diversa soluzione delle due fattispecie è argomentazione estremamente debole. Il passo di D. 47.2.43.1 non si può interpretare se non congiuntamente a D.

⁽⁸⁵⁾ VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* cit., 3, § 625, p. 415: « man giebt das Eigenthum hin in der Erwartung, dass der Empfänger es an unsren Gläubiger übertragen, oder der Gläubiger unsre Hingabe ratihabiren werde ».

⁽⁸⁶⁾ FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto* cit., p. 155.

47.2.81(80).5-6 ⁽⁸⁷⁾ e quindi tenendo conto del tipo di errore del tradente, che poteva cadere sulla qualità del creditore o sull'individualità dello stesso; solo nel secondo caso l'errore sulla persona avrebbe viziato la volontà del tradente e avrebbe dato luogo a una fattispecie di furto; nel primo caso invece l'accipiente avrebbe incassato in conformità al volere del *dominus* del danaro.

Non condivide l'opinione di von Vangerow neanche PEROZZI ⁽⁸⁸⁾, che, attirando l'attenzione sulla causa della *traditio*, sostiene come la distinzione descritta da Nerazio sia tra il caso del versamento del danaro al procuratore e quello del versamento del danaro al procuratore perché venisse dato al suo *dominus*. Mentre in quest'ultima ipotesi il procuratore, quale messo, avrebbe acquisito la proprietà direttamente dal tradente, nella prima ipotesi si sarebbe trattato di un ricevere *sine causa*. Nerazio, pur non avendo in essa fatto riferimento alla causa, avrebbe voluto dire che veniva commesso il furto non perché mancava la causa, ma perché il procuratore riceveva il danaro non secondo la volontà del proprietario dello stesso e quindi *invito domino eos contrectando sine dubio furtum facit*. Il *falsus procurator* era quindi responsabile di furto, in quanto il tradente intendeva pagare ad un altro e non a lui.

Percorrendo un binario del tutto diverso rispetto a von Vangerow FITTING individua il passo di D. 47.2.43.1 quale "pietra d'angolo" di una presunta « querelle » tra proculiani e sabini in merito al furto di chi percepiva scientemente un indebito ⁽⁸⁹⁾. Il passo rappresenterebbe, in sostanza, la prova tangibile di un vivido dibattito giurisprudenziale. Secondo Ulpiano sia il falso creditore sia il falso procuratore commettevano senza dubbio furto, ma il giurista « commende par exposer cete doctrine, qui est la sienne, et lui oppose par un *sed* celle de Neratius qu'il rapporte sans la critiquer » ⁽⁹⁰⁾. Proprio il *sed* nel testo sarebbe da leggere nel senso della presenza di un'opinione antitetica rispetto a quella ulpiana, sebbene poi manchi l'esplicita critica dell'insegnamento del suo antesignano. Mentre la

⁽⁸⁷⁾ Sul passo si vedano *infra* §§ 10 e 16.

⁽⁸⁸⁾ PEROZZI, *Della tradizione* cit., p. 50 ss.

⁽⁸⁹⁾ Si è già accennato a questa interpretazione: cfr. *supra* § 1.

⁽⁹⁰⁾ FITTING, *Sciens indebitum accipiens* cit., p. 43.

frase *Falsus procurator furtum facere videtur* sarebbe senza dubbio di Ulpiano, le parole *nullo modo eum furto facere, voluntate domini eos accipiendo* sarebbero invece da ascrivere al proculiano Nerazio, che avrebbe voluto così mettere in evidenza come alla malafede del *procurator* non conseguisse necessariamente la responsabilità per furto. Peraltro « Neratius fait une petit concession à la formule de ses adversaires ⁽⁹¹⁾ », affermando che il falso procuratore era però da considerarsi un ladro in un caso eccezionale e cioè nell'ipotesi della prima fattispecie, in cui il debitore avesse consegnato il danaro a chi aveva l'incarico di riceverlo per conto del creditore. In tutti gli altri casi invece il procuratore non commetteva furto, perché la malafede dell'accipiente non invalidava la *traditio*, se sussisteva la volontà del debitore di trasferire la proprietà del danaro. In definitiva, secondo l'autore, il § 1 del frammento 43 non sarebbe altro che la negazione del *principium* dello stesso frammento e rappresenterebbe la prova del fervido dibattito giurisprudenziale sul furto del falso creditore e quello del falso procuratore. Ulpiano avrebbe sì espresso la sua regola sul furto del falso creditore e del falso procuratore, ma avrebbe poi esposto l'opinione dei suoi avversari proculiani, contro la quale egli stesso protestava vivamente.

Nessun cenno al dibattito dei giureconsulti fa HEINRICH LANGE, secondo il quale la sussistenza o meno del furto dipendeva piuttosto da una valutazione comparata dell'« Hingabewille » del *solvens* e del *dolus malus* dell'accipiente ⁽⁹²⁾. La differenza tra il primo e il secondo caso del passo consisterebbe allora nel fatto che, nel secondo, il *solvens* avrebbe considerato il *procurator* un semplice intermediario, per cui la sua volontà di trasferimento avrebbe avuto una rilevanza sicuramente inferiore rispetto a quando era in gioco — come accadeva nel primo caso — un vero e proprio trasferimento della proprietà.

È JOLOWICZ a condividere l'ipotesi di Fitting sulla disputa di scuola e a precisarla, interpretando la soluzione della prima fattispecie del passo come un'attestazione di « rule making it possibile for ownership to pass straight to a principal as soon as

⁽⁹¹⁾ FITTING, *Sciens indebitum accipiens* cit., p. 42.

⁽⁹²⁾ H. LANGE, *Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition*, Leipzig 1930, pp. 75 ss.

a thing was delivered to his agent only emerged during the classical period »⁽⁹³⁾. Secondo l'autore quindi, la consegna del debitore, al tempo di Ulpiano, aveva ormai effetti immediati a favore del presunto *dominus* del *procurator*, con la conseguenza del subintaneo passaggio di proprietà dal debitore al *dominus*, della liberazione del debitore stesso e della responsabilità per furto del *falsus procurator* nei confronti del *dominus*, mentre in precedenza, come attesta un passo di Africano D. 46.3.38.1 (Afric. 7 *quaest.*), il debitore non si liberava pagando al falso procuratore, che commetteva furto non già nei confronti del suo presunto *dominus*, ma nei confronti del debitore stesso che gli consegnava il danaro. Nonostante vi siano interpolazioni nel testo, l'autore ritiene che « the compilers did not interpolate either fully or carefully enough to produce a coherent doctrine », per cui il passo di 43.1 risulta comprensibile solo se si tengono presenti queste divergenze giurisprudenziali, nonché il definitivo riconoscimento di età epiclassica degli effetti diretti prodotti da chi operasse per conto altrui.

Ancora differente è la lettura di VOCI, che considera il testo come la prospettazione dell'alternativa tra malafede e buona fede del procuratore⁽⁹⁴⁾. Nel primo caso il falso procuratore che, a giudizio dell'autore, sarebbe il procuratore senza mandato, avrebbe inteso approfittare del danaro, mentre nel secondo si sarebbe accordato con il debitore nel senso che diventasse suo in attesa della ratifica del vero creditore, suo *dominus*. Nella prima fattispecie il procuratore era responsabile di furto perché non diventava proprietario del denaro, nella seconda invece, in seguito all'accordo, si verificava il trapasso di proprietà, con la conseguenza che il procuratore, divenuto proprietario, non poteva essere ritenuto autore del furto. Quindi in quest'ultima ipotesi la buona fede del procuratore sarebbe derivata dall'accordo tra il tradente e lui in merito al passaggio di proprietà.

Senza accennare all'interpretazione di Fitting, SCHWARZ ammette l'ipotesi di una « Sondermeinung »⁽⁹⁵⁾ di Nerazio nell'ambito delle opinioni della giurisprudenza classica. Secondo il giurista proculiano il furto del procuratore presupponeva neces-

⁽⁹³⁾ JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. xxviii.

⁽⁹⁴⁾ VOCI, *Modi di acquisto* cit., p. 149 ss.

⁽⁹⁵⁾ SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., p. 256 nt. 12.

sariamente che quest'ultimo non diventasse mai proprietario della somma pagata, che non ottenesse quindi lo « *Zwischeneigentum* »⁽⁹⁶⁾. Invece il *falsus procurator* non poteva ritenersi responsabile del delitto, se conseguiva effettivamente la proprietà, come accade nella seconda fattispecie.

Una feroce critica interpolazionistica al testo ulpiano è mossa da HAYMANN, il quale giudica il passo rimaneggiato a larghe mani dai compilatori, che avrebbero stravolto il pensiero di Nerazio⁽⁹⁷⁾. Secondo l'autore non sarebbe possibile che Nerazio, senza motivare, affermasse *nullo modo eum furtum facere ait voluntate domini eos accipiendo*, enunciando un insegnamento che contraddice una regola molto antica, forse risalente addirittura a Quinto Mucio⁽⁹⁸⁾, e cioè quella per cui chi riceveva in malafede un indebito commetteva furto. Pertanto non avrebbe senso che il falso procuratore, pur essendo in malafede, non commettesse furto e diventasse proprietario di quanto percepito, all'unica condizione che avesse avuto il danaro secondo la volontà dell'autore del pagamento. Secondo Haymann la parte iniziale del testo sarebbe quindi da ritenersi abbreviata e non sarebbe attribuibile ad Ulpiano. Così non sarebbe ammissibile che Ulpiano considerasse *vera* la regola per cui il falso procuratore commetteva sempre furto. In realtà il passo sarebbe riferito al vero procuratore, che non commetteva furto se non nell'ipotesi in cui avesse ricevuto il danaro come intermediario del debitore e quindi non ne diventasse proprietario⁽⁹⁹⁾. Oltre all'attributo *falsus*, sarebbe quindi insidiosa la frase *cum procurator eos non eius nomine accepit cuius eos debitor fieri vult*, l'espressione *sine dubio*, nonché la parte finale *voluntate domini accipiendo*.

Riconosce un generico rimaneggiamento del testo BREMER⁽¹⁰⁰⁾, ritenendo possibile che il passo non sia ulpiano e che costituisca piuttosto il risultato di una rielaborazione dei libri

(96) SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., p. 52.

(97) HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 14.

(98) E' in effetti D. 47.2.76(75) (Pomp. 21 *ad Q. Mucium*), su cui *infra* § 5, ad attestare la risalenza della responsabilità per furto del *falsus procurator* — sembra — a Quinto Mucio.

(99) HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 15.

(100) BREMER, *Leistung* cit., p. 48.

ulpiane *ad Sabinum* da parte di uno sconosciuto compilatore del IV sec. d.C., che avrebbe unito all'insegnamento ulpiano della prima parte del passo l'opinione di Nerazio da lui conosciuta, « ohne auf die inhaltlichen Unterschiede genügend zu achten » (101). La fusione tra i due testi non sarebbe però bene riuscita e da ciò deriverebbero le difficoltà interpretative del testo. In realtà, secondo l'autore tedesco, nella seconda fattispecie descritta da Nerazio si tratterebbe non già di un *falsus procurator*, bensì di un procuratore in buona fede che percepiva un pagamento indebito.

Peraltro né quest'ultima tesi interpretativa, né il convinto scetticismo di Haymann nei confronti della classicità del testo hanno avuto seguito in letteratura. Haymann è stato in particolare criticato da STOLMAR (102), che rifiuta radicalmente la presunta rigidità della regola, per cui il *falsus procurator* commetteva sempre furto. Tale regola, nel discorso di Haymann, appare quale un principio inossidabile ed eterno, che autorizzerebbe a considerare rimaneggiato tutto quanto osasse essere con esso in contraddizione. Secondo Stolmar invece l'opinione di Nerazio, che differenziava la fattispecie a seconda di quale fosse la volontà del tradente, sarebbe stata quella alla fine prevalente e Ulpiano l'avrebbe riferita proprio per la sua fondatezza, con la conseguenza che il principio, per cui il falso procuratore commetteva indiscriminatamente furto, sarebbe di incerta validità nel diritto classico.

Considera la distinzione di Nerazio un'opinione isolata nell'ambito della giurisprudenza classica ALBANESE. La *distinctio*, eccessivamente sottile, non sarebbe stata seguita dai giuristi successivi, che non avrebbero differenziato la disciplina della riscossione del falso creditore da quella del falso procuratore (103). Secondo l'autore è da negarsi che i giuristi avessero considerato con maggior tolleranza, rispetto al caso del falso creditore, quello del falso procuratore che anche, se in dolo, poteva salvarsi dall'essere considerato ladro. È più verosimile che entrambi i casi siano stati risolti nello stesso modo e cioè qualificati come furto nel caso di malafede dell'accipiente. La

(101) BREMER, *Leistung* cit., *ibidem*.

(102) STOLMAR, *Die formula* cit., p. 17.

(103) ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 92.

chiave della *distinctio* di Nerazio sarebbe piuttosto l'analisi soggettiva della formula *invito domino*: il giurista avrebbe fatto un'approfondita analisi degli elementi soggettivi anche in un altro passo, in cui si parla dello stato psicologico del ladro, anziché di quello del derubato, ovverosia in D. 47.19.6 (Paul. 1 *ad Nerat.*)⁽¹⁰⁴⁾, in cui l'*animus* del ladro avrebbe fatto sì che si concretasse il furto, nonostante vi fosse l'inidoneità dell'oggetto, cioè la cosa appartenesse all'*hereditas*.

In realtà l'analogia tra i due testi è criticata da MEDICUS, che pone in evidenza come nel frammento D. 47.19.6 si ponga sì in atto una falsa rappresentazione dell'appartenenza della cosa all'*hereditas*, ma nel frammento D. 47.2.43.1 la decisione del *solvens* se trasferire o meno le monete al *procurator* dipendeva da una valutazione oggettiva e non già soggettiva. Per tale motivo, a giudizio dell'autore tedesco, non avrebbe fondamento affermare che Nerazio abbia attribuito più rilevanza all'elemento soggettivo. Inoltre l'autore dimostra persuasivamente la genuinità del testo, ivi compresa la motivazione della soluzione della prima fattispecie, ed evidenzia che anche la soluzione della seconda ha una sua « Begründung » nella parte finale: *voluntate domini eos accipiendo*⁽¹⁰⁵⁾.

Significativa è la *pars construens* di MEDICUS, che, dopo avere concretato una *pars destruens* nei confronti delle precedenti opinioni sulla testimonianza ulpiana, arriva ad individuare l'elemento che distingue le due fattispecie nel termine *intercipiat*⁽¹⁰⁶⁾. In una normale sequenza temporale prima interviene il *dare*, contestualmente l'*accipere* e solo in un secondo momento l'*intercipere*, che sta a significare che il *procurator* aveva sottratto le monete e che le aveva utilizzate per scopi propri. Ora, proprio la presenza nel testo del verbo *intercipere* sta ad indicare — secondo l'autore — che il *procurator* non era proprietario delle monete, in quanto l'*intercipere* è un momento successivo che già comporta l'intervento del furto il quale, come è noto, esclude il trasferimento della proprietà.

⁽¹⁰⁴⁾ D. 47.19.6 (Paul. 1 *ad Nerat.*): *Si rem hereditariam, ignorans in ea causa esse, subripiisti, furtum te facere respondit. Paulus: rei hereditariae furtum non fit sicut nec eius, quae sine domino est, et nihil mutat existimatio subripiensis.*

⁽¹⁰⁵⁾ MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., p. 223.

⁽¹⁰⁶⁾ MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., pp. 219 s.

Nella seconda fattispecie invece ricorre il termine *accipere*, che indica come fosse già intervenuto il passaggio di proprietà, per cui l'eventuale successivo *intercipere* non poteva venire in essere. Da questa ricostruzione del pensiero di Nerazio lo studioso tedesco, in un'analisi dettagliata del testo, arriva ad affermare che il giurista non voleva estendere la regola per cui il *falsus creditor* commetteva sempre furto, espressa nel *principium* dello stesso frammento 43, ma intendeva fare il contrario, ovverosia opporsi all'applicazione indiscriminata della regola al caso del pagamento al *falsus procurator* e fare in modo che il *falsus procurator* fosse considerato alla stregua di un *fur* solo in un caso ben determinato, quello in cui il debitore intendeva in realtà trasferire le monete non a lui, ma al suo *dominus* ⁽¹⁰⁷⁾. MEDICUS conclude il suo approfondito contributo, affermando che non è dato sapere quale seguito abbia avuto la *distinctio* di Nerazio nella giurisprudenza romana. È forse ipotizzabile che i compilatori abbiano abbreviato il testo e tagliato il punto di vista di Ulpiano ⁽¹⁰⁸⁾.

Da parte sua ANGELINI, rifiutando l'analitica interpretazione testuale di MEDICUS, insiste sulla non genuinità dell'attributo *falsus*, che sarebbe di provenienza compilatoria ⁽¹⁰⁹⁾. La convinzione deriverebbe dalla lettura del resto del frammento, in cui Ulpiano si riferirebbe all'accipiente qualificandolo *procurator* e non già *falsus procurator* e dal fatto che la presenza di un falso procuratore nel testo imporrebbe di ritenere il passo come la testimonianza di un'innovazione di Nerazio rispetto al resto della giurisprudenza classica, un *unicum* che costringerebbe a « limitare la responsabilità per furto dell'imbrogliante, escludendola del tutto nel caso che il debitore abbia avuto l'idea sfortunata di trasmettere la proprietà del danaro, condizionandola alla prova dell'*interceptio* in caso contrario! ⁽¹¹⁰⁾ ». Nerazio avrebbe invece espresso un principio diverso e cioè quello per cui un procuratore, che senza mandato riceveva danaro dovuto al suo *dominus*, non era nient'altro che un *falsus creditor*, perché riceveva del danaro indebitamente e quindi commetteva

⁽¹⁰⁷⁾ MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., p. 221.

⁽¹⁰⁸⁾ MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., pp. 223 s.

⁽¹⁰⁹⁾ ANGELINI, *Il "procurator"* cit., pp. 214 s.

⁽¹¹⁰⁾ ANGELINI, *Il "procurator"* cit., p. 215.

sempre furto. E tale regola avrebbe avuto la funzione di mitigare la regola del furto del falso creditore, differenziando il procuratore da ogni altro falso creditore, riconoscendo come non sempre doloso il comportamento del procuratore che avesse ricevuto il pagamento di un debito dovuto al *dominus* ⁽¹¹¹⁾.

Radicalmente contrario all'ipotesi della « Sondermeinung » di Nerazio è anche THOMAS, che giudica l'insegnamento di Nerazio come « an accurate summary of the position before his time » e non già come una posizione individuale ed isolata del giurista rispetto al resto della giurisprudenza ⁽¹¹²⁾. Con una complessa e faticosa ricostruzione, che si basa sul carattere insitico dell'intera proposizione *nam et manent ... facit*, l'autore sostiene che Nerazio non avrebbe inteso occuparsi del problema del furto, bensì del potere del *procurator* e quindi della questione se il pagamento al falso procuratore dovesse o meno essere trattato come il pagamento al suo *dominus*. Il giurista avrebbe infatti così voluto introdurre la possibilità di fare acquistare qualcosa al *dominus*, anche *ignorans*, tramite il suo *procurator*. Ulpiano, commentando Nerazio, avrebbe avuto invece un proposito diverso e cioè quello di effettuare un parallelo tra il caso del falso creditore e quello del falso procuratore, applicando la medesima soluzione, per cui i due commettevano comunque furto, se riscuotevano un pagamento non dovuto ⁽¹¹³⁾.

Ritiene la differenziazione di Medicus tra *accipere* e *intercipere* non in grado di chiarire la distinzione di Nerazio MITTELSTEN SCHEID ⁽¹¹⁴⁾, che la giustifica invece alla luce della particolare attenzione del giurista stesso per l'elemento soggettivo. Secondo l'interessante ricostruzione di questa tesi di dottorato, per Nerazio è irrilevante lo stato psicologico dell'accipiente, ma per la decisione del caso è determinante la volontà del tradente, ovverosia la *mens debitoris* che costituisce la chiave di lettura del passo ⁽¹¹⁵⁾. Peraltro nel passo Ulpiano avrebbe riportato solo una parte del più ampio testo originario che riferiva la contro-

⁽¹¹¹⁾ ANGELINI, *Il "procurator"* cit., p. 216.

⁽¹¹²⁾ THOMAS, *A Note* cit., p. 417.

⁽¹¹³⁾ THOMAS, *A Note* cit., pp. 417 ss.

⁽¹¹⁴⁾ MITTELSTEN SCHEID, *Die Vorliebe* cit., p. 26.

⁽¹¹⁵⁾ MITTELSTEN SCHEID, *Die Vorliebe* cit., pp. 29 ss.

versia giurisprudenziale; e tale ipotesi risulterebbe corroborata da come il testo è formulato e in particolare dal contrasto tra le prudenti espressioni *videndum est* e *cum distinctione vera sit*, da un lato, e *sine dubio* e *nullo modo* dall'altro ⁽¹¹⁶⁾.

In definitiva, che il passo ulpiano abbia fornito molti spunti di discussione in letteratura è un dato indubitabile. In estrema sintesi, in quei pochi casi in cui è stata salvata almeno la sostanziale genuinità del testo, ci si è sbizzarriti nell'individuare tra le due fattispecie descritte da Nerazio criteri discrezionali sempre diversi, ora lo stato soggettivo del procuratore accipiente, ora il tipo di *datio*, ora il tipo di errore del tradente, ora la volontà del tradente, ora l'accordo col debitore per il passaggio della proprietà sul danaro, ora la formula *invito domino*, ora il termine *intercipere*. Sarebbe del tutto inutile azzardare adesso una confutazione o un'approvazione di ognuna di queste opinioni che si sono succedute nella critica romanistica. Infatti, prima di prendere posizione su quale sia l'interpretazione preferibile del controverso passo o quale altra possa essere prospettabile, risulta opportuno allargare lo spettro dell'indagine ad altre fattispecie conservateci nel Digesto in tema di furto sia di falso creditore, sia di falso procuratore. Un tale ampliamento della prospettiva potrà forse consentire di guardare più da lontano il problema, al fine di potere comprendere che spazio abbia effettivamente avuto, nel pensiero della giurisprudenza classica, la *distinctio* neraziana.

4. *La regola generale del furto dello sciens indebitum accipiens.*

Altro passo fondamentale nella ricerca sulla riscossione del *falsus creditor* e del *falsus procurator* è una testimonianza tratta dalle *Quaestiones* di Cervidio Scevola, che pare enunciare esplicitamente un principio di carattere generale da applicarsi alla riscossione di chi in malafede percepisse quanto non gli era dovuto:

D. 13.1.18 (Scaev. 4 quaest.): *Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat. et Pomponius*

⁽¹¹⁶⁾ MITTELSTEN SCHEID, *Die Vorliebe* cit., p. 28.

epistularum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit. sed altera condictione altera tollitur ⁽¹¹⁷⁾.

Il passo esordisce con l'esplicita affermazione che chi riscuoteva consapevolmente un indebito commetteva furto. Viene menzionato qui un *procurator*, che era però non colui che riscuoteva, bensì colui che effettuava il pagamento. Subito dopo Scevola prospetta una distinzione sulla proprietà del danaro, domandandosi se tale danaro appartenesse o meno a chi effettuava il pagamento e se quindi il furto venisse o meno perpetrato nei confronti di quest'ultimo. Il problema della proprietà del danaro viene profilato non ai fini di verificare, come è emerso dai testi finora esaminati ⁽¹¹⁸⁾, se la proprietà dei *nummi* venisse trasferita, bensì — con riferimento ad una fase della fattispecie cronologicamente precedente — ai fini di constatare se essi appartenessero o meno a chi pagava.

Per risolvere il caso, Cervidio Scevola cita l'autorità di Pomponio ⁽¹¹⁹⁾ con un *responsum* che sembra oltrepassare i limiti della *quaestio* posta. Infatti il testo, sottointendendo che il *procurator* era da ritenersi vittima del furto, precisava che lo stesso avrebbe potuto agire con la *condictio ex causa furtiva* per la ripetizione dei *nummi* e si occupava, altresì, della forma di tutela di cui avrebbe goduto *Ego*, ovvero sia il *dominus negotii*. Al *procurator* sarebbe quindi spettata la *condictio furtiva*; se però fosse intervenuta la ratifica del pagamento del *procurator* da parte del *dominus*, sarebbe stato quest'ultimo ad agire per la restituzione, in quanto la *solutio*, in seguito alla ratifica, acquistava la valenza di un pagamento del *dominus*, con il conseguente trasferimento della legittimazione ad agire per ripetere la *pecunia* ⁽¹²⁰⁾. A quel punto l'azione, che il *dominus* avrebbe

⁽¹¹⁷⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 148, c. 275.

⁽¹¹⁸⁾ Fanno esplicito riferimento alla questione della proprietà del danaro anche gli altri due passi già presi in considerazione: D. 47.2.43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*) (cfr. *supra* § 2) e D. 43.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*) (cfr. *supra* § 3).

⁽¹¹⁹⁾ Precisa correttamente che l'opinione personale di Scevola termina con il *fiat* e che il resto del testo costituisce l'insegnamento di Pomponio, HAYAMNN, *Grenzen* cit., p. 3.

⁽¹²⁰⁾ Se la classicità della prima parte del testo non è messa in discussione, tutta la seconda parte del testo di Scevola, *sed ... tollitur*, è ritenuta insiticia, per esempio, da

potuto esperire, sarebbe stata probabilmente non la *condictio ex causa furtiva*, ma la *condictio indebiti* ⁽¹²¹⁾.

In effetti a Cervidio Scevola sembra importare qui soprattutto la questione della proprietà del danaro di chi pagava, e di conseguenza la questione della legittimazione attiva dell'azione di ripetizione. Peraltro, ai fini della presente indagine, quanto rileva non è tale seconda parte del passo, bensì il presupposto del ragionamento del passo, cioè la commissione del furto da parte dell'*indebitum sciens accipiens*. In particolare, è significativo che Scevola ritenesse questa soluzione qualcosa di lapalissiano: era sufficiente ricevere consapevolmente l'indebito per commettere furto ⁽¹²²⁾.

F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in ZSS, 40, 1919, p. 281 nt. 1 e IDEM, *Grenzen* cit., p. 3, da DONATUTI, *Le causae delle condictiones*, cit., pp. 775 ss., da SCHWARZ, *Die Grundlage*, p. 56, il quale sostiene — poco persuasivamente — che sarebbe da attribuire ai compilatori la concessione al *dominus* della *condictio*, tale da creare un concorso di azioni, e da HUVELIN, *Études* cit., p. 499 nt. 1; parla genericamente di interpolazione anche VON BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS, 46, p. 141 nt. 1 e lo ritiene un testo semplificato dai compilatori VOCI, *Modi di acquisto* cit., p. 157. Si pronunciano, invece, espressamente a favore della genuinità del passo, che oggi è ormai comunemente condivisa, D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen 1972, p. 132 e CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung* cit., pp. 297 s.

⁽¹²¹⁾ Cfr. il mio *Alius solvit* cit., pp. 96 ss., cui si rinvia anche per un quadro sui principi applicativi della *condictio indebiti* nell'evoluzione del pensiero giurisprudenziale.

⁽¹²²⁾ Proprio per questa sua formulazione generale il passo si è ben prestato ad essere citato come chiara testimonianza della regola della responsabilità per furto dell'*indebitum sciens accipiens*: cfr. PEROZZI, *Della tradizione* cit., p. 40 e pp. 50 s., C. BERTOLINI, *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano*, 1, Roma 1891, p. 60, FITTING, *Sciens indebitum accipiens* cit., p. 22, HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 3, F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951 [rist. Darmstadt 1992], p. 576 e p. 586 nt. 983, D. LIEBS, *Die Klagekonsumption des römischen Rechts*, in ZSS, 86, 1969, p. 177 nt. 30, IDEM, *Die Klagenkonkurrenz* cit., p. 132, ANGELINI, *Il "procurator"* cit., p. 128 nt. 166, che, mentre in un primo momento menziona il passo a proposito di un *procurator* che pagava con danaro proprio, poi (p. 216) — inspiegabilmente — considera lo stesso a proposito di un *procurator falsus creditor* (nel testo scevoliano c'è sì un *falsus creditor*, ma non è certo il *procurator*, che è colui che pagava e non colui che riceveva il pagamento), KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 1, p. 417 nt. 39, p. 615 nt. 15, p. 658 nt. 27, IDEM, *Stellvertretung* cit., p. 202 nt. 216 e IDEM, *Durchgangserwerb* cit., p. 42 nt. 83, MITTELSTEN SCHEID, *Die Vorliebe* cit., p. 21, p. 24 nt. 1, p. 29 nt. 1, p. 66, p. 31 nt. 2, BREMER, *Leistung* cit., p. 8, A. DIAZ BIALET, *La "causa" en el derecho romano como principio de la ciencia del derecho*, in Studi E. Volterra, 1, Milano 1971, p. 370, CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung* cit., pp. 297 s., P. VAN WARMELO, *Justa causa traditionis*, in Studi C. Sanfilippo, 1, Milano

Invero, i termini dell'affermazione non consentono di individuare chi fosse in questo caso il responsabile per furto. Il soggetto che *indebitos nummos sciens acceperit* potrebbe essere infatti un falso creditore, ma nulla esclude che possa trattarsi anche di un falso procuratore. In altre parole, il dato ritenuto scontato da Cervidio Scevola, per cui chi percepiva monete non dovute commetteva furto, non consente di capire esattamente a chi il giurista intendesse riferirsi. Dall'indeterminatezza della formulazione mi sembra però potersi derivare che il principio fosse indifferentemente applicato ad ogni situazione, per cui chiunque, per qualsiasi ragione e in qualsiasi situazione, percepisse quanto non gli fosse dovuto, nella consapevolezza che non gli fosse appunto dovuto, commetteva furto. Pertanto — sembra potersi arguire — erano da ritenersi ladri, se riscuotevano l'indebitum nella consapevolezza che non fosse dovuto, sia chi appariva titolare del credito, sia il terzo che appariva legittimato a riscuoterlo e quindi sia il *falsus creditor*, sia il *falsus procurator* ⁽¹²³⁾.

La stessa generalità del testo ha indotto a sostenere che ad un frammento così isolato non debba essere attribuita grande importanza, in quanto si tratterebbe di un brano staccato da tutto il ragionamento di Scevola, per cui non può farci capire neanche a quale figura di *nummi indebiti* egli andasse pensando; il ragionamento del giurista deve piuttosto essere spiegato alla stregua di altri passi più chiari e completi ⁽¹²⁴⁾. Più prudente mi sembra l'osservazione per cui dal passo non si possano trarre conseguenze certe, visto che non era l'enunciazione della regola lo scopo principale del frammento, che è volto

1982, pp. 637 s., A. DIAZ-BAUTISTA, *Les garanties bancaires dans la législation de Justinien*, in RIDA, 29, 1982, p. 182 nt. 62, STOLMAR, *Die formula* cit., p. 16 nt. 83, FLUME, *Zur Lehre* cit., p. 94, CANNATA, *Atto* cit., p. 357, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., p. 849 nt. 99, p. 924 nt. 21, DAUBE, *A Corrupt Judge* cit., p. 2385, MASIELLO, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola* cit., p. 92, p. 198, p. 202, MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit., p. 97 nt. 34, p. 99 nt. 42, pp. 106 s., POOL, *Causa* cit., p. 121 nt. 169 e FINAZZI, *Ricerche* cit., p. 410 nt. 155, KLINCK, *Erwerb* cit., p. 347 nt. 23.

⁽¹²³⁾ Sul significato delle due locuzioni, nonché per una ricognizione di confini tra le figure del *falsus creditor*, del *falsus procurator* e dello *sciens indebitum accipiens*, si veda *infra* § 35.

⁽¹²⁴⁾ Così FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto* cit., pp. 152 s. e IDEM, *Manuale* cit., p. 306 nt. 1.

a risolvere la questione da *videndum* in poi ⁽¹²⁵⁾. Invero, in che senso debba essere intesa la regola riportata da Scevola nell'ambito di un ragionamento che pare in effetti allontanarsi dalla regola, potrà essere verificato solo una volta considerate le altre fonti in materia, nel tentativo di ricostruire il pensiero giurisprudenziale romano nella sua evoluzione.

Il passo di Scevola ha inoltre indotto a domandarsi in che momento si possa collocare l'origine della *regula iuris* in esso enunciata. Secondo HUVELIN ⁽¹²⁶⁾ l'esordio del passo costituirebbe un brocardo che risalirebbe nel tempo a molto prima di Cervidio Scevola e in particolare ad Alfeno Varo, o addirittura a Servio, il maestro di Alfeno. Che il principio sia antico, secondo l'autore francese, emergerebbe da un altro testo, desunto dai *Digesta a Paulo epitomata* e collocato dai compilatori nel titolo del Digesto *De usurpationibus et usucapionibus*:

D. 41.3.34 (Alfenus Varus 1 dig. a Paul. epit.): *Si servus insciente domino rem peculiarem vendidisset, emptorem usucapere posse* ⁽¹²⁷⁾.

Il brevissimo passo statuisce la possibilità per il compratore di usucapire la *res peculiaris* venduta dal servo all'insaputa del *dominus* ⁽¹²⁸⁾. Secondo Huvelin presupposto implicito

⁽¹²⁵⁾ PEROZZI, *Della tradizione* cit., p. 51.

⁽¹²⁶⁾ HUVELIN, *Études* cit., pp. 496 ss.

⁽¹²⁷⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., I, § 32, c. 45.

⁽¹²⁸⁾ Sul passo, pacificamente riconosciuto come classico, tranne che per il sospetto sulla locuzione *insciente domino* del solito VON BESELER, *Beiträge* cit., 4, p. 70, cfr. PERNICE, *Labeo* cit., 3.1, p. 134, APPLETON, *Histoire* cit., p. 302, G. MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale*, Lyon 1932, p. 151, L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano 1940, pp. 150 ss., dove il testo *de quo* è erroneamente indicato come D. 41.1.34, A. WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford 1967 [rist. Darmstadt 1984], pp. 179 ss., NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung* cit., p. 190 nt. 2, P. APATHY, *Zur Abgrenzung von Novation und Kumulation von Obligationen*, in ZSS, 89, 1972, p. 235 nt. 40, I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, Camerino 1976, pp. 40 s. e nt. 67, J.J. BRINKHOF, *Een studie over het "peculium" in het klassieke Romeinse recht*, Meppel 1978, p. 127, A. BURDESE, *In tema di peculio c.d. prefettizio*, in Studi C. Sanfilippo, 1, Milano 1982, p. 98 e, da ultimo, H.J. ROTH, *Alfeni Digesta. Eine spätrepublikanische Juristenschrift*, Berlin 1999, pp. 76 ss.; sull'attribuibilità di questo responso a Servio e sulla brevità del testo, forse dovuta alla varia attività epitomatrice cui i *Digesta* di Alfeno furono sottoposti oppure dovuta alla loro utilizzazione giusti-

della decisione riportata sarebbe la responsabilità per furto dello schiavo, proprio in quanto lo schiavo avrebbe operato *insciente domino*. Per tale ragione, la cosa venduta sarebbe risultata essere una *res furtiva* ⁽¹²⁹⁾. Tuttavia, pur essendo tale, la cosa era giudicata usucapibile da Alfeno, perché non si sarebbe trattato di un vero e proprio furto, ma di un caso di *furtum improprium* per il mancato intervento della sottrazione materiale della cosa: « Mais il n'y avait pas eu soustraction, *subreptio*, et le *furtum* n'était qu' un *furtum improprium* » ⁽¹³⁰⁾. Sarebbe così motivabile, secondo l'autore francese, l'inapplicabilità al caso di specie della regola dell'inusucapibilità delle *res furtivae*.

Ora, non è certo questa la sede per approfondire le articolate problematiche connesse con la sfera di applicazione della *lex Atinia* e in particolare con il rapporto tra quest'ultima e la norma decemvirale che già sanciva l'inusucapibilità di quanto era stato oggetto di furto ⁽¹³¹⁾. Peraltro, quanto è d'obbligo

niana, si veda M. BRETONE, *La tecnica del responso serviano*, in *Labeo*, 16, 1970, p. 10 e nt. 9.

⁽¹²⁹⁾ Il principio di inusucapibilità delle *res furtivae* è fatto risalire da Gaio alla legge delle XII Tavole (Tab. 8.17) cfr. Gai. 2.45: *Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, veluti si quis rem furtivam aut vi possessam possideat; nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Iulia et Plautia* e Gai. 2.49: **Quod ergo vulgo dicitur furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem XII tabularum prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur quive per vim possidet usucapere possit (nam huic alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possidet); sed nec ullus alius, quamquam ab eo bona fide emerit, usucapiendi ius habeat**), mentre le Istituzioni giustiniane menzionano al riguardo non solo le tavole decemvirali, ma anche la *lex Atinia*, cfr. I. 2.6.2: *Furtivae quoque res et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt: nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibet usucapionem, vi possessarum lex Iulia et Plautia*.

⁽¹³⁰⁾ HUVELIN, *Études cit.*, p. 498.

⁽¹³¹⁾ Sulla nota « querelle » se la *lex Atinia*, da collocarsi cronologicamente intorno all'inizio del II sec. a.C., avesse rafforzato il dettato delle XII Tavole, decretando che la cosa fosse inusucapibile non solo da parte del ladro, ma anche da parte degli altri possessori, cosicché l'inusucapibilità si sarebbe tramutata da pena per il *fur* a qualità inerente la cosa stessa, o se invece — come oggi si tende a ritenere più verosimile — avesse attenuato il rigore della norma decemvirale, precisando che l'inusucapibilità durava fino al momento in cui la *res* fosse rientrata in possesso del *dominus*, cfr. F. DE VISSCHER, *De la défense d'usucaper les choses volées*, in *RIDA*, 5, 1958, pp. 469 ss., G.

mettere in dubbio a critica dell'ipotesi avanzata da Huvelin, è che il percepimento di una somma non dovuta da parte dell'acquirente abusivo possa essere considerato un furto improprio per mancanza di *subreptio*. Del resto, la distinzione proposta dall'autore tra *res subreptae* e *res furtivae*, che corrisponderebbero, le une, all'oggetto del furto proprio e, le altre, all'oggetto del furto improprio, è oggi del tutto superata. Come è stato ampiamente dimostrato in letteratura, già in età antica il concetto di furto si estese presto dall'originaria ipotesi di sottrazione dolosa di cose altrui ad altre fattispecie che non necessariamente prevedevano tale sottrazione, senza che si profilassero distinzioni di specie⁽¹³²⁾. Sull'interpretazione di D. 41.3.34, vi è chi di recente ha avanzato anche un'altra ipotesi e cioè che, nella frase principale del testo, sia da inserire un *non* prima di *usucapere posse* e che quindi la soluzione del passo sia esattamente antitetica e cioè nel senso dell'inusucapibilità della *res peculiaris*⁽¹³³⁾. In realtà, in assenza di appigli testuali o logici che consentano di supportare tale variante testuale, la soluzione del passo nel senso della usucapibilità della cosa sembra piuttosto da giustificarsi in altro modo e, in particolare, alla luce del fatto che nel *tradere insciente domino* non è necessario

NICOSIA, *Acquisto del possesso "per procuratorem" e "reversio in potestatem domini" delle "res furtivae"*, in Iura, 11, 1960, pp. 189 ss., alla cui nota 1 p. 189 si rinvia per altre indicazioni bibliografiche sull'argomento, nonché KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 1, p. 419, precisando molto chiaramente che le *res furtivae* « verlieren den Makel der Furtivität erst dadurch, da sie in die Hand des Eigentümers zurückgelangen », ALBANESE, *Un problema in tema di lex Atinia* cit., pp. 183 ss., IDEM, *Contributo alla storia dell'interpretazione della "lex Atinia"* cit., pp. 407 ss. e IDEM, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo 1985, p. 109, L. VACCA, *v. Usucapione (Diritto romano)*, in ED, 45, 1992, p. 992 nt. 8; per una tesi originale, ma rimasta isolata in letteratura, nel senso che i giustinianeî avessero frainteso il significato della legge, che non avrebbe invece affatto riguardato le *res furtivae*, si veda D. PUGSLEY, *The Misinterpretation of the lex Atinia*, in RIDA, 17, 1970, pp. 259 ss.

⁽¹³²⁾ Cfr., in particolare, ALBANESE, *v. Furto* cit., p. 314 e anche IDEM, *Le situazioni possessorie* cit., p. 109.

⁽¹³³⁾ Così ROTH, *Alfeni Digesta* cit., p. 78, riprendendo una proposta di modifica testuale risalente a Cuiacio; tuttavia, oltre alla mancanza di indizi che possano fare deporre per tale lettura, è significativo che il confronto del passo con il corrispondente dei Basilici confermi l'assenza della negazione riferita al verbo della frase principale, B. 50.3.32: Εἰ πεκουλιάριον ἀπὸ τοῦ δούλου μου πράγμα ἐν ἀγνοίᾳ μου ἀγοράσεις, διὰ τῆς χρόνιάς νομῆς δεσπόσεις cfr. SCHELTEMA-HOLWERDA-VAN DER WAL, *Basilicorum libri LX* cit., 6, p. 2349).

ravvisare un furto ⁽¹³⁴⁾. Alfeno non avrebbe fatto altro che descrivere un caso di vendita di cosa peculiare da parte del servo all'insaputa del suo *dominus*. Del resto non vi sono elementi che consentano di interpretare la locuzione *insciente domino* nel senso di *invito domino* ⁽¹³⁵⁾. Non sussisteva quindi il furto e non commetteva il delitto né lo schiavo, né tantomeno il compratore, di cui si ignora del tutto se fosse in malafede o in buona fede nel momento in cui percepiva la *res peculiaris*. Peraltro la mancata *scientia* del *dominus* faceva sì che il compratore non acquistasse direttamente la proprietà della cosa dal servo, ma la ottenesse solo in seguito ad usucapione ⁽¹³⁶⁾. In sostanza, è possibile che, nel caso di specie, la *res* fosse usucapibile semplicemente perché non era *furtiva*. E, se si vuole accettare tale interpretazione, ne consegue inevitabilmente che il passo di D. 41.3.34 non possa essere usato come argomento a sostegno dell'idea che il principio enunciato da Cervidio Scevola in D. 13.1.18 fosse già noto ad Alfeno.

Pertanto, nonostante l'ipotesi di Huvelin — nei termini in cui è formulata — non sia condivisibile, che la qualificazione come furto della condotta di chi percepiva consapevolmente quanto non gli era dovuto fosse una regola precedente a Cervidio Scevola, non è da mettersi in dubbio. La stessa affermazione del giurista in D. 13.1.18, *Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit*, lo lascia chiaramente intuire. Infatti la circostanza che l'asserzione è fatta all'inizio del passo e in un passo che è focalizzato sulla diversa questione della legittimazione attiva alla *condictio indebiti* depone per un principio che era dato per assodato nel momento in cui tale giurista operava. Di più, in astratto, è difficile dire. Si tratta infatti di trovare nelle fonti elementi che consentano di chiarire, su di un piano diverso da quello congetturale, quale fosse il termine *a*

⁽¹³⁴⁾ In tale senso gran parte della letteratura che si è occupata del passo: APPLETON, *Histoire* cit., p. 302, MICOLIER, *Pécule* cit., p. 151, DE SARLO, *Alfeno Varo* cit., p. 151, WATSON, *The Law* cit., p. 180, NIEDERLANDER, *Die Entwicklung* cit., p. 190 nt. 2, ALBANESE, *La nozione di furtum da Nerazio* cit., p. 120 nt. 78, BUTI, *La capacità* cit., p. 41, BURDESE, *In tema di peculio* cit., p. 98; sull'ipotesi che la cosa peculiare fosse, nel caso di specie, non una generica *res*, ma una *res mancipi tradita*, si veda WATSON, *The Law* cit., p. 180.

⁽¹³⁵⁾ Sul punto cfr., in particolare, DE SARLO, *Alfeni Digesta* cit., p. 151.

⁽¹³⁶⁾ Cfr., in particolare, BUTI, *Studi* cit., p. 40.

quo di tale *regula iuris*. Come si avrà modo di appurare, la testimonianza più risalente che menziona la responsabilità per furto del *falsus procurator* sembra quella di D. 47.2.76(75) (Pomp. 31 *ad Q. Mucium*), in cui Pomponio riferisce una decisione che probabilmente era già di Quinto Mucio ⁽¹³⁷⁾.

Ebbene, i tre testi finora considerati, D. 47.2.43 pr., D. 47.2.43.1 e D. 13.1.18, possono costituire i cardini principali della ricerca, in quanto descrivono tre diverse condotte di riscossione consapevole di quanto non dovuto: quella del *falsus creditor*, quella del *falsus procurator* e quella del *sciens indebitum accipiens*. Le tre testimonianze prevedono soluzioni diverse, ammettendo senz'altro la responsabilità per furto nell'ipotesi del *falsus creditor* e del *sciens indebitum accipiens* e prospettando invece con maggior benevolenza la responsabilità del *falsus procurator*. Si tratta allora di capire non solo chi fossero tali soggetti e in che rapporti si ponessero l'uno con l'altro, ma anche per quale ragione la loro condotta fosse sanzionata in modo diverso. Si intende quindi procedere all'esame delle fonti in materia, prendendo in considerazione separatamente i passi in tema di falso creditore da quelli in tema di falso procuratore, invertendosi però l'ordine seguito da Nerazio. Infatti prima verranno considerati i testi descrittivi la condotta in generale del *falsus procurator* e, solo in un secondo momento, i passi concernenti il *falsus creditor*; questi ultimi infatti obbligano all'esame di fattispecie più varie, visto che si tratta anche di verificare chi fosse il falso creditore e soprattutto se in tale accezione rientrasse chi in generale riceveva consapevolmente un indebito o solo chi fingeva la propria identità. Solo al termine delle esegesi e sulla base dei risultati da esse desunti si cercherà di comprendere poi in che modo sia da intendere la locuzione *sciens indebitum accipiens*.

Nel corso dell'indagine farò uso, accanto alle espressioni *falsus procurator* e *falsus creditor*, delle espressioni "legittimato apparente" e "creditore apparente" e quindi di categorie che provengono dalla mentalità giuridica odierna. È ben noto quanto sia in realtà arduo decidere quali siano le categorie da utilizzare nello studio del diritto romano. Da un lato, risul-

(137) Cfr. *infra* § seguente.

rebbe più naturale fare uso delle espressioni tecniche utilizzate dai giureconsulti classici, ma spesso le categorie romane, essendo l'oggetto dei nostri studi, non possono costituire lo strumento esclusivo per comprendere i fenomeni che vi risultano sottesi. Dall'altro lato, fare uso delle categorie moderne fa inevitabilmente correre il diverso rischio di incidere eccessivamente sulla storicità dell'oggetto attraverso lo strumentario concettuale utilizzato per rappresentarlo, costituito spesso da schemi rigidi e immoti non in grado di servire alla comprensione dell'oggetto senza che questo risulti piegato a loro immagine e somiglianza⁽¹³⁸⁾. Tuttavia mi pare che parlare, nel corso di quest'indagine, di "legittimato apparente" e di "creditore apparente" possa essere d'ausilio per meglio comprendere il fenomeno giuridico⁽¹³⁹⁾. In particolare, accanto al *falsus procurator* le fonti attestano per esempio fattispecie in cui un soggetto prima era *procurator* e poi non lo era più nel momento in cui percepiva il pagamento, o casi in cui un servo, senza essere indicato nel testo come un *procurator*, incassava per conto del suo *dominus*, o in cui un delegato riscuoteva, pur non avendo alcun potere di riscuotere per conto del delegante. E la figura del legittimato apparente — e quindi di un terzo (rispetto al debitore e al creditore), che appariva legittimato a ricevere il pagamento — sembra essere l'unica in grado di ricomprendere queste ipotesi eterogenee. Del resto, che i *prudentes* non risultino conoscere categorie sistematiche che potessero inquadrare casi di riscossione in malafede diversi da quelli del *falsus creditor* e del *falsus procurator*, non stupisce alla luce della ben nota riluttanza dei Romani a fissare dogmaticamente i concetti

⁽¹³⁸⁾ Sul punto, nonché più in generale sulla nota diatriba su quali siano i limiti entro i quali la dogmatica odierna possa servire allo studio storico del diritto romano, si rinvia a E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in AG, 99, 1928, p. 129 ss., ora in G. LURASCHI cur., *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna*², Como 1997, pp. 25 ss. e, in particolare, p. 41.

⁽¹³⁹⁾ Sull'importante ruolo di integrazione della dogmatica odierna cfr. ancora BETTI, *Diritto romano* cit., pp. 35 ss., che mette anche efficacemente in evidenza come nessuno, nello studio storico del diritto romano, possa prescindere dalla mentalità giuridica odierna (p. 36): « la mentalità giuridica odierna non è, evidentemente, da concepire come un angolo di visuale, che si possa mettere da banda per vederci meglio, o come una veste di cui ci si possa spogliare, lasciandola sulla soglia, all'atto di entrare nel tempio del diritto romano ».

giuridici e della loro capacità teorizzatrice di gran lunga inferiore al loro intuito pratico ⁽¹⁴⁰⁾.

Prendendo quindi le mosse dal legittimato apparente per poi occuparmi del creditore apparente, intendo considerare i testi in ordine cronologico a seconda della paternità del giurista, cui il singolo testo è attribuito, considerando innanzitutto quelle testimonianze in cui il soggetto in questione simulasse il proprio titolo e successivamente quelle in cui lo stesso simulasse la propria identità. Ho ritenuto infatti di ripartire le testimonianze giurisprudenziali sulla base dell'oggetto della simulazione e quindi delle modalità di attuazione della condotta del presunto legittimato o del presunto creditore, tenendo conto del modo in cui l'accipiente aveva potuto apparire al tradente quello che non era. Si tratta di un criterio che prescinde completamente dalla diatriba sviluppatasi in letteratura e quindi soprattutto dalle quattro fondamentali posizioni assunte in merito alla riscossione dell'accipiente in malafede e cioè quella che ammette la responsabilità per furto in ogni caso di reticenza dell'accipiente, quella che la limita alla sola ipotesi di condotta attiva dello stesso al fine di trarre in inganno il tradente in buona fede, quella che prescinde dallo stato soggettivo dell'accipiente e infine quella che giustifica le antitetiche soluzioni giurisprudenziali con l'ipotesi del *ius controversum* ⁽¹⁴¹⁾. Dal punto di vista metodologico ho infatti giudicato preferibile evitare che l'indagine fosse influenzata da preconcetti sulla qualificazione delle fattispecie, preferendo il contatto diretto con le fonti per cercare poi, partendo da esse, di ricostruire il pensiero giurisprudenziale in materia.

⁽¹⁴⁰⁾ In tale senso F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, Firenze 1995 [tr. it. V. ARANGIO-RUIZ], pp. 34 ss.

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. *supra* § 1.

Giuffrè, Editore

CAPITOLO II

LA RISCOSSIONE DEL LEGITTIMATO APPARENTE

Sezione 1.1.

La simulazione di una legittimazione inesistente

5. *La insussistenza del furto in mancanza di corpus contrectatum.*

Prevede la responsabilità per furto di un legittimato apparente che percepiva quanto non gli era dovuto un passo del commentario di Pomponio *Ad Quintum Mucium*:

D. 47.2.76(75) (Pomp. 21 *ad Q. Mucium*): *Si is qui simulabat se procuratorem esse, effecisset, ut vel sibi vel cui me delegavit promitterem, furti cum eo agere non possum, quoniam nullum corpus intervenisset, quod furandi animo contrectaretur* ⁽¹⁾.

Nel testo, della cui classicità la letteratura è sempre stata più o meno convinta ⁽²⁾, il falso procuratore non ha percepito una somma di danaro, bensì ha “strappato” a *Ego* una promessa

⁽¹⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 1, § 282, c. 72.

⁽²⁾ Lo ritengono genuino ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 128, JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. 112, G. LONGO, *L'elemento soggettivo*, p. 267 e ANGELINI, *Il “procurator”* cit., pp. 224 s.; espungono però dal testo la locuzione *furandi animo* ALBERTARIO, *Animus furandi* cit., p. 218 e HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 6. Menzionano il frammento come uno di quelli in cui il falso procuratore viene indicato come chi simulava una qualità che non aveva DUMONT-KISLIAKOFF, *La simulation* cit., p. 21 nt. 3, nonché KASER, *Stellvertretung und “notwendige Entgeltlichkeit”*, in ZSS, 91, 1974, p. 189 nt. 155, precisando che tale soggetto fingeva la « soziale Position », « also wider besseres Wissen vortäuscht »; lo inserisce tra i casi di responsabilità per furto BURDESE, *Sul “procurator”* cit., p. 315; si limita a citare il passo per la presenza in esso del sintagma *furandi animo*, che ritiene senz'altro classico THOMAS, *Animus furandi* cit., p. 8 nt. 37,

di pagamento. Si prospettano in realtà due situazioni in alternativa: *Ego*, pensando di avere a che fare con il vero legittimato, si obbligava ad effettuare la prestazione, nel primo caso, al falso procuratore, e, nel secondo, ad un eventuale terzo delegatario indicato dal falso procuratore stesso, in un rapporto triangolare in cui *Ego* risultava appunto essere il delegato e il falso procuratore il delegante.

Nell'enunciare la soluzione della fattispecie, Pomponio non ha dubbi ad escludere seccamente che il falso procuratore commettesse furto. Il giurista fornisce poi subito una motivazione della sua decisione, affermando *quoniam nullum corpus intervenisset, quod furandi animo contrectaretur*. Quanto mancava era la *contrectatio* e mancava — si può aggiungere — perché alla promessa di dare del debitore non conseguiva il trasferimento della somma di danaro che, nonostante il sorgere del vincolo obbligatorio, rimaneva al debitore stesso.

ALBANESE ha osservato che, con la soluzione del caso, il giurista non solo lascia trasparire che per *contrectatio* intende la sottrazione necessariamente di una *res corporalis* ⁽³⁾, ma arriva anche a dichiarare in modo esplicito l'inderogabilità della *contrectatio* stessa ai fini della configurabilità del delitto ⁽⁴⁾. L'autore legge infatti la testimonianza quale « una notevole restrizione da parte di Pomponio dell'antica nozione di *furtum* » ⁽⁵⁾ rispetto all'opinione della giurisprudenza a lui precedente. In particolare, ALBANESE individua nel passo, rispetto all'insegnamento di Quinto Mucio, una presa di posizione di Pomponio, che si sarebbe opposto alla concessione dell'azione per il furto nella fattispecie proposta, in quanto le concezioni prevalenti nel suo tempo avrebbero comportato una ridefinizione dei confini della fattispecie del delitto in questione ⁽⁶⁾.

mentre MILELLA, *Il consenso* cit., p. 391 nt. 1 lo elenca tra quei passi in cui compare in qualche forma l'elemento intenzionale del furto.

⁽³⁾ ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 89 s.

⁽⁴⁾ ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 129.

⁽⁵⁾ ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 129.

⁽⁶⁾ ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 128 s.; sul punto cfr. anche JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. 112 nt. 76, che tiene a puntualizzare come la diversità di vedute tra i due giuristi sarebbe dipesa dal fatto che, ai tempi di Pomponio, la possibilità ormai comunemente riconosciuta di ricorrere all'*exceptio doli* avesse inevitabilmente ristretto l'ambito di applicazione dell'*actio furti*.

Tale contrapposizione tra le opinioni dei due giuristi risulterebbe, secondo l'autorevole autore, corroborata dalla presenza nel frammento del modo congiuntivo nella frase *quoniam nullum corpus intervenisset*, che farebbe pensare al riferimento di un insegnamento altrui (7).

Ora, che sia possibile ravvisare nel passo una sovrapposizione delle opinioni dei due giuristi, l'uno volto a restringere i confini della fattispecie di furto rispetto all'altro, non sembra in realtà dimostrabile sulla base del dettato del testo. Se anche pare più che verosimile l'idea che nel tempo sia maturato un progressivo restringimento dell'idea di *contractatio* (8), non altri indizi sembrano sostenere l'opinione che Pomponio sia davvero intervenuto su di un insegnamento risalente a Quinto Mucio, al fine di puntualizzare la necessità del requisito della *contractatio* quale dato imprescindibile, perché possa ritenersi sussistente la fattispecie di furto. L'argomento del modo verbale congiuntivo, utilizzato a sostegno di tale interpretazione, sembra — a mio parere — abbastanza debole, alla luce del fatto che la frase in questione, *quoniam nullum corpus intervenisset*, fa parte di quella che può essere ritenuta la motivazione della decisione di Pomponio. Non si capisce quindi come mai proprio in quella frase, che dovrebbe costituire l'aggiunta e la presa di distanza dall'opinione precedente, Pomponio avrebbe dovuto riferire il pensiero di colui che intendeva criticare, citandone le parole.

In realtà la puntualizzazione, per cui la *contractatio* è un elemento imprescindibile nel delitto, è senz'altro significativa per la nozione di furto in generale, ma non è così determinante per la riscossione del falso procuratore, che interessa per i fini del presente lavoro. Infatti viene sì negata la sussistenza del furto tramite la puntualizzazione dell'esigenza della *contractatio*, ma non viene negata in assoluto per ogni caso di pagamento al falso procuratore (9). Nel passo, viene precisato che il delitto

(7) ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 128 nt. 108.

(8) Cfr. *supra* § 1.

(9) Individua nel passo l'*argumentum a contrario*, accennando solo molto brevemente all'« Empfang der körperlichen Sache als *contractare furandi animo* », HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 6; in termini analoghi SOLAZZI, *L'errore* cit., p. 158, limitandosi ad una breve annotazione sul punto, pone in evidenza che, se il debitore avesse pagato anziché promesso, esisterebbe il *corpus contractatum* e quindi il furto; ANGELINI, *Il "procurator"*

non era commesso nella specifica ipotesi in cui l'accipiente avesse solo ottenuto, tramite la simulazione della sua qualità, una promessa a *solvere* a lui stesso o ad un soggetto terzo da lui indicato. E da ciò si desume *a contrario* che tale delitto veniva commesso in tutti gli altri casi in cui lo stesso avesse ricevuto qualcosa materialmente. Infatti la circostanza che Pomponio escluda la responsabilità del *falsus procurator* nell'ipotesi di *stipulatio dandi* a sé o al delegatario, deve — a mio parere — interpretarsi nel senso che, se la *datio* era effettiva, interveniva il *corpus* e quindi la *contrectatio*. È vero che il falso procuratore viene detto non responsabile se non nel caso della riscossione materiale della somma di danaro, e non invece in quello in cui il debitore si fosse obbligato nei suoi confronti a pagare, ma è anche vero che quest'ultima ipotesi è solo eventuale. Ne deriva che, paradossalmente, quella stessa testimonianza che costituisce una fase fondamentale nella restrizione della nozione di furto, non rappresenta in realtà, come potrebbe apparire in un primo momento, una vera delimitazione della responsabilità per furto del falso procuratore, bensì una conferma di tale responsabilità.

Proprio dall'affermazione di Pomponio si possono desumere — a mio modo di vedere — alcuni aspetti che consentono di meglio mettere a fuoco non già la negazione della responsabilità per furto del falso procuratore, bensì alcuni interessanti profili di tale responsabilità. Particolarmente rilevante è l'esordio del passo. La frase *Si is qui simulabat se procuratorem esse* chiarisce infatti chi sia il protagonista della vicenda e cioè un soggetto che simulava di possedere la qualità di legittimato a ricevere il pagamento o a delegare lo stesso a favore di un terzo. Invero, sebbene il passo non contenga l'espressione *falsus procurator*, dal suo dettato, completato con il contenuto di D. 47.2.43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*) che definisce il *falsus creditor* come *qui se simulat creditorem* ⁽¹⁰⁾, si può desumere abbastanza pacificamente che *qui simulabat se procuratorem esse* sia da ritenersi la perifrasi esattamente corrispondente, nel suo signi-

cit., p. 225 parla di eccezione che conferma la regola, menzionando il fatto che « sia per l'epoca precedente, sia per quella successiva, commette furto chi, simulando di essere procuratore, induce il debitore ad effettuargli una prestazione ».

⁽¹⁰⁾ Cfr. *supra* § 2.

ficato, al sintagma *falsus procurator*. Ora, a proposito del verbo *simulare*, si è già avuto modo di fare cenno all'ampia accezione con cui nelle fonti giuridiche romane esso è utilizzato ⁽¹¹⁾, non solo in modo più restrittivo, nel senso di porre in essere artifici e raggiri volti al preciso scopo di indurre in errore il debitore e di fargli credere di essere quello che non era, ma anche nel senso più ampio di dare l'apparenza di essere un creditore, magari semplicemente tramite un comportamento reticente. È in questa seconda accezione che Pomponio sembra intendere la perifrasi; infatti la formulazione generica e l'assenza di qualsiasi riferimento ai raggiri posti in essere depongono nel senso che, a prescindere da un vero e proprio inganno posto in essere, qualcuno appariva al debitore essere il vero *procurator*.

Non può peraltro non notarsi che nel passo è presente una precisazione sull'elemento soggettivo dell'agente; infatti tramite la locuzione *animus furandi* ⁽¹²⁾ Pomponio specifica che, perché si avesse furto, era necessario che l'agente avesse agito per il fine particolare di trarre un personale vantaggio economico, ovverosia era richiesto quello che i penalisti moderni denominano dolo specifico ⁽¹³⁾. Ma ciò, interessante per la ricostruzione di come si sia evoluto l'elemento psicologico del furto, non pare aggiungere nulla alla circostanza che sembra emergere *a contrario* dal passo e cioè che, ai fini della responsabilità, era sufficiente l'apparenza del procuratore e quindi la semplice malafede di tale soggetto nell'incassare quanto non gli era

⁽¹¹⁾ Cfr. *supra* § 2 e *infra* § 8.

⁽¹²⁾ È stata questa l'unica locuzione del passo ad avere sollevato qualche sospetto di genuinità: a favore del carattere insitico si veda il già citato HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 10, mentre G. LONGO, *L'elemento soggettivo* cit., p. 267 ne riconosce la classicità; peraltro quest'ultimo autore sembra fare discendere la soluzione pomponiana di negare la sussistenza del furto dalla mancanza del requisito dell'*animus furandi*, per cui, a suo parere, il delitto non era commesso perché la sottrazione non era avvenuta dolosamente; mi sembra però evidente che l'insussistenza del furto dipenda non già dall'assenza di una condotta posta in essere *furandi animo*, bensì dalla mancanza dell'intervento del *corpus*.

⁽¹³⁾ Sullo scopo di profitto quale elemento ulteriore richiesto, perché il reato esista, dalla fattispecie incriminatrice dell'art. 624 del Codice Penale, ai sensi del quale la cosa mobile altrui deve essere sottratta « al fine di trarne profitto per sé o per altri », nonché sulla moderna nozione di profitto, ritenuta onnicomprensiva e addirittura atrofica, si rinvia a G. PECORELLA, *Furto. Diritto penale. a) Furto comune*, in ED, 18, 1969, p. 348.

dovuto, senza che fosse richiesta una vera e propria condotta attiva volta a trarre in inganno il debitore. Fu con l'andare del tempo che la giurisprudenza classica si sarebbe dedicata a delineare il profilo soggettivo del furto in generale, enucleando, accanto al requisito dell'*invito domino*, l'*animus furandi* ⁽¹⁴⁾. Si trattava di uno scopo di lucro che stava al di fuori del fatto che costituiva il delitto e, in conformità all'evoluzione del concetto di furto, determinava un restringimento della fattispecie in generale, per cui esso non può in sé costituire un argomento utile nella discussione su come i giuristi configurassero la riscossione del presunto accipiente ⁽¹⁵⁾.

Quanto più importa del passo è peraltro un diverso profilo e cioè la derivazione del frammento dal commentario *Ad Quintum Mucium*. Pur rimanendo oscuro in che misura Pomponio sia intervenuto sull'insegnamento del suo predecessore a delimitazione dei confini del furto, il nucleo della testimonianza sembra pacificamente potersi ascrivere a Quinto Mucio. Ma allora già per Quinto Mucio il falso procuratore, se non commetteva furto quando aveva indotto qualcuno a promettere a lui o a chi era stato da lui indicato, lo commetteva in tutti gli altri casi. Dal frammento si può pertanto desumere un appiglio fondamentale per la datazione della regola della responsabilità per furto del *procurator* nel caso di riscossione materiale di quanto non dovuto: è anche possibile che fosse più antica, ma senz'altro esisteva nel I sec. a.C. e quindi già nell'età tardo-repubblicana.

6. *Il furto del falso legittimato ai danni del mercante di frumento.*

Una testimonianza, tratta dal commentario *ad edictum* di Ulpiano, riporta un curioso caso risalente a Labeone:

⁽¹⁴⁾ Sullo stato psicologico del *fur* si rinvia, oltre che agli studi di ALBANESE, *La nozione di furto da Nerazio a Marciano* cit., in particolare pp. 274 ss. e v. *Furtum* cit., pp. 316 ss., ai contributi dedicati specificamente all'argomento: HUVELIN, *L'animus lucri faciendi* cit., pp. 73 ss., ALBERTARIO, *Animus furandi* cit., pp. 209 ss., PUGSLEY, "Animus furandi" cit., pp. 2419 ss., G. LONGO, *L'elemento soggettivo* cit., pp. 249 ss., ASTOLFI, *Sabino e il "furtum solo animo"* cit., pp. 321 ss., MILELLA, *Il consenso* cit., p. 391 ss.

⁽¹⁵⁾ Sul punto cfr. anche *infra*, in particolare, § 32.

D. 47.2.52.11 (Ulp. 37 *ad ed.*): *Apud Labeonem relatum est, si siliginario quis dixerit, ut quisquis nomine eius siliginem petisset, ei daret, et quidam ex transeuntibus cum audisset, petiit eius nomine et accepit: furti actionem adversus eum, qui suppetet, siliginario competere, non mihi: non enim mihi negotium, sed sibi siliginarius gessit* ⁽¹⁶⁾.

Nel frammento — così sembra ricostruibile la fattispecie — un tale, non meglio identificato, intendeva acquistare della *siligo* ⁽¹⁷⁾. Costui non volle però subito ritirare la quantità che gli serviva, ma autorizzò — verosimilmente per ragioni di trasporto — il mercante a consegnarla ad un incaricato, che si sarebbe presentato per ritirare il grano per suo conto.

La consegna non avrebbe creato alcun problema, se un passante non avesse origliato e appreso così dell'accordo tra i due. Il passante non riuscì a resistere alla tentazione di impossessarsi di un po' di *siligo*, decidendo di andare dal mercante e di fingersi il soggetto incaricato a prelevarlo ⁽¹⁸⁾. Il mercante non si accorse di nulla e adempì all'incarico di consegnare la quantità stabilita a chi avesse dichiarato di operare per conto del compratore. Labeone risolve il caso nel senso che il passante era perseguibile per furto.

Innanzitutto del passo incuriosisce il termine utilizzato da Labeone per indicare l'oggetto del furto. Infatti con *siligo* Labeone sembra volere specificare che il mercante aveva consegnato all'impostore non del generico frumento, ma qualcosa di

⁽¹⁶⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 1042, c. 676; non è peraltro identificabile da che opera di Labeone sia tratto il passo collocato da Lenel sotto la rubrica "*Labeo laudatur non indicato libro*": § 379, c. 555.

⁽¹⁷⁾ Che sia intervenuta una vendita di grano sembra arguibile dal contesto, sebbene il passo non faccia alcun riferimento specifico a tale intervenuto contratto; che *quis dixerit*, soggetto della protasi del periodo ipotetico, coincida con l'*emptor*, è puntualizzato già da Accursio: cfr. *gl. quis ad D. 47.2.52.11*.

⁽¹⁸⁾ È importante sottolineare che, nel caso di specie, il passante finse di essere il soggetto legittimato a ricevere, ma non simulò un'identità che non aveva; pone in evidenza che nella fattispecie sussiste furto perché vi è simulazione non di identità, ma di titolo, ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 91; accenna alla circostanza che il mercante non si sbagliò sull'identità di chi si presentò a ritirare il grano FITTING, *Sciens indebitum accipiens* cit., pp. 41 s.; sulla simulazione dell'identità del legittimato apparente, si veda *infra* § 16.

ben più prezioso (19). Tale vocabolo, sebbene compaia nel Digesto solo un'unica volta nel passo in esame, è però attestato più volte nelle fonti letterarie. È interessante accennare a queste ultime, almeno per sommi capi, al fine di verificare che cosa fosse in concreto l'oggetto della vendita descritta da Labeone.

In un passo del suo manuale di agricoltura (20) Varrone considera la *siligo* una varietà di sementi da destinare ad una terra pingue, in quanto la pianta che ne derivava necessitava per crescere di un buon nutrimento. Il letterato di età cesariana distingue poi la *siligo* dal generico frumento, il *triticum*, affermando che avevano parimenti bisogno di un terreno pingue, oltre alla *siligo*, anche gli ortaggi, il *triticum* e il lino. Alcuni decenni dopo Varrone, qualifica la *siligo* come un tipo di semente anche Columella che, nel suo trattato in dodici libri sull'agricoltura (21), menziona proprio tale cereale e lo menziona dopo avere citato il *triticum*, che a suo parere era al primo posto tra le sementi utili per gli uomini. In questo elenco la *siligo* occupava il secondo posto, in quanto da essa si ricavava un pane di grande qualità; in terza posizione si poneva poi il *trimestre*, definito dallo stesso autore quale una varietà di *siligo*, resa peculiare dal fatto che la relativa pianta arrivava alla maturazione in soli tre mesi. Dunque sia Varrone che Columella per *siligo* intendono un tipo di sementi da tenersi nettamente distinto dal *triticum* e quindi dal frumento comune.

Ben prima di Varrone e Columella, nel suo *De agri cultura* (22), Catone parlava invece di *farina siliginea*, ovvero di una farina di prima qualità. Il famoso censore fornisce infatti al lettore dettagliate indicazioni di una ricetta per la focaccia, precisando che la farina da utilizzare era appunto quella deri-

(19) Cfr. v. *siligo*, in H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*¹⁰, Graz 1958, p. 540.

(20) Varr., *De re rustica*, 1.23.2: *In pingui rectius quae cibi sunt maioris, ut holus, triticum, siligo, linum.*

(21) Colum., *De re rustica*, 2.6.2: *Secunda conditio est habenda siliginis, cuius species in pane praecipua pondere deficitur. Tertium erit trimestre, cuius usus agricolis gratissimus; nam ubi propter aquas aliamve causam matura satio est omissa, praesidium ab hoc petitur. Id porro genus est siliginis.*

(22) Cat., *De agri cultura*, 75.1: *Libum hoc modo facito: casei p(ondo) II bene disterat in mortario; ubi bene distriverit, farinae siligineae libram aut, si voles tenerius esse, selibram semilaginis solum eodem indito permiscetoque cum caseo bene.*

vante da *siligo*. Ma è soprattutto Plinio il Vecchio, in un passo della sua monumentale *Naturalis Historia*, a fornire precise indicazioni sulla *siligo* e ad intenderla come un fior di farina, da cui derivava un pane di altissima qualità, un *lautissimus panis* ⁽²³⁾. Plinio sottolinea anche che la *siligo* era una varietà che si distingeva dal frumento comune *candore sive virtute sive pondere* ⁽²⁴⁾, dove proprio il riferimento al biancore fa intuire nitidamente che l'erudito stia pensando alla farina e non ai grani. E pure Giovenale, in una delle sue celebri satire, lascia capire che *siligo* era una particolare farina, con cui si preparava un pane di primissima scelta, che veniva servito al padrone ⁽²⁵⁾, ben diverso da quello più scadente destinato invece ai servi, definito dal poeta in modo sferzante come pane secco ed amuffito ⁽²⁶⁾.

Dalla lettura di questi testi si desume, dunque, che il termine *siligo* fosse utilizzato in due distinte accezioni e cioè sia nel senso delle sementi di una varietà di cereale diverso dal frumento comune, sia nel senso di una farina particolarmente raffinata derivante dalla macinatura dei grani del frumento comune. Ad ogni modo, pur nei suoi due diversi significati, da tali fonti di varia provenienza e appartenenti a differenti periodi storici, si può verosimilmente arguire che in ogni caso la farina in questione, sia che derivasse da un particolare tipo di frumento sia che fosse solo farina più bianca tratta dal *triticum*, consentiva la preparazione di un pane prelibato, destinato alle tavole dei più benestanti della società romana.

Pertanto, alla luce di questi rilievi, dalla presenza nel testo del termine *siligo* si desume che quello su cui il passante aveva

⁽²³⁾ Plin., N.H., 18.86: *E siligine lautissimus panis pristinorumque opera lautissima. Praecellit in Italia, si Campana Pisis natae misceatur.*

⁽²⁴⁾ Plin., N.H., 18.85: *Tritici semini avidius nullum est nec quod plus alimenti trahat. Siliginem proprie dixerim tritici delicias candore sive virtute sive pondere. Conveniens umidis tractibus, quales Italiae sunt et Galliae Comatae, sed trans Alpes in Allobrogum tantum Remorumque agro pertinax, in ceteris ibi partibus biennio in triticum transit. Remedium, ut gravissima quaeque grana eius serantur.*

⁽²⁵⁾ Iuv., *Satura quinta*, 5.70: *Sed tener et niveus mollique siligine fictus servatur domino.*

⁽²⁶⁾ Iuv., *Satura quinta*, 5.67: *Ecce alius quanto porrexit murmure panem vix fractum, solidae iam mucida frusta farinae, quae genuinum agitent, non admittentia morsum.*

messo gli occhi fosse qualcosa di particolarmente sovrappiù. Tuttavia, nel silenzio del passo, rimanendo non appurabile se oggetto del furto del passante fossero i grani non macinati della *siligo* o invece la sua farina, non è possibile neanche dire se Labeone, in D. 47.2.52.11, si riferisse ad un venditore all'ingrosso di frumento o invece ad un mugnaio o addirittura ad un panettiere. Per tale ragione ho preferito qui denominare il soggetto in questione genericamente mercante di frumento.

Invero proprio la presenza del termine *siligo* nel testo di Labeone lascia intuire al lettore l'immagine di uno spaccato realistico di vita cittadina. Infatti un caso di scuola, non nato dalla prassi concreta, avrebbe probabilmente previsto del semplice *triticum* quale oggetto della consegna e non avrebbe affatto richiesto il riferimento ad una tipologia così specifica di frumento, come è la *siligo*. In altre parole mi sembra plausibile congetturare che a Labeone venne sottoposta direttamente la fattispecie per un responso e che egli si trovò quindi a dovere decidere a chi spettasse l'azione per il furto contro il passante impostore. Sarebbe stato ciò a fornirgli l'occasione della riflessione giuridica che poi è arrivata fino a noi attraverso la testimonianza di Ulpiano.

Esaminandosi ora più da vicino il contenuto del testo ulpiano, la seconda parte del passo è quella che ha spesso destato gravi sospetti nella critica romanistica che se ne è occupata. Oltre a quelle che sono state viste come irregolarità formali del passo, come le forme verbali *petiit* e *accepit*, là dove ci si aspetterebbe il discorso indiretto e quindi il congiuntivo⁽²⁷⁾, nonché come la forma *suppetat*, che MOMMSEN stesso suggerisce di modificare in *sibi petiit*⁽²⁸⁾, non può non stupire nel passo il repentino cambio di soggetto del verbo. Infatti, mentre la formulazione è sempre in terza persona singolare, improvvisamente compare la prima persona singolare con il pronome *mihi*

⁽²⁷⁾ Così JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. 72 nt. 10 e HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 10, che riterrebbe corretto il testo se le forme verbali fossero *petierit* e *accepit*.

⁽²⁸⁾ La modifica testuale è condivisa in letteratura da JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. 72 nt. 10 e da HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 10; l'uso di "*suppetere*" nel linguaggio giuridico classico nel significato di "domandare nel nome di uno" è in realtà menzionato da J. FACCIOLATI-AEG. FORCELLINI-J. FURLANETTI, *Lexicon totius latinitatis*, 4 [J. PERIN cur.], Patavii 1890, p. 618, anche se è ivi citato proprio il passo ulpiano come unico caso in cui tale accezione è attestata.

(*competere, non mihi e mihi negotium ... gessit*)⁽²⁹⁾. Ora, visto che l'azione contro *is, qui suppetet* e quindi contro l'imbroglione, spettava al *siliginarius*, non *mihi*, per esclusione si desume da ciò che *Ego* non era né l'imbroglione, né il mercante, per cui — essendo tre i soggetti in questione — *Ego* non può che essere l'acquirente del frumento. Ma anche nella certezza che *Ego* sia l'acquirente, rimane sospetto questo cambiamento di persona nel testo, per cui nella prima parte del testo il riferimento al compratore del frumento è espresso con *quis dixerit* e poi con *eius nomine*, mentre poi compare per due volte *mihi*. È in effetti innegabile che l'andamento del passo — e in particolare il cambio di soggetto — sorprenda, così come ha sorpreso la soluzione del caso che riconosce il furto e che legittima all'azione per il furto non l'acquirente del frumento, ma il mercante.

In letteratura si è sostenuto che la frase finale sia completamente di fattura compilatoria e che in origine il passo ulpiano prevedesse come vittima del furto, e quindi legittimato ad agire, non il venditore, ma il compratore del frumento⁽³⁰⁾.

(29) Hanno dubitato della classicità del testo JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. 72 nt. 10, che evidenzia genericamente un difetto formale del testo, HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 10, avanzando radicali dubbi sulla genuinità di tutta la seconda parte del passo ed affermando « der Schluss ... stammt schwerlich von Labeo oder Ulpian » e BREMER, *Leistung* cit., p. 103, ammettendone però un generico contenuto classico; NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung* cit., pp. 195 s. tralascia invero di considerare la seconda parte del passo, ritenendo la genuinità di essa non rilevante nella sua indagine sul concetto di clandestinità, tenendo a precisare che il frammento descrive una condotta clandestina, ma non perché il ladro non si era fatto vedere, bensì perché il derubato non si era reso conto di quanto stesse accadendo; secondo l'autore rileva non « die körperliche Sichtbarkeit des Täters, sondern die Erkennbarkeit der Bedeutung des Geschehens für die Beteiligten »; fanno riferimento ad una generale alterazione formale del testo ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 267 e nt. 428 e THOMAS, *A Note* cit., p. 412. Invece non sollevano questioni di classicità del passo, occupandosene peraltro rapidamente, ANGELINI, *Il "procurator"* cit., p. 214 nt. 151 (precisando che l'accipiente si sostituiva al vero creditore nella consegna della cosa venduta), KASER, *Die actio furti* cit., p. 125 nt. 145 (che accenna in particolare all'inopportunità di una critica interpolazionistica del testo quale quella di Haymann) e MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., p. 214 nt. 3 (che lo menziona tra le testimonianze che danno come presupposta la regola del furto di chi non era il vero creditore).

(30) In tale senso JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. 72 s. nt. 11 e HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., pp. 311 ss., nonché IDEM, *Grenzen* cit., p. 11. Ritieni invece senza dubbio insitica solo l'ultima frase *non enim ... gessit* THOMAS, *A Note* cit., p. 413,

Infatti sarebbe stato il compratore ad avere l'interesse ad esperire l'azione per il furto, visto che doveva ancora pagare il prezzo di quanto acquistato e quindi aveva tutto l'interesse a che il frumento non venisse portato via da uno sconosciuto.

Tuttavia l'ipotesi che sia intervenuta la mano compilatoria a capovolgere il senso del passo, sembra non trovare alcun sostegno nel corrispondente testo dei Basilici:

B. 60.12.52.11: Ἐάν σιλιγναρίῳ ἐπιτρέψω δοῦναι τῷ ἀπαιτοῦντι ὄνόματί μου καί τις ἐξωτικὸς ἀκούσας ὄνόματί μου λάβῃ, οὐκ ἐγώ, ἀλλ'ὁ σιλιγνιάριος ἔχει τὴν περὶ κλοπῆς ἀγωγὴν ⁽³¹⁾.

Qui soggetto del passo risulta essere in tutto il testo ἐγώ, sia nella prima parte del testo in cui è specificato che ἐγώ aveva indicato al venditore di effettuare la consegna a chi ne facesse richiesta a suo nome, sia nella seconda in cui è esplicitamente detto che l'azione spettava al venditore, non a *Ego* (οὐκ ἐγώ). Dunque, rispetto al testo del Digesto, il brano corrispondente dei Basilici non presenta affatto il repentino mutamento di soggetto, ma una soluzione della fattispecie che è inconfontabilmente la medesima, nel senso di legittimare il venditore del grano ad esperire l'azione contro il ladro.

In realtà, riflettendosi su alcuni aspetti della fattispecie, la soluzione data da Labeone al caso non è in effetti così contraddittoria, come finora è stato sostenuto da quella letteratura che si è soffermata sul contenuto del testo. Innanzitutto è da osservarsi che si tratta di vendita di frumento e quindi di una quantità di cose *quae pondere numero mensura constant*. La conseguenza è che ovviamente la vendita in questione non era

che giudica « probably an unfortunate gloss endeavouring — erroneously — to explain why it was *siliginarius* and not the customer who was victim of *furtum* as reported by Labeo »; secondo l'autore, se ben ne interpreto il pensiero che però non ritengo né sufficientemente argomentato né persuasivo, il passaggio sarebbe da attribuire alla mano dei compilatori o di altri che avrebbero voluto al loro tempo giustificare la soluzione labeoniana, in un momento in cui il riconoscimento dell'istituto della rappresentanza avrebbe comportato che la condotta del passante (falso rappresentante) derubasse non il mercante, ma il compratore (rappresentato).

⁽³¹⁾ H.J. SCHELTEMA-D. HOLWERDA-N. VAN DER WAL, *Basilicorum libri LX*, 8, Groningen 1983, p. 2837.

perfetta prima della pesatura, della numerazione o della misurazione⁽³²⁾. Peraltro il testo di Labeone non specifica se il frumento fosse già stato individuato nel momento dell'accordo tra venditore e compratore.

Si possono invero formulare due distinte ipotesi. Si voglia credere che la vendita si fosse perfezionata, che quindi la cosa e il prezzo fossero stati determinati. L'ovvia conseguenza era che da quel momento il rischio del perimento fortuito passava al compratore⁽³³⁾. Tuttavia, anche i sostenitori più acerrimi della illimitata vigenza del principio del *periculum emptoris* ammettono che le conseguenze del principio, per cui il compratore sopportava il rischio a partire dal momento della perfezione della vendita, erano temperate dalla circostanza che sul venditore gravava l'obbligo di *custodiam praestare*⁽³⁴⁾. Infatti il

(32) Sulla vendita di cose fungibili, nei limiti in cui il diritto romano l'ha conosciuta, si veda, da ultimo, TH. RÜFNER, *Vertretbare Sachen? Die Geschichte der res, quae pondere numero mensura constant*, Berlin 2000, in particolare pp. 49 ss. e sulla questione del momento in cui si concretava la vendita di cose fungibili e cioè solo quando le quantità fossero presenti e fisicamente apprezzabili dalle parti all'atto della misurazione o della consegna si vedano, in particolare, F. CASAVOLA, *Emptio pondere numero mensura*, in Scritti giuridici raccolti per il centenario della casa editrice Jovene 1854-1954, Napoli 1954, pp. 578 ss. e W. ERNST, *Gattungskauf und Lieferungskauf im römischen Recht*, in ZSS, 114, 1997, pp. 303 ss.

(33) Che, dal momento dell'*emptio perfecta*, il rischio del perimento fortuito della cosa venduta passasse al compratore, che era tenuto a pagarne il prezzo, se anche non ne conseguisse la disponibilità materiale, è un principio ampiamente applicato nella compilazione giustiniana, sebbene alcune fonti più antiche attestino invece la regola del *periculum venditoris*; il tema della ripartizione del rischio contrattuale nella compravendita, nella fase tra la perfezione della vendita e il conseguimento della materiale disponibilità della cosa, ha invero da sempre costituito materia di vivaci dibattiti in letteratura: per una sintesi delle ricostruzioni che sono state avanzate in letteratura in merito al principio si veda M. TALAMANCA, *v. Vendita in generale (diritto romano)*, in ED, 46, 1993, pp. 449 ss. e IDEM, *Considerazioni sul "periculum rei venditae"*, in Seminarios complutenses de derecho romano, 7, 1995, in particolare pp. 221 ss., nonché, per un quadro anche della letteratura più recente, cfr. M. PENNITZ, *Das periculum rei venditae. Ein Betrag zum "aktionenrechtlichen Denken" im römischen Privatrecht*, Wien-Köln-Weimar 2000, specificamente con riferimento alla vendita di cose fungibili pp. 276 ss.

(34) Sulla responsabilità per *custodia* come forma di correzione sensibile dell'eventuale squilibrio tra la posizione del venditore e quella del compratore rispetto alla corrispettività delle prestazioni, si veda KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 1, p. 552 e TALAMANCA, *v. Vendita* cit., p. 458; lo stesso KASER, peraltro, in *Die actio furti* cit., p. 125 nt. 145, non analizza il passo di D. 47.2.52.11 nell'ambito della sua ricerca sulla

venditore rispondeva per l'ipotesi di « *custodia-Verletzung* ⁽³⁵⁾ », ovvero sia per il caso in cui egli non fosse in grado di consegnare la cosa per non avere adempiuto al suo obbligo di custodia, ivi compresa l'eventualità che la cosa venisse clandestinamente sottratta. Se dunque al momento del furto la vendita fosse stata già perfetta, la soluzione labeoniana di legittimare il venditore ad esperire l'azione per il furto sarebbe risultata pienamente giustificata dai principi in materia di rischio.

Ma il silenzio del testo è anche altrimenti interpretabile e cioè nel senso che la quantità di frumento e il prezzo non fossero stati ancora determinati al momento dell'accordo tra venditore e compratore. I due si sarebbero solo intesi perché una persona di fiducia del compratore passasse per il ritiro del frumento, ma la vendita di genere non sarebbe stata configurabile finché il *genus* non venisse individuato mediante la *traditio* al compratore o a chi per lui. Se così stessero i termini della questione, il venditore era colui che, prima della perfezione della vendita, sopportava il rischio dell'eventuale furto della merce e quindi era, anche in questo caso, colui *cui interest rem salvam esse* ⁽³⁶⁾. Pure in questa ipotesi la soluzione labeoniana che legittima il venditore ad agire per il furto risulterebbe allora perfettamente coerente.

Se l'assenza di precisazioni testuali sembra fare propendere per il mancato intervento del momento individuativo del frumento, quanto in realtà rileva ai fini della comprensione della soluzione labeoniana non è tanto la questione della perfezione della vendita, quanto quella della proprietà del frumento. Pro-

legittimazione all'azione per il furto del venditore, limitandosi a citarlo come testimonianza che non rientra tra quei testi in cui l'*actio furti* spettava al venditore sulla base della proprietà dello stesso sulla cosa (e non già sulla base della sua responsabilità per *custodia*).

⁽³⁵⁾ Cfr. KASER, *Die actio furti* cit., pp. 89 ss. e specificamente p. 125.

⁽³⁶⁾ Sono le parole del celebre Gai. 3.203: *Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit rem non perire*; sulla legittimazione all'*actio furti*, in particolare del venditore (che interessa direttamente per l'interpretazione di D. 47.2.52.11), si vedano specificamente HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., pp. 167 ss., DE ROBERTIS, *La legittimazione* cit., pp. 55, ROSENTHAL, *Custodia* cit., pp. 217 ss., SCHULZ, *Die Aktivlegitimation* cit., p. 23 ss., KASER, *Die actio furti* cit., pp. 89 ss., cui si rinvia (p. 89 nt. 1) per altre indicazioni bibliografiche.

prietario del frumento doveva essere il venditore. Infatti, anche in caso di vendita perfetta, prima della *traditio* la proprietà non poteva passare all'eventuale acquirente e ciò a prescindere dal fatto che in questo caso l'accipiente era un impostore. Là dove Ulpiano, riferendo l'insegnamento di Labeone, afferma *quisquis nomine eius siliginem petisset, ei daret*, la presenza del verbo *dare* non sembra affatto casuale. Nel linguaggio giuridico *dare* è infatti molto di frequente utilizzato nell'accezione di *dare ... ut accipientis fiat* ⁽³⁷⁾ e quindi di consegnare al fine di trasferire la proprietà all'accipiente ⁽³⁸⁾. La presenza nel testo di tale verbo corrobora insomma l'ipotesi che, nella fattispecie descritta da Labeone, il venditore fosse il proprietario del frumento.

Non ci si può a questo punto sottrarre all'interrogativo se, con la *traditio* del frumento, di esso diventasse proprietario il falso incaricato. In letteratura si è sostenuto che, alla luce della distinzione di Nerazio in D. 47.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*) ⁽³⁹⁾, sulla responsabilità per furto del falso procuratore a seconda di quale fosse la volontà del proprietario-tradente, la decisione di Labeone sarebbe del tutto incomprensibile e dimostrerebbe come il giurista augusteo ignorasse che uno dei presupposti del furto era la condotta *invito domino* e quindi la contraria volontà del proprietario ⁽⁴⁰⁾. In realtà — a mio modo di vedere — la soluzione labeoniana non sarebbe affatto in contrasto con quella di Nerazio. Infatti nella fattispecie descritta da Labeone pare che il mercante intendesse trasferire la proprietà del frumento all'acquirente e non già all'impostore. Quindi la *traditio* risultava comunque viziata dall'assenza della volontà del mercante stesso di trasferire la proprietà al passante imbroglione ⁽⁴¹⁾. Se

⁽³⁷⁾ Così si esprime Gaio nel § 3.90 delle sue Istituzioni in tema di mutuo: (...) *Quae res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiat et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est ex meo tuum fit.*

⁽³⁸⁾ Cfr. *Vocabolarius iurisprudentiae romanae auspiciis instituti savignani inchoatum*, Berolini 1933, c. 298, nr. I.5; su questa « Bedeutung im weiteren Sinn » del verbo *dare* cfr. anche HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon* cit., p. 120, lett. e.a.

⁽³⁹⁾ Cfr. *supra* § 3.

⁽⁴⁰⁾ Pone in evidenza questo aspetto HUVELIN, *Études* cit., p. 553, affermando che « Dans ces conditions, Neratius lui aurait refusé l'action *furti* », in quanto il venditore avrebbe avuto l'intenzione di trasferire la proprietà all'accipiente.

⁽⁴¹⁾ Accenna al fatto che, nella fattispecie, ricorra un vizio della tradizione

così fosse, la *traditio* ivi descritta rientrerebbe allora a pieno titolo nella prima delle due fattispecie descritte da Nerazio, quella per cui, se il debitore intendeva trasferire la proprietà non già a chi si dichiarava legittimato a ricevere, ma al creditore, l'accipiente commetteva furto. Quest'ultimo commetteva furto perché percepiva in malafede quanto il tradente non intendeva trasferire a lui.

È stato anche osservato che Labeone abbia voluto mettere in evidenza, con la decisione del caso, che il venditore fosse stato poco diligente nel non verificare la sussistenza del « rapporto d'indicazione » tra l'acquirente e il preteso legittimato ⁽⁴²⁾. Tuttavia, alla luce di quanto osservato, il dato mi sembra del tutto irrilevante, in quanto il venditore rispondeva comunque nell'ipotesi in cui l'adempimento non fosse stato posto in essere, senza che importasse se avesse o meno preso tutte le possibili precauzioni per evitare l'evento e se quindi, proprio a causa della sua negligenza, l'impostore fosse stato in grado di effettuare la sottrazione. Anche sotto questo profilo la soluzione della fattispecie dunque non sorprende: era il venditore a dovere farsi carico di agire in giudizio, perché era da ascrivere a lui l'impossibilità di consegnare la *res* all'acquirente.

Alla luce di queste considerazioni, anche la seconda parte del testo, sulla cui genuinità si è tanto dubitato, trova una sua giustificazione logica. Infatti se soggetto legittimato ad esperire l'*actio furti*, secondo Ulpiano, non era *Ego*, ovverosia l'acquirente del frumento, bensì il mercante, la frase finale ben può fungere da motivazione della soluzione: *non enim mihi negotium, sed sibi siliginarius gessit*. Con queste parole il giurista specifica che al compratore non spettava l'azione per il furto a causa dell'inesistenza di un *negotium gerere* tra lui e l'imbroglione. In effetti il compratore neanche conosceva l'imbroglione sostituitosi alla persona che da lui doveva essere incaricata a

determinato dall'errore del tradente sulla persona dell'accipiente, C. FERRINI, *Manuale di Pandette*⁴ [G. GROSSO cur.], Milano 1953, p. 308 nt. 5; invece sbaglia, a mio parere, alla luce della interpretazione testuale da me proposta, FITTING, *Sciens indebitum accipiens* cit., pp. 41 s. quando sostiene che il venditore, non essendo caduto in errore sull'identità dell'accipiente, avesse inteso trasferire la proprietà all'accipiente stesso, per cui il vizio della *traditio* sarebbe dipeso dalla malafede dell'accipiente.

⁽⁴²⁾ Evidenzia il punto, ponendosi l'interrogativo BETTI, *Esercitazioni* cit., p. 48.

ritirare il frumento e tra i due non risultava ovviamente esistere alcun rapporto. Chi *negotium gessit* con l'impostore è invece, secondo il giurista, il venditore. Ciò non significa certo che tra i due intercorresse un rapporto contrattuale, ma solo che, visto che l'affare era stato concluso tra il mercante e l'imbroglione, fosse il primo a dovere portare in giudizio il secondo. L'espressione *negotium gerere* sembra, in sostanza, potersi intendere come riferita a quell'atto a cui il venditore era tenuto e cioè la consegna del frumento ⁽⁴³⁾. In sostanza — pare potersi desumere logicamente — il piano processuale doveva ricalcare quello negoziale e quindi se il *negotium gerere* era intercorso tra mercante e accipiente abusivo, anche il processo doveva intervenire tra i suddetti due soggetti.

Dovendosi dunque ammettere la genuinità del passo, si tratta a questo punto di capire fino a che punto esso riporti un'opinione di Labeone e fino a che punto sia invece riconoscibile un eventuale intervento successivo di Ulpiano. Come è stato sostenuto da HUVELIN ⁽⁴⁴⁾, potrebbe in effetti ipotizzarsi che Ulpiano abbia citato un insegnamento di Labeone e che abbia voluto però in seguito completare la fattispecie. Il giurista epiclassico avrebbe cioè riferito il caso come risolto da Labeone e avrebbe poi aggiunto la parte finale *non mihi ... gessit*, quale sua motivazione alla soluzione del caso. Come è stato messo in evidenza, è in effetti possibile che l'uso del verbo *gerere* sia da ascrivere a Labeone ⁽⁴⁵⁾. Pur solo in via congetturale è allora possibile avanzare una differente ipotesi e cioè che Ulpiano abbia riferito l'insegnamento di Labeone espresso in discorso diretto e lo abbia poi trasposto in discorso indiretto nella prima parte del passo, omettendo però di farlo nella seconda. Si giustificerebbe così l'andamento incoerente del testo e l'intero

⁽⁴³⁾ Che per *negotia* si intendessero sia attività giuridiche sia attività non giuridiche, è noto; sul punto e sulla circostanza che non si possa sostenere una prevalenza nelle fonti delle attività giuridiche su quelle non giuridiche, in quanto, se è più frequente la menzione delle prime, ciò sembra dipendere dalla maggiore complessità dei problemi che esse originavano, si veda, anche per un'attenta ed approfondita analisi del sintagma *negotia gerere*, FINAZZI, *Ricerche* cit., 2, p. 50.

⁽⁴⁴⁾ Così HUVELIN, *Études* cit., p. 550.

⁽⁴⁵⁾ È ALBANESE, "Agere" "gerere" e "contrahere" in *D. 50,16,19. Congetture su una definizione di Labeone*, in SDHI, 38, 1972, p. 218 a porre in rilievo che, in *D. 47.2.52.11*, la frase contenente un derivato del verbo *gerere* sia verosimilmente di Labeone.

contenuto del passo, compresa la motivazione e quindi anche l'espressione *negotium ... gessit*, potrebbe attribuirsi al giurista augusteo.

In ultimo, si pone una questione relativa al rapporto tra falso legittimato e colui per cui conto questi dichiarava di operare. Il falso legittimato descritto nel frammento non costituisce infatti un *falsus procurator* e di tale locuzione il passo non fa menzione. Si tratta in realtà di capire quale fosse la forma di autorizzazione che il compratore aveva conferito a colui che doveva ritirare il grano, ma che non arrivò mai a ritirarlo, essendo subdolamente intervenuto l'altro al suo posto. Il compratore aveva indicato al venditore una terza persona a cui effettuare la consegna. Benché nel testo non ve ne sia esplicita menzione, è stato sostenuto che si tratti di una delegazione di dare e ancora più tecnicamente di una tradizione esecutiva di una delegazione di dare ⁽⁴⁶⁾. Se così fosse, il compratore sarebbe il delegante, mentre delegatario sarebbe stato colui che negli accordi avrebbe dovuto ritirare la consegna. Tuttavia all'argomento di per sé non determinante per cui nel testo manca un espresso riferimento alla delegazione ⁽⁴⁷⁾, si aggiunge la constatazione della difficoltà di individuare nella fattispecie le due *dationes* attuative del rapporto di provvista e di valuta. Infatti se anche in teoria è immaginabile che l'attribuzione patrimoniale, materialmente fatta al delegatario, fosse considerata giuridicamente compiuta dal delegante, più problematico sembra credere qui in concreto che il rapporto tra il venditore e il compratore fosse un rapporto di provvista tra delegato e delegante e soprattutto che il rapporto tra compratore e intermediario (tra delegante e delegatario) costituisse un rapporto di valuta. La frase *ut quisquis nomine eius siliginem petisset, ei daret* non sembra infatti lasciare intuire la presenza di un debito sottostante gravante sul compratore nei confronti dell'intermediario, né tantomeno risulta ipotizzabile che il compratore avesse voluto adempiere tale debito, delegando l'intermediario a ritirare per suo conto il grano. Il rapporto tra i due

⁽⁴⁶⁾ In tale senso BETTI, *Esercitazioni* cit., p. 45 s.

⁽⁴⁷⁾ È infatti ben noto quanto siano numerosi i passi dei giuristi classici in cui è riconoscibile l'istituto della delegazione, pur non essendoci l'uso del verbo *delegare*; sul punto cfr., da ultimo, ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, pp. 27 ss.

sembra più verosimilmente descrivibile come un caso di incarico dato ad un certo soggetto di ritirare il sacco di grano o di farina, verosimilmente per esigenze di trasporto, con una figura molto più simile a quella del *procurator* ⁽⁴⁸⁾, piuttosto che a quella del delegato e del rapporto strutturalmente trilaterale che la delegazione presume.

7. *Il furto del falsus procurator ai danni del delegante.*

Un altro passo di Pomponio, oltre al già considerato D. 47.2.76(75) (Pomp. 21 *ad Q. Mucium*) ⁽⁴⁹⁾, è da prendere in considerazione. In un diverso commentario, non più quello *ad Quintum Mucium*, ma quello *Ad Sabinum* Pomponio sembra enunciare un principio di carattere generale in tema di furto del falso procuratore:

D. 47.2.44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*): *Si iussu debitoris ab alio falsus procurator creditoris accepit, debitori iste tenetur furti et nummi debitoris erunt* ⁽⁵⁰⁾.

Il testo, oggi ritenuto classico ⁽⁵¹⁾, costituisce uno dei cardini

⁽⁴⁸⁾ Degno di nota è uno scolio dei Basilici a D. 47.2.52.11 e precisamente quello riferito alle parole ὄνοματί μου (il XXV scolio a B. 60.12.52 dell'edizione H.J. SCHELTEMA-D. HOLWERDA-N. VAN DER WAL, *Basilicorum libri LX. Series B. Volumen VIII. Schola in libros LVII-LX*, 8, Groningen 1983, 5, p. 3397), che vengono puntualizzate nel senso che ad essere incaricato a ricevere la consegna era o il *filius* o il servo: Πρὸς τὸν σίλινγοπράτην πλασάμενος υἱὸς μου εἶναι ἢ δοῦλός μου.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. *supra* § 5.

⁽⁵⁰⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 669, c. 127.

⁽⁵¹⁾ I sospetti di VON BESELER, *Beiträge* cit., 4, p. 319 su *debitori ... iste e et nummi ... erunt*, di E. BETTI, *L'attuazione di due rapporti causali attraverso un unico atto di tradizione (Contributo alla teoria della delegazione a dare)*, in BIDR, 41, 1933, p. 205 su *iste*, di DONATUTI, *Studi sul procurator* cit., 2, p. 138 e di SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., p. 50 nt. 23 e 55 nt. 46 su *falsus* e sulla frase finale *et nummi ... erunt* e su quest'ultima anche di HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., pp. 282 s. e 313 nt. 1 (ma cfr. IDEM, *Grenzen* cit., p. 8 nt. 31) sono da tempo ritenuti superati: cfr. W. ENDEMANN, *Der Begriff der Delegatio im klassischen römischen Recht*, Marburg 1959, p. 39, W. FLUME, *Die delegatio ad solvendum und die angebliche Lehre des Celsus vom Durchgangserwerb*, in *Rechtssakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1990, p. 74, A. BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino 1950, p. 67 nt. 22, U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und in geltenden Recht mit Beiträgen zur Delegation und*

fondamentali della cosiddetta teoria del « Durchgangserwerb », in quanto in esso i sostenitori di tale teoria hanno creduto di riconoscere l'adesione di Pomponio all'insegnamento di Celso quale risulta da D. 24.1.3.12 (Ulp. 32 *ad Sab.*)⁽⁵²⁾. Ma non è questa ovviamente la sede per approfondire l'intricata ed estremamente controversa questione relativa a se la costruzione logica del doppio trapasso, dal delegato al delegante e dal delegante al delegatario, fosse esclusivamente celsina o fosse invece condivisa da altri esponenti della giurisprudenza classica e in particolare da Pomponio⁽⁵³⁾.

Venendosi al contenuto del testo, il giurista descrive qui un caso in cui il *falsus procurator* del creditore riscuoteva del danaro, ma, anziché riceverlo dal debitore, lo percepiva da un altro soggetto su indicazione del debitore stesso. Si tratta quindi di una riscossione da parte del presunto procuratore complicata dalla presenza di un quarto in un rapporto quadrangolare in cui, oltre al creditore, al falso procuratore e al debitore, subentra il tradente e cioè colui che materialmente effettuava il pagamento per delega del debitore. Pomponio risolve il caso, non discutendo se ricorresse o meno il furto, ma dando per scontato che si trattasse di furto. Il problema posto dal giure-

Novation, Berlin 1965, pp. 46 s., ANGELINI, *Il "procurator"* cit., p. 233; CANNATA, *Atto cit.*, p. 349 nt. 58, APATHY, *Procurator* cit., p. 81 nt. 54, BREMER, *Leistung* cit., p. 99, M. KASER, *Zur Frage einer "condictio" aus gutgläubigem Erwerb oder gutgläubiger Leistung im römischen Recht*, in *Festschrift W. Felgentraeger*, Göttingen 1969, p. 287, ora in *Ausgewählte Schriften 2*, Camerino 1976, p. 353 nt. 59, S. WEYAND, *Der Durchgangserwerb in der juristische Sekunde. Systemdenken oder Problemendenken im klassischen römischen Recht*, Göttingen 1989, p. 114, STOLMAR, *Die formula* cit., p. 11, M. WIMMER, *Zum Leistungserfolg bei der Anweisung zum Zahlen an einen Nichtberechtigten*, in *OIR*, 4, 1998, pp. 116 ss., J.L. ALONSO, *Estudios sobre la delegación. I. La doble atribución patrimonial (Primera parte)*, Santiago de Compostela 2001, p. 222 e da ultimo KLINCK, *Erwerb* cit., pp. 343 s.

⁽⁵²⁾ Sulla testimonianza cfr., specificamente, *infra* § seguente.

⁽⁵³⁾ Sulla teoria del doppio trapasso e sulla letteratura che se ne è occupata, si veda *infra* § successivo. Da ultimo peraltro sembra prevalere l'opinione che Pomponio in D. 47.2.44 pr. non volesse riferirsi ad un doppio trapasso di proprietà, ma ammettesse semplicemente l'acquisizione del delegante nel momento in cui non risultasse possibile quella al delegatario: in tale senso ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 224, precisando che la costruzione logica del doppio trapasso sia esclusivamente celsina e quindi non condivisa né da Pomponio né da Ulpiano, che in D. 24.1.3.12 cita Celso; concorda col fatto che « der Stelle läßt sich nicht für eine Durchgangstheorie entnehmen », anche KLINCK, *Erwerb* cit., p. 344.

consulto è infatti piuttosto quello relativo a chi fosse il soggetto nei confronti del quale il furto veniva perpetrato, se nei confronti del *solvens* per indicazione del debitore o nei confronti del debitore stesso che ha delegato il pagamento. Il giurista quindi, intendendo prendere posizione sulla legittimazione all'azione per il furto, e non già sulla sussistenza o meno del furto che dà per acquisita, enuncia la soluzione nel senso che il falso procuratore era tenuto per furto nei confronti del debitore-delegante.

Del brevissimo passo ha fatto molto discutere l'apodosi del periodo ipotetico. Se non sembra potersi dubitare del fatto che la frase sia riferita al debitore delegante e non già al delegato, che non viene presentato nel passo come debitore⁽⁵⁴⁾, si discute sul significato della frase finale del passo *et nummi debitoris erunt*⁽⁵⁵⁾. KUPISCH ha infatti avanzato l'idea che: « An dem mittels der *actio furti* erlangten Geld erwirbt der Delegant Eigentum »⁽⁵⁶⁾. Secondo l'autore tale frase e, in particolare, il salto temporale tra la forma verbale al presente *tenetur* e quella al futuro *erunt*, chiarirebbero quando il delegante diventava proprietario delle monete. Nella logica del doppio trapasso il delegante avrebbe acquisito la proprietà del danaro non nel momento della consegna delle monete dal delegato al delegatario, bensì in seguito all'esperimento dell'*actio furti* contro il delegatario impostore. Kupisch intende quindi le ultime parole del passo nel senso che l'acquisto da parte del delegante della somma pagata dal delegato al falso procuratore è la conseguenza della condanna di quest'ultimo tramite l'*actio furti*⁽⁵⁷⁾.

A critica di tale interpretazione, è già stato opportunamente posto in evidenza che le monete qui menzionate quali appartenenti al delegante sembrano non altre, ma le stesse che il procuratore ha riscosso⁽⁵⁸⁾. Mancano in realtà appigli per

(54) Evidenzia il fatto che, a differenza di quanto accade in D. 24.1.3.12, il delegato non viene specificamente indicato come debitore ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 222 nt. 40.

(55) La frase è considerata interpolata da VON BESELER, *Beiträge* cit., 4, p. 319 e HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., p. 282, che però non avanza più questo sospetto in *Grenzen* cit., p. 8 nt. 31, tornando sui propri passi.

(56) KUPISCH, *Der angebliche Durchgangserwerb* cit., p. 84.

(57) KUPISCH, *Der angebliche Durchgangserwerb* cit., pp. 83 s.

(58) Così — criticamente sull'interpretazione di Kupisch — M. KASER, *Durchgangserwerb*, in *Labeo*, 26, 1980, pp. 45 e, da ultimo, ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 223 nt. 40.

sostenere che il delegante sarebbe diventato proprietario delle stesse solo con l'esperimento dell'*actio furti*. Anche la divergenza temporale tra *tenetur* e *erunt* può meno macchinosamente trovare spiegazione alla luce del fatto che il tempo futuro è idoneo ad esprimere una possibilità o una probabilità nel presente ⁽⁵⁹⁾.

È in una prospettiva diversa che, nell'ambito di questa indagine, la parte finale del testo pomponiano si dimostra di particolare interesse. Essa si riferisce infatti al nodo problematico che pare emergere sempre più nitidamente quale una costante nei testi in materia di falso procuratore, ovverosia quello della proprietà del danaro. Infatti in essa il giurista riferisce che la proprietà del danaro rimaneva senz'altro del debitore e che quindi l'accipiente non diventava mai proprietario dei *nummi*. Analogamente si esprime anche Ulpiano nel già considerato passo di D. 47.2.43 pr. ⁽⁶⁰⁾, in cui, definendo la figura del *falsus creditor*, si trova una frase quasi identica: *nec nummi eius fiant*. Peraltro la frase finale *et nummi debitoris erunt* avrebbe un significato in parte differente dalla corrispondente *nec nummi eius fient* di D. 47.2.43 pr. Nel passo pomponiano essa chiarisce il presupposto logico della legittimazione dell'azione per il furto che spettava non già al *solvens* che aveva materialmente effettuato il pagamento, ma al debitore-delegante, in quanto proprietario del danaro. Invece nel brano ulpiano la stessa frase costituisce egualmente un presupposto logico, ma non già della spettanza dell'azione, bensì della responsabilità per furto. A mio modo di vedere, dunque, il riferimento alla proprietà del danaro, nonostante sia fatto in termini quasi identici da Pomponio e da Ulpiano, pare avere nei due passi un ruolo differente. Ad ogni modo Ulpiano, così come Pomponio, lasciano intendere che chi incassava in malafede un indebito era colui che commetteva furto e non diventava proprietario del danaro. E in entrambi i passi poi la frase riferita alla proprietà dei *nummi* è in rapporto di coordinazione con la frase principale, posposta ad essa con asindeto. In ambedue i casi quindi il riferimento appare — almeno a prima vista — più

⁽⁵⁹⁾ In tale senso KASER, *Durchgangserwerb* cit., p. 43 e ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 223 nt. 40.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. *supra* § 2.

come una conseguenza della decisione che come un presupposto della stessa ⁽⁶¹⁾.

La frase finale di D. 47.2.44 pr. è peraltro da confrontare con il testo di D. 47.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*) ⁽⁶²⁾, in cui il riferimento al trasferimento dei *nummi* viene fatto due volte. Infatti nel descrivere la prima fattispecie, Ulpiano si esprime con *et manent nummi debitoris*, chiarendo che, se il debitore riteneva il procuratore un mero intermediario nel pagamento, quest'ultimo non diventava proprietario della somma consegnata e commetteva furto. Quindi del mancato trasferimento dell'appartenenza qui si parla prima che della responsabilità per furto, per cui risulta che il mancato trasferimento sia qui un presupposto della responsabilità e non già un suo effetto. Così accade anche nella seconda fattispecie descritta nel frammento 43.1. Lo stesso Ulpiano specifica infatti che il falso procuratore non diventava proprietario del danaro e commetteva furto, esprimendosi in termini differenti: *si ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant nullo modo eum furtum facere ait*. Viene quindi specificato che la dazione dei *nummi* da parte del debitore era effettuata con l'intenzione del tradente che i *nummi* stessi non diventassero del falso procuratore, in quanto il debitore era consapevole che tale soggetto fosse un mero intermediario e che proprietario del danaro dovesse diventare colui per cui conto il procuratore fingeva di operare. Da ciò Ulpiano deduce la responsabilità per furto del falso procuratore.

In realtà, la formulazione del testo di D. 47.2.43.1 e, in particolare, la sequenza mancato trasferimento della proprietà e quindi responsabilità per furto dell'accipiente sembra fornire l'appiglio per meglio intendere sia il passo di Pomponio di D. 47.2.44 pr. sia il *principium* del frammento 43. In questi due ultimi testi la frase coordinata, seppure posposta rispetto all'affermazione della responsabilità per furto, può ritenersi infatti costituire non una conseguenza, ma un presupposto logico della

⁽⁶¹⁾ La menzione del problema del passaggio della proprietà prima di quello dell'esperibilità dell'*actio furti* è addirittura additata da VON BESELER, *Beiträge* cit., 4, p. 319 quale indizio di interpolazione, in quanto si tratterebbe di un'anticipazione illogica. Sul problema della *traditio* e del passaggio di proprietà dal tradente all'accipiente, cfr. *infra* § successivo e § 32.

⁽⁶²⁾ Cfr. *supra* § 3.

responsabilità stessa. È stato del resto già opportunamente posto in evidenza che la collocazione della frase relativa alla proprietà del danaro, dopo quella inerente la legittimazione dell'*actio furti* in D. 47.2.44 pr., sia giustificabile alla luce della sistemazione del passo in questione nella sede del furto, da cui discenderebbe una priorità della questione del delitto rispetto a quella dell'appartenenza del danaro⁽⁶³⁾. In effetti, era proprio il fatto che proprietario rimanesse il debitore a comportare — a mio modo di vedere — che il falso procuratore fosse da ritenersi ladro, perché costui arrivava a possedere *invito domino* qualcosa che non era suo e che non sarebbe diventato suo. Egli non avrebbe potuto invece commettere furto, se fosse diventato proprietario del danaro. Dunque il riferimento al trasferimento delle monete sembra doversi intendere, anche in D. 47.2.44 pr. e in D. 47.2.43 pr., quale dato che logicamente non segue, ma precede la responsabilità per furto.

8. *Il furto di qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit ai danni del delegante.*

L'indagine sul passo pomponiano di D. 47.2.44 pr. coinvolge la notissima testimonianza di Ulpiano, che cita Celso⁽⁶⁴⁾:

D. 24.1.3.12 (Ulp. 32 *ad Sab.*): *Sed si debitorem suum ei solvere iusserit, hic quaeritur, an nummi fiant eius debitoremque liberetur. et Celsus libro quinto decimo digestorum scribit videndum esse, ne dici possit et debitorem liberatum et nummos factos mariti, non uxoris: nam et si donatio iure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret: nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori. nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere: nam et si is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo iubente te*

(63) Così KASER, *Durchgängerwerb* cit., p. 45 nt. 98.

(64) Il frammento, fulcro della teoria del « *Durchgängerwerb* », è già stato menzionato *supra* § precedente.

pecuniam acceperit, et furti actionem te habere constat et ipsam pecuniam tuam esse ⁽⁶⁵⁾.

Di questo testo, cavallo di battaglia della teoria celsina del doppio trapasso ⁽⁶⁶⁾, interessa — per i circoscritti obiettivi di

⁽⁶⁵⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 2764, c. 1138.

⁽⁶⁶⁾ La cosiddetta « Durchgangstheorie », così chiamata per primo da R. VON JHERING, *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Recht und deutschen Privatrecht*, 1, Jena 1857, pp. 305 ss. e in *Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Recht und deutschen Privatrecht*, 2, Jena 1858, p. 133 s., trova fondamento proprio nel testo di D. 24.1.3.12 e, in particolare, nell'affermazione celsina: *nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori*. Con tale frase Celso sembra infatti puntualizzare che la *delegatio solvendi* desse luogo ad una doppia dazione, dal delegante al delegato e dal delegato al delegatario, ma soprattutto che l'acquisizione intermedia del delegato avvenisse in maniera così rapida da prodursi in un unico istante logico (« logische Sekunde ») e da determinare la definitiva acquisizione del delegatario. Il tema ha suscitato una fervida e vivace discussione soprattutto tra gli studiosi di lingua tedesca, tra cui si vedano specificamente F. HAYMANN, *Schutz des guten Glaubens des leistenden Schuldners im römischen Recht*, in *BIDR*, 51-52, 1948, pp. 398 ss., H.U. HAEBERLIN, *Die Kausalbeziehungen bei der delegatio*, in *ZSS*, 74, 1957, p. 126 s., ENDEMANN, *Der Begriff* cit., pp. 36 ss., F. WIEACKER, *Die juristische Sekunde. Zur Legitimation der Konstruktionsjurisprudenz*, in *Existenz und Ordnung. Festschrift E. Wolf*, Frankfurt 1962, p. 421 ss., ora in *Kleine Juristische Schriften*, Göttingen 1988, pp. 77 ss., H.J. WOLFF, *Julian und die celsinische 'Durchgangstheorie'*, in *Mélanges P. Meylan*, Lausanne 1963, p. 409 ss., H.H. JAKOBS, *Delegation und Durchgangserwerb*, in *ZSS*, 91, 1974, p. 204 ss., K. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*, Köln-Wien 1974, pp. 27 ss., B. KUPISCH, *Der angebliche Durchgangserwerb des Celsus (Ulp.D.24,1,3,12)*, in *ZSS*, 93, 1976, p. 60 ss., G. THIELMANN, *Unwirksame Vollzugsverhältnisse bei der Delegation*, in *ZSS*, 100, 1983, pp. 250 ss., KASER, *Durchgangserwerb* cit., pp. 24 ss., R. STOLMAR, *Die Genesis der utilis actio aus der celsinischen Durchgangstheorie*, Sindelfingen 1984, *passim*, IDEM, *Die formula* cit., pp. 1 ss., WEYAND, *Der Durchgangserwerb* cit., pp. 79 ss., D. SCHANBACHER, *Zur Bedeutung der Leistungszweckbestimmung bei der Übereignung durch traditio und beim Leistungsversprechen durch stipulatio*, in *TR*, 60, 1992, pp. 6 ss., WIMMER, *Zum Leistungserfolg* cit., pp. 116 ss., J. HARKE, *Argumenta Iuventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen*, Berlin 1999, pp. 83 ss. Della classicità del testo oggi non si dubita più: si veda esplicitamente M. KASER, *Zur Frage einer "condictio"* cit., p. 355 ss. e in particolare nt. 73. Sul testo cfr. anche PEROZZI, *Della tradizione* cit., p. 45, VON BESELER, *Beiträge* cit., 4, pp. 318 s., BETTI, *L'attuazione* cit., pp. 197 ss., L. ARU, *Di un caso particolare di delegazione a "solvere"*, in *BIDR*, 44, 1936-1937, pp. 332 ss., E. RABEL, *In tema di delegazione*, in *Scritti C. Ferrini*, 4, Milano 1949, p. 219, H. SIBER, *Retentio propter res donatas*, in *Studi S. Riccobono*, 3, Palermo 1936, p. 269, SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., pp. 247 s., VOGLI, *Modi di acquisto* cit., pp. 122 ss., ALBANESE, *La nozione del furtum da*

questa indagine — esclusivamente la seconda parte, quella introdotta da *nam et*.

Il giurista ha appena descritto il caso di una delegazione in cui il rapporto di valuta consisteva in una donazione tra coniugi vietata dall'ordinamento. Alla luce della nullità del negozio attuativo della delegazione, ogni trasferimento avrebbe dovuto rivelarsi nullo. Propendendo per la conservazione del negozio, Celso invece trova un espediente. Egli riconosce nel caso di specie la presenza di due distinti negozi e cioè il trasferimento di proprietà dal delegato al delegante e quello dal delegante al delegatario. Questa "scomposizione" del rapporto delegatorio ⁽⁶⁷⁾ faceva sì che, se a causa del divieto non avesse potuto attuarsi il rapporto di valuta, ciò non avrebbe inficiato la validità del rapporto di provvista. La soluzione celsina era quindi nel senso che, attuandosi il rapporto causale valido, quello di provvista, gli effetti traslativi si verificavano in capo al delegante: il delegato-debitore conseguiva la liberazione e il delegante-marito — e non già la delegataria-moglie — acquisiva la proprietà del danaro ⁽⁶⁸⁾. Ulpiano, dopo avere affermato che non fosse affatto nuovo e straordinario che a ricevere giuridicamente il danaro stesso fosse una persona diversa da quella che materialmente lo avesse percepito (*quod per alium accipias, te accipere*), descrive — forse a completamento dell'insegnamento di Celso da lui citato ⁽⁶⁹⁾ — un

Nerazio a Marciano cit., pp. 107 ss., DUMONT-KISLIAKOFF, *La simulation* cit., p. 176, MITTELSTEN SCHEID, *Die Vorliebe* cit., p. 28, ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 216 e, da ultimo, KLINCK, *Erwerb* cit., pp. 300 ss.

⁽⁶⁷⁾ Sulla « querelle » se tale idea della delegazione quale una doppia dazione, escogitata da Celso al fine della conservazione del negozio, sia da qualificare come una finzione elaborata dal giurista oppure quale una semplice analogia, si vedano, nel primo senso, J. DUQUESNE, *Donatio, delegatio, condictio* (Celso, *D.39,1,21,1 et Paul. D.44,4,5,5*, in *Mélanges P.F. Girard*, 1, Paris 1912, p. 412, E. BUND, *Rec. a Endemann*, in *Iura*, 11, 1960, p. 253, WOLFF, *Julian* cit., p. 432, VON LÜBTOW, *Die Entwicklung* cit., p. 36 ss., SACCONI, *Ricerche* cit., p. 12 e p. 47, KASER, *Durchgangserwerb* cit., pp. 39 ss.; negano invece la presenza di una finzione A. WAGNER, *Rec. a Sacconi*, in *ZSS*, 91, 1974, p. 456 e nt. 31, JAKOBS, *Delegation* cit., pp. 209 s., 213, 244 s., KUPISCH, *Der angeblische Durchgangserwerb* cit., p. 61 e, da ultimo, ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 127.

⁽⁶⁸⁾ Sulla necessità di non confondere la teoria celsina del doppio trapasso di proprietà con la doppia attribuzione patrimoniale tipica di ogni rapporto delegatorio, si veda in termini molto chiari ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 224.

⁽⁶⁹⁾ In tale senso KASER, *Durchgangserwerb* cit., p. 40; in effetti nella frase finale

ulteriore caso, « ein Parallelfall ⁽⁷⁰⁾ », che non riguarda più la donazione tra coniugi.

In esso — ed è appunto questa la fattispecie che riguarda direttamente l'indagine che si sta conducendo — *Tu* delegava il suo debitore a pagare ad un soggetto che appariva essere il procuratore del creditore dello stesso *Tu*. In altri termini un soggetto, creduto legittimato, riscuoteva in malafede un pagamento effettuato dal delegato di *Tu*. Rispetto a D. 47.2.44 pr. vi è un'inversione di ruoli tra delegante e delegato, in quanto, mentre nel § 44 pr., il pagamento era effettuato al delegatario *iussu debitoris*, nel brano in esame il pagamento è effettuato *iubente te*, per cui il soggetto chiamato debitore non può essere il delegante (come si verifica nel § 44 pr.), ma il delegato ⁽⁷¹⁾.

Ulpiano decideva il caso della riscossione dell'indebito nel senso che il presunto procuratore commetteva senz'altro furto ai danni di *Tu*. E, in carenza della legittimazione di tale presunto procuratore a riscuotere il pagamento, chi acquisiva la proprietà del danaro era lo stesso delegante-*Tu*, che diventava proprietario della *pecunia* in termini analoghi a quanto accade nella fattispecie di delegazione con donazione tra coniugi, prima descritta dallo stesso Celso: il delegante otteneva la proprietà della somma ricevuta, percependola *per alium*.

Ora, a prescindere da tutte le problematiche legate alla delegazione e alla teoria celsina del doppio trapasso, quanto qui importa è l'ammissione pacifica da parte di Ulpiano del furto del *falsus procurator*. La responsabilità da delitto del procuratore è addirittura qui sottointesa non come soluzione in sé, ma quale dato acquisito, al fine di chiarire a chi spettasse la

Ulpiano sembra aggiungere qualcosa di suo e non invece riferire il pensiero celsino, che avrebbe ad oggetto solo la fattispecie della delegazione con donazione tra coniugi quale rapporto di valuta. Un indizio in tale senso può desumersi dalla presenza nel testo della forma verbale *constat*, che è un indicativo presente e si contrappone alla forma indiretta del resto del passo caratterizzato dall'uso di una serie di verbi all'infinito: dal discorso diretto Ulpiano è passato a quello indiretto; sul punto cfr. ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 217. Sebbene sia in teoria possibile che Celso abbia conosciuto la soluzione del caso, che Pomponio dava in D. 47.2.44 pr., non si hanno argomenti per poterlo sostenere: cfr. HARKE, *Argumenta* cit., p. 85 nt. 335.

⁽⁷⁰⁾ Così HARKE, *Argumenta* cit., p. 85.

⁽⁷¹⁾ Sull'inversione di ruoli tra delegante e delegato nei due passi considerati si veda, in particolare, KASER, *Durchgangserwerb* cit., p. 43 nt. 89.

legittimazione all'azione contro il falso procuratore e cioè al delegante *Tu*.

In realtà, ai fini dell'indagine sul furto del falso procuratore, due sono gli aspetti particolarmente significativi della testimonianza ulpiana. Innanzitutto è importante la presenza nel testo dell'inciso *qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit*. Con esso viene esplicitamente puntualizzato che a riscuotere il pagamento era un soggetto che appariva essere un *procurator*. Come già in D. 47.2.76(75) (Pomp. 21 *ad Q. Mucium*)⁽⁷²⁾, anche qui, anziché la menzione di un *falsus procurator*, viene fatto riferimento ad un soggetto che *se procuratorem esse simulaverit*. In termini simili è espressa pure la definizione ulpiana di falso creditore, contenuta in D. 47.2.43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*)⁽⁷³⁾, dove si ritrova l'uso del verbo *simulare*: *hoc est is, qui se simulat creditorem*. E non può dubitarsi che, ai fini della ricerca che si sta conducendo sul furto dell'accipiente in malafede, la frequenza del verbo *simulare*, senza riferimenti espliciti ad un raggio — per cui *simulare* risulta da intendersi in senso lato come l'apparire dotato della qualità di legittimato a riscuotere il pagamento — si riveli eloquente⁽⁷⁴⁾.

In secondo luogo, rilevante nel passo in merito alla problematica del furto è la frase coordinata, posta alla fine dell'intero testo, quella in cui Ulpiano afferma: *et ipsam pecuniam tuam esse*. Ancora una volta, come accade già in D. 47.2.43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*): *furtum facit nec nummi eius fient*⁽⁷⁵⁾, in D. 47.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *et manent nummi debitoris cum procurator ... sine dubio furtum facit*⁽⁷⁶⁾ e in D. 47.2.44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*): *debitori iste tenetur furti et nummi debitoris erunt*⁽⁷⁷⁾, viene fatto esplicito riferimento alla proprietà del danaro e al fatto che la consegna del danaro al falso procuratore non avesse per effetto il trasferimento della proprietà della *pecunia*, che rimaneva invece di chi ne era proprietario prima della consegna stessa. Il danaro in questione, ivi indicato non

⁽⁷²⁾ Cfr. *infra* § 5.

⁽⁷³⁾ Cfr. *supra* § 2.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. *supra* § 2.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. *supra* § 2.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. *supra* § 3.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. *supra* § 7.

già come un certo numero di monete (*nummi*), ma come una quantità indefinita con il lemma *pecunia*, rimaneva allora di appartenenza del delegante. Anche qui, esattamente come in due delle tre testimonianze citate ed esaminate (D. 47.2.43 pr. e D. 47.2.44 pr.), il riferimento alla proprietà del danaro è contenuto in una frase coordinata, che viene posposta rispetto a quella in cui si afferma la responsabilità per furto del *falsus procurator*. Ma si è già avuto modo di mettere in evidenza come la sequenza inversa tra i due momenti attestata in D. 47.2.43.1 — per cui prima viene precisato il mancato trasferimento della proprietà e poi la responsabilità per furto dell'accipiente — possa corroborare l'ipotesi, per cui il mancato trasferimento della proprietà dal tradente all'accipiente fosse un presupposto della responsabilità per furto dell'accipiente stesso ⁽⁷⁸⁾.

9. *Il furto del servo che interceperit nummos.*

Nell'indagine sul furto del falso procuratore attira l'attenzione un passo collocato dai compilatori nel titolo 9.4 *De noxalibus actionibus*, tratto dal trentasettesimo libro *ad edictum* di Ulpiano che riguarda proprio il furto ⁽⁷⁹⁾:

D. 9.4.38.3 (Ulp. 37 *ad ed.*): *Sed et si servo creditoris mei solverim nummos, ut si eos domino suo det, aequae loci erit furti actioni, si is nummos acceptos interceperit.*

La testimonianza, di poco rilievo nella materia delle azioni nossali ⁽⁸⁰⁾ e allo stesso tempo sfuggita alla letteratura che si è

⁽⁷⁸⁾ Sul punto cfr. anche *infra* § 32.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 1049, c. 678, che lo colloca sotto la rubrica *Furti nec manifesti*.

⁽⁸⁰⁾ Lo cita rapidamente a proposito dei delitti commessi dallo schiavo W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1908, p. 99 nt. 14, senza però nulla dire sul contenuto dello stesso. Ad ogni modo, sulla particolare composizione del titolo 9.4 del Digesto e sulla singolare circostanza che, in tale titolo, erano accolti testi relativi ad azioni non nossali, e cioè l'azione pretoria che si dava contro il *dominus*, che falsamente negasse di avere in potestà il colpevole di un delitto o che non l'avesse in potestà per suo dolo, nonché le azioni applicabili all'ipotesi del *dominus*, che fosse stato *sciens* del delitto commesso dal servo soggetto alla sua potestà, si vedano O. LENEL, *Die Formeln der*

occupata di furto dell'accipiente in malafede, descrive il pagamento che *Ego* effettuò nelle mani dello schiavo del suo creditore. Tuttavia lo schiavo, anziché consegnare le monete al suo *dominus*, le trattenne per sé. A giudizio di Ulpiano la condotta dello schiavo era senz'altro da qualificarsi come furto.

Ora, non possono negarsi alcune evidenti analogie testuali tra il passo in esame e il primo dei due casi descritti dallo stesso Ulpiano nel suo commentario *ad Sabinum* in D. 47.2.43.1, in cui cita Nerazio⁽⁸¹⁾. Infatti, come Nerazio parlava di una *datio* del debitore *ut eos creditorum perferret*, così il passo *de quo* descrive un pagamento del tradente *ut si eos domino suo det*. In entrambe le fattispecie quindi il tradente intendeva fare sì che la proprietà delle monete passasse al *dominus* e non invece al materiale accipiente delle monete stesse, per cui il trasferimento della proprietà non si verificava affatto e l'accipiente rispondeva per furto. Anche il servo era da ritenersi ladro e non già — così sembra potersi desumere dal passo ulpiano — in ragione del suo atteggiamento psicologico più o meno volto ad indurre in inganno il tradente, a cui manca ogni riferimento, bensì in ragione della sua semplice malafede e in ragione di ciò che intendeva fare *Ego* nel momento in cui consegnava la somma di danaro. Così letto il testo di D. 9.4.38.3 sembra, in sostanza, costituire una conferma della distinzione neraziana, che ha il suo perno nella volontà del tradente di trasferire la proprietà del danaro.

Ma anche sotto un altro profilo i testi di D. 9.4.38.3 e di D. 47.2.43.1 possono essere visti in parallelo. Infatti in entrambi ricorre il termine *intercipere*. Come Nerazio afferma *procurator autem eos intercipiat*, così in D. 9.4.38.3 compare l'espressione *si is nummos acceptos interceperit*. In sede di esegesi del passo neraziano proprio questo verbo ha costituito oggetto di riflessione alla luce dell'ipotesi di MEDICUS, che lo considera la chiave

actiones noxales, in ZSS, 47, 1927, p. 4, F. DE VISSCHER, *Le régime romaine de la noxalité*, Bruxelles 1947, pp. 566 ss., G.L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni noxali. Il possessore di buona fede del servo*, Milano 1976, pp. 71 ss., T. GIMENEZ-CANDELA, *El regimen pretorio subsidiario de la accion noxal*, Pamplona 1981, pp. 140 ss. e, da ultimo, M. MARRONE, *Sul concorso tra azione "in solido" e azione noxale: a proposito di D.9.4.4.3 (Paul. 3 ad ed.)*, in AUPA, 48, 2003, ora in *Scritti giuridici*, Palermo 2003, pp. 833 s.

(81) Cfr. *supra* § 3.

di lettura della distinzione di Nerazio ⁽⁸²⁾. Infatti se si vuole ricostruire una normale sequenza temporale di un pagamento nelle mani di un terzo, bisogna necessariamente pensare che intervenga il *dare* e contestualmente l'*accipere*. Solo in un secondo momento comparirebbe poi — secondo l'autore — l'*intercipere*, che deve interpretarsi come l'atto con cui il *procurator* sottraeva le monete e le utilizzava per scopi propri. Ora, nel caso descritto in D. 9.4.38.3 il furto per mano del servo si perfezionava nel momento dell'*intercipere* e quindi nel momento in cui il servo ometteva di consegnare i *nummi* al padrone e realizzava, in sostanza, la *consumptio* degli stessi. Proprio la presenza del medesimo verbo *intercipere* potrebbe confermare la lettura del termine data da Medicus in D. 47.2.43.1. Tuttavia — come è già in parte emerso, ma si avrà ancora modo di verificare ⁽⁸³⁾ — non pare che tale pur corretta accezione del termine possa giustificare l'ipotesi dell'autore tedesco nel senso che *intercipere* costituisca la chiave interpretativa del passo di Nerazio.

Un altro aspetto della testimonianza è, a mio parere, meritevole di attenzione. Rispetto alle fattispecie finora esaminate, ivi compresa quella delineata in D. 47.3.43.1, nel passo in esame la descrizione del caso è formulata per la prima volta non dal punto di vista dell'accipiente, bensì dal punto di vista del tradente. Infatti Ulpiano delinea l'atto del pagamento di *Ego*, affermando *Sed et servo creditoris mei solverim nummos* e non facendo invece alcun riferimento all'atto di chi riscuoteva tale pagamento. Ebbene, questa diversa formulazione del testo sembra dare ancora più rilevanza alla volontà del tradente quale possibile criterio discretivo della sussistenza o meno del furto del legittimato apparente.

Rimane da affrontare un punto nevralgico nella fattispecie ulpiana e cioè a chi spettasse l'azione per il furto, ma soprattutto nei confronti di chi essa spettasse. Per quanto riguarda la legittimazione attiva, il modo in cui Ulpiano enuncia la possibilità di esperire l'azione è del tutto impersonale, con la frase *locus erit furti actioni*. Cionondimeno non sembra potersi dubi-

⁽⁸²⁾ Cfr. MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., pp. 219 s. che, pur facendo questo acuto rilievo, trascura del tutto di considerare la testimonianza di D. 9.4.38.3.

⁽⁸³⁾ Cfr. *supra* § 2 e *infra* § 32.

tare che l'azione fosse esperibile da *Ego* e cioè da chi, avendo effettuato il pagamento al servo, era colui *cui interest rem salvam esse*. Che fosse *Ego* il legittimato attivo all'azione per il furto, riceve del resto conferma dal testo corrispondente dei Basilici:

B. 60.5.38.3: Εἰ δὲ καὶ δούλω τοῦ δανειστοῦ μου παράσχω, ἵνα δῶ τῷ δεσπότῃ, ὁ δὲ λαβῶν δαπανήσει, ἀρμόζει μοι ἢ περὶ κλοπῆς ἀγωγή (84).

Il passo non presenta alcuna forma impersonale e indica esplicitamente che l'azione spettava *μοι* e quindi all'autore del pagamento.

Alla domanda invece contro chi l'azione fosse esperibile, non può che immediatamente pensarsi all'autore del delitto. Tuttavia tale soggetto coincideva in questo caso con un servo ed è ben noto che l'azione per il delitto del sottoposto era data in via nossale contro il *paterfamilias* che lo aveva in potestà (85). Quindi legittimato passivo, nel caso di specie, era il *paterfamilias* del servo, che però — ed è questo il punto nodale — coincideva con il creditore del legittimato attivo. Infatti *Ego*, pur avendo pagato, non risultava liberato dal vincolo obbliga-

(84) SCHELTEMA-HOLWERDA-VAN DER WAL, *Basilicorum libri LX* cit., 8, p. 2785.

(85) Sul complesso regime nossale in cui l'avente potestà poteva alternativamente pagare la relativa pena pecuniaria o consegnare l'autore dell'illecito all'offeso, ci si limita qui ad indicare i lavori più recenti, rinviandosi, per un ampio quadro della letteratura precedente sull'argomento, a S. LONGO, *Filius familias* cit., pp. 3 s. nt. 3; M. KASER, "Noxae dedere" oder "noxae dare", in ZSS, 87, 1970, pp. 445 s., F. SERRAO, *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, in BIDR, 73, 1970, pp. 125 ss., IDEM, *Appunti sulle "actiones familiae nomine"*, in Scritti E. Fazzalari, 1, Milano 1993, pp. 173 ss., ora in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica* (Atti congresso Aristec. Madrid 1993), Torino 1995, pp. 58 ss., IDEM, *Nuovi appunti sulle "actiones familiae nomine"*, in *Iuris vincula*. Studi M. Talamanca, 7, Napoli 2001, pp. 425 ss., J.A.C. THOMAS, *Pro noxal Surrender*, in *Labeo*, 17, 1971, pp. 16 ss., A. WACKE, *Zur Aktiv- und Passivlegitimation des gutgläubigen Sklavenbesitzers. Grenzen prozessualistischer Betrachtungsweise der römischen Rechtsquellen*, in *Festschrift Seidl*, Köln 1975, pp. 179 ss., FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva*, cit., *passim*, T. GIMENEZ-CANDELA, *Posesión de buena fe y noxalidad*, in AHDE, 47, 1977, pp. 813 ss., EADEM, *El regimen pretorio subsidiario* cit., *passim*, H.P. BENHÖR, *Zur Haftung für Sklavendelikte*, in ZSS, 97, 1980, pp. 273 ss., P. APATHY, "Noxae deditio", "actio Publiciana" und "usucapio", in *Mélanges F. Sturm*, 1, Liège 1999, pp. 27 ss., M. MARRONE, *Sul concorso tra azione "in solido" e azione nossale* cit., pp. 833 ss.

torio e, se non avesse esperito questa azione, avrebbe dovuto pagare un'altra volta al suo creditore. Pertanto a tale stesso soggetto non rimaneva che agire per furto contro colui nei cui confronti era obbligato.

È forse alla luce di questa particolarità della fattispecie concreta che può trovare una spiegazione la presenza nel testo dell'avverbio *aeque*. Infatti stupisce senza dubbio, nella formulazione della soluzione del caso, il riferimento del giurista severiano all'*aequitas* ⁽⁸⁶⁾. Di primo acchito tale riferimento potrebbe fare pensare ad una soluzione che non era così assodata nel momento in cui venne formulata, tanto da richiedere il rinvio a ciò che è equo e quindi a « die in den konkreten Rechtseinrichtungen verwirklichte Gerechtigkeit ⁽⁸⁷⁾ ». Peraltro, riflettendosi sulla dinamica del caso, l'uso dell'avverbio risulta forse meglio giustificabile alla luce della singolare posizione di *Ego*, che in qualità di debitore si trovava a convenire in giudizio per il comportamento del suo sottoposto nientemeno che il suo creditore. Ulpiano potrebbe avere utilizzato l'avverbio *aeque* proprio per porre in evidenza che, in seguito al furto dello schiavo, *Ego* poteva arrivare ad agire in via nossale contro colui nei cui confronti era vincolato da un'obbligazione.

In definitiva, se anche l'identificazione nel testo della responsabilità nossale del creditore, nonché la descrizione della condotta di un servo e quindi di un legittimato apparente diverso da un *falsus procurator*, lo differenzino per certi versi da D. 47.2.43.1, il passo di D. 9.4.38.3 così interpretato pare avvalorare l'importanza della distinzione neraziana e costituire una conferma del fatto che l'opinione di Nerazio non fosse affatto isolata in giurisprudenza.

⁽⁸⁶⁾ Sull'*aequitas* quale sistema di valori non già immutabile e metastorico, ma quale risultato concreto delle decisioni di casi particolari, mi limito a rinviare ai due fondamentali contributi di M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in BIDR, 80, 1977, pp. 254 ss. e IDEM, *L'aequitas naturalis e Celso in Ulp. 26 "ad ed." D. 12,4,3,7*, in BIDR, 96-97, 1993-1994, pp. 1 ss., nonché al recente HARKE, *Argumenta Iuventiana* cit., p. 109 ss. (cfr. anche la mia recensione all'autore in Bollettino di studi latini, 2, 2000, pp. 774 ss.).

⁽⁸⁷⁾ Così definisce l'*aequitas* KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 1, § 48, p. 195.

10. *Il furto del falsus procurator e gli effetti della ratifica del suo dominus Tizio.*

Anche Papiniano prende in considerazione la condotta del *falsus procurator*, riconoscendolo responsabile di furto nel § 5 del frammento 81 del titolo 47.2:

D. 47.2.81(80).5 (Pap. 12 *quaest.*): *Si Titius, cuius nomine pecuniam perperam falsus procurator accepit, ratum habeat, ipse quidem Titius negotiorum gestorum aget, ei vero, qui pecuniam indebitam dedit, adversus Titium erit indebiti condictio, adversus falsum procuratorem furtiva durabit: electo Titio non inique per doli exceptionem, uti praestetur ei furtiva condictio, desiderabitur. quod si pecunia fuit debita, ratum habente Titio furti actio evanescit, quia debitor liberatur* ⁽⁸⁸⁾.

Nel passo viene descritto il caso del pagamento di un debitore ad un *falsus procurator* del suo creditore, detto Tizio. Il creditore, pur sapendo che il *procurator* aveva riscosso il danaro in malafede, cioè pienamente consapevole della sua mancanza di legittimazione ad incassarlo, decideva peraltro di assumere su di sé l'operato dell'accipiente, intervenendo a ratificare il pagamento (*Si Titius ... ratum habeat*). Poco rileva qui tuttavia la difficoltà di comprendere le ragioni di una *ratihabitio* dell'operato di chi riscuoteva *invito aut ignorante domino*, che ha fatto pensare ad un caso mai verificatosi in concreto e, quindi, di una fattispecie per esercitazioni di scuola ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁸⁾ Si veda LENEL, *Palingenesia* cit., 1, § 210, c. 838.

⁽⁸⁹⁾ È l'interessante ipotesi di ANGELINI, *Il "procurator"* cit., p. 226 nt. 195, sebbene essa rimanga sul piano congetturale, giacché di ratifica di un pagamento ad un *falsus procurator* si parla anche in D. 12.4.14 (Paul. 3 *ad Sab.*) e, quindi, a meno di volere credere che anche lì si trattasse di un caso di scuola, si deve ammettere probabilmente che non fosse un'ipotesi così insolita nella pratica. Il passo, riferito in D. 47.2.81(80).5, è stato ampiamente studiato in letteratura: si vedano FITTING, *Sciens indebitum accipiens* cit., p. 23, HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., pp. 281 s. e IDEM, *Grenzen* cit., pp. 18 s., BETTI, *Esercitazioni* cit., pp. 52 ss., DONATUTI, *Studi sul procurator* cit., 2, p. 139, P. VOGLI, *Iusta causa traditionis e iusta causa usucapionis*, in SDHI, 15, 1949, p. 153, IDEM, *Modi di acquisto* cit., p. 152, IDEM, *I garanti del tutore nel pensiero di Papiniano*, in Iura, 20, 1969, p. 319 nt. 23, JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. 118, HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 18 s., MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., p. 216, THOMAS, *Animus*

Che l'attributo *falsus* sia da espungere dal testo, è stato spesso sostenuto in letteratura ⁽⁹⁰⁾, mentre secondo altri tale aggettivo, se anche genuino, indicherebbe non già il *procurator* in malafede, ma il gestore d'affari altrui, il « *Geschäftsführer ohne Auftrag* ⁽⁹¹⁾ ». L'ormai generalmente condivisa classicità dell'espressione *falsus procurator*, qualora indichi colui che simulasse di essere procuratore senza in realtà esserlo ⁽⁹²⁾, consente di ritenere superate tali posizioni della critica romanistica. Non sembra del resto che il passo in questione possa avere un significato compiuto, se il suo protagonista non sia un *procurator* in malafede.

Proprio ammettendo la *scientia* dell'accipiente, il seguito del discorso risulta chiaro, seppure sia espresso in uno stile estremamente breve e conciso. Il *solvens*, che si trovava ad avere effettuato un trasferimento patrimoniale non dovuto, era in grado di scegliere come agire per la ripetizione nei confronti del *falsus procurator*: avrebbe potuto esperire nei confronti di *Titius* la *condictio indebiti* oppure avrebbe potuto agire contro il *fur* con la *condictio furtiva* (*adversus Titium erit indebiti con-*

furandi cit., p. 27 nt. 121, BURDESE, *Sul "procurator"* cit., pp. 315 e 316, H.H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, Köln-Graz 1968, pp. 64 ss., TALAMANCA, *La fattispecie dell'actio negotiorum gestorum*, in Labeo, 17, 1971, p. 230, APATHY, *Procurator* cit., p. 66 nt. 2, MITTELSTEN SCHEID, *Die Vorliebe* cit., p. 33 nt. 2, CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung* cit., pp. 301 ss., CANNATA, *Atto* cit., p. 355 nt. 75 e IDEM, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania 1986, p. 194 nt. 77, PIKA, *Ex causa furtiva* cit., pp. 59 ss., STOLMAR, *Die formula* cit., p. 16 nt. 83, ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 84 e A. KACPRZAK, *La "ratihabitio" nel diritto romano classico*, Napoli 2002, p. 69 nt. 33, FINAZZI, *Ricerche II.1* cit., p. 54 e, in modo approfondito, pp. 404 ss., L. TER BEEK, *Dolus. Een semantisch-juridische studie*, 2, Nijmegen 1999, p. 1056 e, da ultimo, KLINCK, *Erwerb* cit., pp. 344 ss.

⁽⁹⁰⁾ Numerosi autori hanno dubitato della genuinità dell'attributo *falsus*: cfr. SOLAZZI, *L'errore* cit., p. 159, DONATUTI, *Le causae delle condictiones* cit., p. 785, SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., p. 50, SERRAO, *Il procurator* cit., p. 98 (l'autore cambia però opinione in *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pisa 1989, pp. 251 ss.), B. FRESE, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokurator*, in Studi S. Riccobono, 4, Palermo 1936, p. 437, HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 18, ma tali sospetti sono stati ritenuti infondati già da FITTING, *Sciens indebitum accipiens* cit., p. 23, ANGELINI, *Il "procurator"* cit., p. 226, CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung* cit., pp. 301 ss., BURDESE, *Sul "procurator"* cit., p. 315, CANNATA, *Atto* cit., p. 355 nt. 75 e PIKA, *Ex causa* cit., pp. 59 ss.

⁽⁹¹⁾ SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., p. 51.

⁽⁹²⁾ Sul punto si veda, in particolare, *supra* § 2.

dictio, adversus falsum procuratorem furtiva durabit ⁽⁹³⁾). Sono quindi previsti per il *solvens* due diversi, alternativi strumenti di tutela processuale: la *condictio indebiti* contro il *dominus* — in quanto l'esperimento della *condictio indebiti* non era ammesso se non nei confronti di chi, riscuotendo l'indebito, fosse stato in buona fede ⁽⁹⁴⁾ — e la *condictio furtiva* contro il *falsus procurator*. Peraltro nel « kondensierte Stil ⁽⁹⁵⁾ » del passo non si parla solo di applicabilità dei due diversi tipi di *condictio*, ma si riscontra un caso di duplice concorso di azioni che, notoriamente, si verifica quando le due coppie di azioni « *rem ipsam* (das erschlichene Geld) *petunt* und haben also dasselbe Ziel » ⁽⁹⁶⁾. Infatti, accanto al concorso elettivo dal lato passivo — *condictio indebiti* e *condictio furtiva*, che, dirigendosi contro due diversi legittimati passivi, il *dominus* e l'*accipiens*, offrivano al debitore una duplice via per ripetere la *pecunia* pagata — Papiniano prevedeva anche un concorso elettivo dal lato attivo, al fine di sanzionare l'obbligo di restituzione del *procurator*.

Da una parte, infatti, il *dominus* poteva esperire l'*actio negotiorum gestorum* ⁽⁹⁷⁾ (*ipse quidem Titius negotiorum gestorum aget*). Si trattava del modo in cui il giurista severiano risolveva il problema della tutela del creditore che si trovava legittimato passivo alla *condictio indebiti*, senza avere incaricato il suo debitore a pagare a nessuno, né avendo responsabilità in tale senso. Egli avrebbe potuto agire proprio sulla base della circostanza che il *procurator* aveva gestito i suoi affari senza autorizzazione. Era infatti, ovviamente, un *procurator*,

⁽⁹³⁾ Considera — a torto — interpolata la frase *adversus falsum procuratorem furtiva durabit* SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., p. 53.

⁽⁹⁴⁾ E' noto che tra i presupposti applicativi della *condictio indebiti*, oltre alla *datio* e alla *causa condicendi*, vi fosse l'errore del *solvens*, a cui doveva necessariamente corrispondere la buona fede dell'accipiente; sul punto si veda il mio *Alius solvit* cit., pp. 237 ss.

⁽⁹⁵⁾ E. LEVY, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar, 1962, p. 13.

⁽⁹⁶⁾ LEVY, *Nachträge* cit., *ibidem*; più in generale, sul medesimo scopo che le azioni dovevano perseguire perché potesse parlarsi di concorso, lo stesso autore in *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1, Berlin 1918, pp. 90 ss.

⁽⁹⁷⁾ Sulla « Überflüssigkeit » dell'esperimento dell'*actio negotiorum gestorum* si è pronunciato — poco persuasivamente — G. VON BESELER, *Unklassische Wörter*, in ZSS, 56, 1936, 28.

che non solo non era un mandatario, ma non aveva neanche ricevuto un'autorizzazione per il singolo pagamento. L'*actio negotiorum gestorum* consentiva al *dominus* di evitare di dovere subire il danno di una cattiva gestione, danno che, in concreto gli sarebbe derivato dal dovere rispondere di fronte al *solvens ex condictione indebiti*.

Dall'altra parte, aveva il medesimo scopo dell'*actio negotiorum gestorum* la già nominata *condictio furtiva* da parte del debitore contro l'accipiente. Se, infatti, il debitore decideva di agire nei confronti del *dominus*, quest'ultimo si trovava ad essere convenuto in giudizio con la *condictio indebiti*; proprio in questa situazione avrebbe potuto opporre un'*exceptio doli* per evitare la condanna, in modo da farsi cedere la *condictio furtiva* (*non inique per doli exceptionem, uti praestetur ei furtiva condictio* ⁽⁹⁸⁾, *desiderabitur*). In tal modo il rimedio per la ripetizione di quanto fosse stato sottratto dal *falsus procurator* si trasmetteva al *dominus*.

Ora, nonostante per il primo concorso di azioni, quello dal lato passivo, Papiniano chiarisca espressamente — con le parole *electo Titio* — che il *solvens* scelse di agire nei confronti del *dominus*, in questo secondo caso, di concorso dal lato attivo, non viene esplicitato quale sarebbe stata la decisione del *dominus*. Peraltro dalla previsione stessa della cessione della *condictio furtiva* pare potersi desumere il maggior vantaggio per il *dominus* nell'uso di tale strumento processuale in luogo dell'*actio negotiorum gestorum*. In effetti il processo che si instaura con la *condictio*, sotto il profilo degli strumenti di difesa del convenuto, era sicuramente, come è noto, meno flessibile rispetto ad un qualsiasi *iudicium bonae fidei*. In particolare dalla natura di *iudicium bonae fidei* propria dell'*actio negotiorum gestorum* discendeva, in sede processuale, sia l'applicabilità della compensazione del credito dedotto in giudizio dall'attore con il controcredito eventualmente vantato dall'altra parte, sia una più discrezionale valutazione dell'interesse dell'attore. Forse per tali ragioni Papiniano avrebbe configurato la cessione della

⁽⁹⁸⁾ L'espressione *condictio furtiva*, in luogo della più frequente *condictio ex causa furtiva*, non sembra giustificare l'intervento compilatorio che SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., p. 53 ha creduto di individuare; cfr., in questo senso, già LEVY, *Nachträge* cit., p. 15 e ANGELINI, *Il "procurator"* cit., p. 228.

condictio furtiva che, escludendo qualsiasi ipotesi di compensazione, consentiva al *dominus* una tutela maggiore rispetto a quella dell'*actio negotiorum gestorum* ⁽⁹⁹⁾.

La parte finale del passo prospetta l'ipotesi in cui il pagamento fosse dovuto. Nonostante l'accipiente fosse un *falsus procurator*, l'intervento della ratifica faceva in modo che il debitore risultasse liberato (*ratum habente Titio furti actio evanescit, quia debitor liberatur*), per cui si rendeva inutile l'esperimento di una qualsiasi azione. In questa ipotesi di pagamento del *debitum*, infatti, il giurista veniva a parlare dell'estinzione dell'*actio furti*, di cui manca, però, qualsiasi menzione nel resto del passo. Ciò ha indotto diversi autori a sospettare della genuinità dell'inciso *furti actio evanescit* ⁽¹⁰⁰⁾. Tuttavia mi pare che la classicità della frase non possa essere messa in discussione: se l'accipiente era un *fur*, si rivelava inevitabile che si agisse nei suoi confronti, oltre che ai fini risarcitori con la *condictio furtiva*, ai fini riparatori con l'*actio furti*. Quindi la circostanza che la menzione dell'azione per il furto compaia solo alla fine del passo, non obbliga affatto, a mio parere, a sostenere che un copista distratto abbia sostituito *furti actio* ad una originaria *condictio furtiva*, ma si giustifica alla luce della circostanza che, anche nel caso di pagamento non dovuto, si applicava l'*actio furti*, sottointesa da Papiniano anche nella prima parte del passo. Se, all'inizio del testo, dell'azione penale non si parla affatto, ciò potrebbe dipendere dal fatto che, in quel caso, si trattava di risolvere il problema della legittimazione passiva della *condictio* e non invece dell'*actio furti* ⁽¹⁰¹⁾.

Particolarmente rilevante ai fini dell'indagine in corso è proprio questa frase finale del passo, che descrive il caso di chi

⁽⁹⁹⁾ Sul punto cfr. il mio *Alius solvit* cit., p. 122.

⁽¹⁰⁰⁾ Hanno ritenuto la frase ridondante G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS, 52, 1932, p. 56, SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., p. 54, che nega la commissione del furto in entrambe le fattispecie descritte nel passo, HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 18, ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 182 e più di recente FINAZZI, *Ricerche* cit., pp. 406 s., precisando come la menzione dell'*actio furti* nella frase finale sia talmente improvvisa e inattesa che, se non è possibile pensare ad un glossema ispirato al diritto classico, bisogna ipotizzare la mano di un copista.

⁽¹⁰¹⁾ In tale senso LEVY, *Nachträge* cit., p. 15 e ANGELINI, *Il "procurator"* cit., p. 228; a favore della classicità del «Schlußsatz» si veda anche BREMER, *Leistung* cit., pp. 63 ss.

pagava un debito e lo pagava — è da sottintendersi — ad un *falsus procurator*. Alla ratifica da parte del *dominus* consegue qui la soluzione — efficacemente delineata dalla locuzione *furti actio evanescit* — del venir meno dell'azione per il furto, mentre, nel caso di pagamento non dovuto, il falso procuratore rimaneva responsabile di furto. La differente decisione dipende proprio dal carattere debito del pagamento. E *a contrario* si arguisce da questa affermazione che, nel primo caso, si trattava di un pagamento doppiamente indebito, non solo perché l'accipiente era privo di legittimazione, ma anche perché costui riceveva qualcosa che non era affatto dovuto né a lui né al creditore Tizio. La ratifica di Tizio non solo rendeva allora anche Tizio stesso responsabile per percepimento di un indebito, ma soprattutto impediva l'“evaporazione” dell'azione per il furto esperibile contro il falso procuratore, che rimaneva responsabile anche dopo la ratifica del creditore.

La conseguenza ulteriore del pagamento di un debito al falso procuratore era la liberazione del debitore dal vincolo obbligatorio: *quia debitor liberatur*. Infatti il giurista puntualizza che il pagamento debito al falso legittimato, se ratificato, aveva efficacia liberatoria per il debitore. Emerge da tale passo la stretta connessione tra la liberazione del debitore e la responsabilità per furto del falso procuratore; ma su di essa, nonché sullo stretto intreccio tra efficacia del trasferimento della proprietà e insussistenza del furto, si avrà modo di tornare ⁽¹⁰²⁾.

In definitiva, quello che emerge dall'esegesi di questa testimonianza, ai fini di questa ricerca, è che in essa Papiniano ammetta come il falso procuratore fosse responsabile per furto nel momento della riscossione del pagamento. In realtà il giurista non afferma qui il principio esplicitamente, ma nella prima parte del testo la responsabilità per furto costituisce un presupposto dell'applicabilità della *condictio furtiva*, mentre, nella seconda, tale responsabilità è desumibile *a contrario* dalla precisazione sulla inapplicabilità contro il falso procuratore dell'azione per il furto in caso di riscossione di un pagamento

⁽¹⁰²⁾ Per altri due passi che menzionano la questione della liberazione del debitore tradente, cfr. *infra* § 14 e § 15; sulla volontà del tradente quale criterio di lettura della fattispecie di colui che consapevolmente percepiva quanto non gli era dovuto, cfr. *infra* §§ 32 ss.

dovuto ratificato. Dunque, sebbene Papiniano nel passo sembri interessarsi più al doppio concorso di azioni che al furto del falso procuratore, la commissione del delitto è un dato presupposto dal testo. Invero, ai fini degli obiettivi di questa indagine, è significativo rilevare che, nel testo papiniano, manchi ogni cenno allo stato soggettivo del falso procuratore ⁽¹⁰³⁾. Infatti Papiniano non precisa nulla sull'eventuale necessità di verificare se l'accipiente fosse semplicemente consapevole del carattere non dovuto del pagamento o se invece avesse posto in essere una condotta attiva, volta a fingere la sua qualità di legittimato al fine di indurre in errore il debitore. La responsabilità per furto del falso procuratore viene dunque ammessa senza ulteriori approfondimenti, viene riconosciuto « das Vorliegen eines *furtum* ohne weiteres voraus ⁽¹⁰⁴⁾ », a prescindere quindi da una qualsiasi indagine sulla situazione psicologica dell'agente.

11. *Il furto del falsus procurator al procurator di Tizio.*

Le due fattispecie contenute nel § 5 del frammento 81, ora esaminate, sono necessariamente da confrontare con un testo riportato nello stesso frammento 81, ma nel § 7. Invece il brano frapposto tra i due, il § 6, si distacca in parte dai contenuti del resto del frammento e contiene dati che meritano un autonomo approfondimento in una sezione diversa di quest'indagine ⁽¹⁰⁵⁾:

D. 47.2.81(80).7 (Pap. 12 *quaest.*): *Qui rem Titii agebat, eius nomine falso procuratori creditoris solvit et Titius ratum habuit: non nascitur ei furti actio, quae statim, cum pecunia soluta est, ei qui dedit nata est, cum Titii nummorum dominium non fuerit neque possessio. sed condictionem indebiti quidem Titius habebit, furtivam autem qui pecuniam*

⁽¹⁰³⁾ Su una delle tesi prospettate dalla critica romanistica, per cui l'indagine sullo stato psicologico dell'accipiente è ritenuta esiziale per potere verificare la sua responsabilità per furto, si veda *supra* § 1.

⁽¹⁰⁴⁾ Così MEDICUS, *Zur Leistungsannahme*, cit., p. 216.

⁽¹⁰⁵⁾ D. 47.2.81(80).6 descrive un caso in cui il legittimato apparente simulava la propria identità, cfr. *infra* § 16, sezione 2 di questo capitolo.

dedit: quae, si negotiorum gestorum actione Titius conveniri coeperit, arbitrio iudicis ei praestabitur ⁽¹⁰⁶⁾.

Anche gli scettici, che più si sono accaniti contro l'autenticità di questo testo, hanno riconosciuto la genuinità della prima parte del passo, quella che qui interessa ai fini della ricerca sul furto del falso procuratore ⁽¹⁰⁷⁾. Papiniano esamina in esso un'unica fattispecie, apparentemente simile alla prima delle due descritte da lui stesso nel precedente § 5. Anche qui infatti è menzionato un soggetto di nome Tizio che ratificò un pagamento effettuato al *falsus procurator*.

Tuttavia ad un esame più attento le due fattispecie si rivelano molto diverse. La fattispecie del § 7 è innanzitutto complicata dalla circostanza che l'autore del pagamento non operava per conto suo proprio come nel § 5, ma operava per conto altrui, poiché era il *procurator* di Tizio (*Qui rem Titii agebat*). Ma soprattutto nel § 7 viene denominato Tizio non colui con il cui nome il presunto procuratore operava, bensì il *dominus* dell'autore del pagamento ⁽¹⁰⁸⁾. Quindi nel caso descritto entrano in gioco due *procuratores*, un *verus procurator* che

⁽¹⁰⁶⁾ Si veda LENEL, *Palingenesia* cit., 1, § 260, c. 838.

⁽¹⁰⁷⁾ La seconda parte della testimonianza da *sed a praestabitur* è stata ritenuta del tutto interpolata da SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., pp. 54 ss., Voci, *Modi di acquisto* cit., pp. 126 ss., che l'ha giudicata un cattivo riassunto di un più circostanziato testo classico, DONATUTI, *Studi sul procurator* cit., 2, p. 139, IDEM, *Le causae delle conditiones* cit., p. 112, JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. 120 nt. 7, HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., p. 281 e IDEM, *Grenzen* cit., pp. 21 s. Peraltro a favore della classicità almeno sostanziale del passo si vedano ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 183, ANGELINI, *Il "procurator"* cit., p. 230, BREMER, *Leistung* cit., p. 106 e, da ultimo, FINAZZI, *Ricerche*, 2.1 cit., pp. 409 s. Su D. 41.2.81(80).7, oltre a APATHY, *Procurator* cit., p. 79 che ritiene il passo particolarmente « bemerkenswert » nell'ambito della sua indagine — volta ad individuare la diversità di effetti di un pagamento indebito nel caso di *solutio* in nome proprio e di *solutio* in nome altrui — in quanto attesta l'uso dell'espressione *nomine ... procuratori*, si vedano anche BERTOLINI, *La ratifica* cit., 1, pp. 60 s., JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., pp. 120 ss. LEVY, *Die Konkurrenz* cit., 2, p. 390, THOMAS, *A Note* cit., p. 27 nt. 121, MITTELSTEN SCHEID, *Die Vorliebe* cit., p. 33 nt. 2, SEILER, *Der Tatbestand* cit., p. 66, TALAMANCA, *La fattispecie* cit., p. 27 nt. 242, BREMER, *Leistung* cit., p. 104 s., BURDESE, *Sul "procurator"* cit., p. 315, CANNATA, *Atto* cit., p. 357, MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., pp. 96 ss., MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit., pp. 95 s., ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 84 e KLINCK, *Erwerb* cit., pp. 347 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Mi sembra che ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 90, citando il passo in questione, indichi imprecisamente che si tratta di un testo in

effettuava il pagamento e un *falsus procurator* che tale pagamento percepiva.

La soluzione del caso è però la medesima di quella del § 5: Papiniano dà per scontato che il falso procuratore, nel momento stesso in cui percepiva il danaro, commettesse furto. La qualificazione del comportamento del falso procuratore come furto risulta qui esposta come fatto ben noto che non ha bisogno di sviluppi particolari ⁽¹⁰⁹⁾. Non si specifica quindi in che modo l'accipiente apparisse il vero legittimato e quindi se fosse stato meramente reticente o avesse posto in essere una condotta attiva volta a trarre in inganno il tradente. Egli era da considerarsi *fur*, senza che sia qui possibile cogliere alcun riferimento al suo stato psicologico ⁽¹¹⁰⁾.

La questione qui esaminata è infatti un'altra, e cioè quella della legittimazione dell'*actio furti* in seguito all'intervento della ratifica. Si inserisce infatti anche qui, come nel § 5, la ratifica da parte di Tizio, ma con una differenza sostanziale. Proprio perché Tizio qui era il *dominus* del tradente, la ratifica riguardava non l'operato del falso procuratore, bensì ovviamente quello del tradente. Pertanto non si pone qui la questione se il pagamento fosse o meno dovuto al creditore nel cui nome il falso procuratore riscuoteva, quale si verifica nel § 5 in cui il creditore ratificava la riscossione del falso procuratore. A Papiniano importa qui invece capire quali fossero gli effetti della ratifica ai fini di determinare chi potesse agire contro il falso procuratore. Obiettivo del passo è quindi determinare non — come accade nel § 5 — quali azioni potessero essere esperite da parte del tradente contro il falso procuratore e contro il suo dichiarato *dominus*, bensì — in una prospettiva speculare — se l'azione per il furto contro il falso procuratore spettasse al tradente o, in seguito alla ratifica, al suo *dominus*.

La decisione del giurista è nel senso di negare questa azione

cui il falso procuratore di Tizio commetteva furto (Tizio sembra essere il *dominus* di chi pagava e non già del falso procuratore accipiente).

⁽¹⁰⁹⁾ Così ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 184; sul punto cfr. anche MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., p. 216.

⁽¹¹⁰⁾ Mette in evidenza l'assenza di riferimenti allo stato soggettivo dell'agente ANGELINI, *Il "procurator"* cit., p. 230: « Papiniano avrebbe dovuto fornire elementi di giudizio sulle intenzioni dell'*accipiens* di cui non c'è traccia nel testo ».

a Tizio stesso, specificando che costui non era proprietario, né possessore del danaro. Da ciò si deduce quindi che il tradente aveva pagato con danaro proprio e veniva ritenuto legittimato ad esperire la *condictio ex causa furtiva*, mentre a Tizio veniva concessa la *condictio indebiti* ⁽¹¹¹⁾. Peraltro Tizio, se convenuto con l'*actio negotiorum gestorum*, poteva ottenere la cessione dell'azione reipersecutoria spettante al *procurator* in qualità di derubato.

Degno di nota nel passo è invero un altro aspetto che non compare nel § 5, e cioè il riferimento alla proprietà del danaro. Papiniano infatti afferma che l'*actio furti* competeva non già a chi lo aveva autorizzato a pagare, bensì al tradente (*furti actio ... ei qui dedit nata est*), motivando tale decisione con la frase: *cum Titii nummorum dominium non fuerit neque possessio*. La circostanza che Tizio non fosse mai stato né proprietario né possessore del danaro comportava che ad agire per il furto fosse appunto il tradente-*procurator* e non il suo *dominus*. In realtà in due passi che sono già stati presi in considerazione, e cioè D. 47.2.44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*) ⁽¹¹²⁾ e D. 24.1.3.12 (Ulp. 32 *ad Sab.*) ⁽¹¹³⁾, viene espresso un principio antitetico, ovverosia che l'azione spettava senza dubbio a chi aveva ordinato il pagamento e non già al delegato che materialmente lo effettuava. In letteratura vi è chi ha addirittura sostenuto che la frase *cum Titii nummorum dominium non fuerit neque possessio* sia di fattura compilatoria e che Papiniano in realtà abbia voluto concedere l'*actio furti* non al procuratore, ma al suo *domi-*

⁽¹¹¹⁾ Se di recente PIKA, *Ex causa furtiva* cit., p. 56 ha ancora dubitato della classicità delle due qualifiche — *indebiti* e *ex causa furtiva* — date alla *condictio* come frutto di un tentativo scolastico, postclassico o giustiniano di categorizzazione di ipotesi di applicazione della unitaria *condictio* classica (secondo l'autore D. 47.2.81(80).7 non avrebbe parlato di indebito e l'unico legittimato alla *condictio* sarebbe rimasto il *gestor* in qualità di derubato), tale opinione è stata opportunamente smentita da A. BURDESE, *Rec. a Pika*, in SDHI, 55, 1989, p. 478, che ammette come già Papiniano avesse qualificato la *condictio* come *indebiti* in contrapposizione a quella *furtiva*, il che sarebbe dimostrato dalla frase finale del passo — *quae, si negotiorum gestorum actione Titius conveniri coeperit, arbitrio iudicis ei praestabitur* — che inequivocabilmente individua l'interesse del *dominus*, se convenuto con l'*actio negotiorum gestorum*, ad ottenere la cessione dell'azione reipersecutoria spettante al *procurator* in qualità di derubato.

⁽¹¹²⁾ Cfr. *supra* § 7.

⁽¹¹³⁾ Cfr. *supra* § 8.

nus ⁽¹¹⁴⁾. Nondimeno manca qualsiasi indizio per sostenere che l'espressione, volta a precisare chi fosse proprietario o possessore del danaro, sia insiticia.

Invero la differente soluzione del passo papiniano — per cui ad agire per furto era il tradente e non chi lo aveva incaricato a pagare — rispetto a D. 47.1.44 pr. e D. 24.1.3.12 potrebbe invece giustificarsi alla luce della proprietà del danaro. Sia in D. 47.2.44 pr. sia in D. 24.1.3.12, invero, alla legittimazione ad agire per furto di chi ha autorizzato il pagamento si aggiunge la puntualizzazione che la proprietà del danaro rimaneva a tale soggetto. Invece in D. 47.2.81(80).7 viene specificato che Tizio non era né proprietario né possessore delle monete che appartenevano al tradente. Era forse per tale ragione che l'azione di furto spettava a lui e non già a chi lo aveva incaricato di effettuare il pagamento.

Proprio la precisazione sulla proprietà del danaro sembra poi autorizzare una congettura. Se si crede che, in D. 47.2.81(80).7, proprietario o possessore delle monete, non essendo Tizio, fosse il tradente, se ne può desumere che la proprietà sulle monete non passava al falso procuratore proprio in ragione della sua malafede ⁽¹¹⁵⁾. Ma allora, come già da D. 47.2.43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*) ⁽¹¹⁶⁾, da D. 47.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*) ⁽¹¹⁷⁾ e da D. 47.2.44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*) ⁽¹¹⁸⁾ emerge il nesso di connessione tra mancato trasferimento della proprietà e furto, così dal passo in esame si può arguire che al mancato trasferimento del danaro dal tradente all'accipiente era strettamente collegata la responsabilità per furto dell'accipiente stesso.

12. *Il rescritto diocleziano in tema di falsus procurator.*

Nel Codice Giustiniano, nel titolo *De furto et de servo*

⁽¹¹⁴⁾ In tale senso HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., p. 281 ss.

⁽¹¹⁵⁾ Che il tradente rimanesse proprietario delle monete, è evidenziato anche da JOŁOWICZ, *D. XLVII.2* cit., p. 121 nt. 7: « Consequently here the paying agent was not only owner of the coins at the time of the payment, but remained owner after their fraudulent receipt by the *falsus procurator* ».

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. *supra* § 2.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. *supra* § 3.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. *supra* § 7.

corrupto, ci è pervenuta una significativa testimonianza che riguarda il falso procuratore:

C. 6.2.19 IDEM < IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS > AA. ET CC. MNESITHEO: *Falsus procurator depositum recipiendo vel aes alienum exigendo citra domini voluntatem furtum facit ac praeter rei restitutionem actione dupli furti nec manifesti convenitur.* SINE DIE ET CONSULE.

Il rescritto ci è stata tramandato privo di data, senza l'indicazione né del giorno né dell'anno di emanazione; tuttavia l'*inscriptio*, ricostruibile con i nomi degli imperatori che lo concessero, Diocleziano e Massimiano, consente di ascriverlo con certezza all'età diocleziana. Sulla base della presenza dell'*idem*, riferito ai nomi di Diocleziano e Massimiano Augusti e Cesari, sembra possibile collocare il provvedimento nello spazio temporale compreso tra due date certe, un termine *ante quem non* e cioè il 286 d.C. — anno in cui Massimiano divenne Augusto e assunse il governo delle province occidentali dell'Impero, sebbene fosse stato nominato Cesare già nel 285 da Diocleziano ⁽¹¹⁹⁾ — e un termine *post quem non*, ovvero il 305, anno in cui Diocleziano decise di abdicare, costringendo virtualmente il suo collega a fare altrettanto, per cui divennero Augusti Galerio in Oriente e Costanzo Cloro in Occidente.

Ora, l'attribuzione a Diocleziano della costituzione ⁽¹²⁰⁾ è di particolare rilievo per l'indagine che si sta conducendo, in quanto attesta che, ancora in età diocleziana, vigeva la regola per cui il *falsus procurator* commetteva furto ⁽¹²¹⁾. Il rescritto

⁽¹¹⁹⁾ In tale senso E. ENßLIN, *Maximianus (Herculius)*, in PW, 14, 1930, c. 2490.

⁽¹²⁰⁾ L'ipotesi, avanzata da STOLMAR, *Die formula* cit., p. 32 ss. e rimasta peraltro del tutto isolata in letteratura, per cui la costituzione diocleziana non conterrebbe una decisione in via autoritativa dell'imperatore, ma piuttosto un principio dogmatico risalente ai tempi del giurista Celso, risulta non sostenuta da alcun indizio che possa in qualche modo persuadere della verosimiglianza della stessa.

⁽¹²¹⁾ Una costituzione precedente a quella di Diocleziano, databile al 228 e risalente ad Alessandro, sembrerebbe a prima vista riguardare il problema della riscossione di quanto non dovuto: C. 6.2.7 IMP. ALEXANDER A. DATO. *Si is, cui te pecuniam ad matrem tuam perferendam dedisse proponis, parva quantitate numerata reliquam in usus suos convertit, furtum fecit.* PP. PRID. ID. IUN. MODESTO ET PROBO CONSS., in quanto

prospetta in realtà due casi tra loro differenti. Nel primo la condotta del *falsus procurator* consisteva nell'ottenere qualcosa in deposito, nel secondo lo stesso *falsus procurator* — così sembra potersi desumere dal dettato della costituzione — esigeva del danaro che non gli spettava. Mentre quest'ultima condotta di *aes alienum exigere* è di frequente descritta nella casistica giurisprudenziale finora esaminata, la prima ipotesi prospettata è nuova rispetto a quelle considerate nel corso dell'indagine, in quanto si tratta di un soggetto che presumibilmente non era il depositario, ma simulava tale qualità davanti al depositante al fine di ricevere la cosa in custodia. Non si dubita che anche questo caso lasci intuire l'idea di qualcosa che viene sottratta, analogamente a come accade per il percepimento di quanto non fosse dovuto, ma si tratta della prima volta, nei passi finora presi in considerazione, in cui il presunto depositario viene definito quale *falsus procurator* ⁽¹²²⁾. Il provvedimento sembra quindi assimilare la figura di chi appariva legittimato a percepire del danaro, dovuto in realtà al vero creditore, a colui il quale appariva invece legittimato a ricevere qualcosa, che avrebbe dovuto ricevere al suo posto il depositario. Infatti la soluzione della responsabilità per furto viene qui applicata indifferentemente ad entrambe le fattispecie, purché la loro condotta fosse posta in atto *citra domini voluntatem*. La qualifica di *falsus procurator* viene così estesa al falso depositario. È lecito avanzare l'ipotesi che il depositario, cui si riferisce la costituzione, sia non già un depositario qualsiasi, bensì un depositario "irregolare" ⁽¹²³⁾. Infatti, sebbene il provvedi-

descrive la condotta di un soggetto che percepì del danaro per conto di sua madre, ma poi trasferì a lei solo una parte del danaro ricevuto, trattenendo il resto per sé. Tuttavia il figlio risulta qui essere effettivamente legittimato a riscuotere per conto della madre, mentre lo stesso risulta avere posto in essere una condotta furtiva in un secondo momento e cioè quando trattenne un po' di danaro per sé, consegnandone alla madre solo la parte rimanente.

⁽¹²²⁾ Un altro passo, che verrà esaminato *infra* § 19, D. 47.2.21.1 ([Paul.] < Ulp. > 40 ad Sab.), descrive una fattispecie di deposito, ma non riferisce di un presunto depositario, bensì di un vero depositario e di un vero depositante: era quest'ultimo a commettere furto, ricevendo in restituzione più di quanto gli era dovuto.

⁽¹²³⁾ Sul deposito "irregolare", in cui il depositario era tenuto a restituire non le singole monete depositate, ma il *tandem eiusdem generis*, si rinvia ai lavori più recenti sul tema: J.H. MICHEL, *La gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, pp. 74 ss., K.

mento non specifici tale profilo, nulla sembra ostare all'ipotesi che oggetto della consegna al depositario fosse anche nel primo caso, così come lo era nel secondo, una somma di danaro.

In sede di interpretazione di questa costituzione si pone in realtà un problema di più ampio respiro, che peraltro esorbita dall'intento specifico della presente ricerca. Si tratta della sconfinata questione della concorrente persecuzione pubblica del furto in sede di *cognitio extra ordinem* criminale accanto alla persecuzione privata del delitto stesso. Se le scarsissime fonti non consentono di ricostruire — se non sul piano meramente congetturale — in quale momento si sia profilata tale repressione parallela e soprattutto in quale momento il *crimen furti* abbia determinato il travaglio e infine il declino della fattispecie privatistica, è probabile che la repressione straordinaria di età tardoclassica si limitasse alle sole figure di furto qualificato⁽¹²⁴⁾, con la conseguenza che il ladro semplice continuava ad essere punito nell'ambito del processo privato⁽¹²⁵⁾. In effetti

GEIGER, *Das depositum irregulare als Kreditgeschäft*, Freiburg, 1962, *passim*, B. ADAMS, *Haben die Römer "depositum irregulare" und Darlehen unterschieden?*, in SDHI, 28, 1962, pp. 360 ss., H.T. KLAMI, *"Mutua magis videtur quam deposita". Über die Geldgewahrung im Denken der römischen Juristen*, Helsinki 1969, *passim*, W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulière*, in RIDA, 21, 1974, pp. 215 ss. e IDEM, *Le dépôt irrégulier (II)*, in RIDA, 22, 1975, pp. 279 ss., G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano 1976, pp. 148 ss. e 178 ss., W. GORDON, *Observations on "depositum irregulare"*, in Studi A. Biscardi, 3, 1982, pp. 363 ss., R. VIGNERON, *Résistance du Droit romain aux influences hellénistiques: le cas du dépôt irrégulière*, in RIDA, 31, 1984, pp. 307 ss.

⁽¹²⁴⁾ Su alcuni casi di *fures* qualificati, quali l'*effractor*, l'*expilator*, il *directarius*, l'*abactor*, il *fur nocturnus* e il *fur balnearius*, si veda HITZIG, *Furtum* cit., c. 400.

⁽¹²⁵⁾ È questa l'opinione tradizionalmente sostenuta dalla critica romanistica, per cui in età epiclassica si profilò « die öffentliche Stadtverfolgung ... für einzelne qualifizierte Fälle »; come si desume da D. 47.2.93(92) (Ulp. 38 *ad ed.*): *Meminisse oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi et eum qui agit in crimen subscribere, non quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam. non ideo tamen minus, si qui velit, poterit civiliter agere*, era possibile ricorrere alla *cognitio extra ordinem*, senza che la testimonianza autorizzi a parlare, per questo periodo, di una repressione criminale generalizzata, che sarebbe caratteristica solo del Tardo Impero, in cui effettivamente gli antichi *delicta* privati arrivarono ad essere considerati *crimina* commessi contro la collettività: in tale senso cfr., tra altri, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899 [rist. Graz 1955], pp. 733 ss., HITZIG, *Beiträge* cit., pp. 331 ss. e IDEM, *Furtum* cit., c. 400, E. ALBERTARIO, *Delictum e crimen nel diritto romano-classico e nella legislazione giustiniana*.

chi in letteratura sostiene che la repressione criminale fosse generalizzata, avendo occupato già in età tardoclassica spazi inizialmente non suoi, già a partire addirittura dal II sec. d.C. ⁽¹²⁶⁾, pur muovendosi con cautela e riconoscendo la presenza di fonti che stridono inconfutabilmente con tale ipotesi e che prevedono fattispecie di furto non qualificato saldamente ancorate all'ambito della persecuzione privata ordinaria ⁽¹²⁷⁾, più che consensi ha incontrato severe critiche. Infatti la tesi che sia il furto qualificato sia il furto non qualificato fossero soggetti alla repressione pubblica in età severiana, con l'unica differenza che la parte lesa dal furto non qualificato poteva scegliere in alternativa la repressione privata, non ha persuaso ⁽¹²⁸⁾. A

nea, Milano 1924, p. 63, ora in *Studi di diritto romano*, 3, Milano 1936, p. 185 nt. 3, ARANGIO-RUIZ, *La répression* cit., pp. 396 s., G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*⁵, Torino 1965, p. 417, KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 1, pp. 617 s. e 2, p. 433, G. CERVENCA, in TALAMANCA cur., *Lineamenti di storia del diritto romano*², Milano 1989, p. 581; altri autori rimangono vaghi sul punto: si vedano BETTI, *Istituzioni* cit., p. 518 (che evidenzia come, con la involuzione storica dell'obbligazione da delitto, si restringe sempre di più tale campo per fare posto al diritto penale pubblico), ALBANESE, v. *Furto* cit., p. 318 (che parla genericamente dell'introduzione in età imperiale di un *crimen furti* « inteso, ormai non più come illecito di diritto privato, bensì come illecito di diritto pubblico »), P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano, 2004, p. 485 (punteggiando che in età del Principato non si rimase alla persecuzione meramente privata del furto, ma la repressione venne sempre più affidata a funzionari imperiali). Sembra invece ammettere in età epiclassica una repressione straordinaria generalizzata W. REIN, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian*, Leipzig 1844 [rist. Darmstadt 1962], pp. 325 s., mentre ritiene tale repressione esistente solo per l'ipotesi più grave del *furtum manifestum* e non invece per il caso di *furtum nec manifestum*, HUVELIN, *Études* cit., 2, p. 647 nt. 4.

⁽¹²⁶⁾ È l'originale tesi di M. BALZARINI, che, mentre in *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova 1969, p. 485 nt. 62 si mantiene sul generico in relazione alla questione, in *In tema di repressione* cit., in particolare pp. 257 s., afferma: « si può ragionevolmente presumere che allorquando, nelle fonti, si parli semplicemente di *fures* senza ulteriori specificazioni e con riguardo alla repressione criminale straordinaria, lì si intenda fare riferimento a fattispecie furtive non rientranti nel novero di quelle considerate ipotesi — tipiche — di furto aggravato ».

⁽¹²⁷⁾ Così sostiene BALZARINI, *In tema di repressione* cit., *ibidem* a proposito di fattispecie specifiche che continuano ad essere perseguite con gli strumenti del processo privato, come il caso dei *fures diurni*, attestato in D. 47.17.1 (Ulp. 8 *de off. proc.*) e Coll. 7.4.1, e di chi si impadronisse di pecore di dubbia appartenenza, attestato in D. 47.14.1.4 (Ulp. 8 *de off. proc.*), Coll. 11.4.1, Coll. 11.6.2 e Paul. Sent. 5.18.3.

⁽¹²⁸⁾ In tale senso G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, 14.2,

prescindere da questa complessa e ampia problematica, quanto qui importa particolarmente mettere in evidenza è che, nel rescritto in questione, l'imperatore Diocleziano disciplinava nell'ambito del processo formulare, sanzionandola con l'*actio furti* per il doppio, un'ipotesi di furto non flagrante. Qualificando il falso depositario come falso procuratore, la costituzione avrebbe esteso la soluzione dell'esperibilità dell'*actio furti* contro chi — apparendo falsamente quale il depositario — ricevesse consapevolmente ciò che non gli era dovuto, ribadendo in tale modo, ancora tra il 286 e il 305 d.C., il principio della responsabilità per furto del *falsus procurator* ⁽¹²⁹⁾.

Sezione 1.2.

La simulazione di una legittimazione avuta in precedenza

13. *Il furto del servo manomesso e del non-più-tutore.*

Le testimonianze finora esaminate hanno riguardato la responsabilità per furto di chi appariva essere legittimato a riscuotere senza esserlo. Le fonti prospettano però anche casi in cui a riscuotere era un soggetto, che in un primo momento era

Berlin-New York, 1982, p. 783, ora in Scritti giuridici scelti. 2. Diritto romano, Napoli 1985, p. 714 nt. 157, riprendendo l'esegesi di D. 47.2.93(92) (Ulp. 38 *ad ed.*) fatta a suo tempo da E. LEVY, *Von den römischen Anklägervergehen*, in ZSS, 53, 1933, p. 166 nt. 2 ed evidenziando come non solo il passo ulpiano sia intrinsecamente poco attendibile, ma non consenta neanche di affermare che il potere di scelta del tipo di repressione fosse ristretto alle ipotesi di furto non qualificato; in termini analoghi anche SANTALUCIA, "Crimen furti" cit., pp. 787 s. nt. 9 e 792 nt. 32, che puntualizza come i furti semplici non dessero luogo ad un giudizio pubblico, ma ad un intervento di carattere amministrativo, ovvero ad una mera *castigatio* della polizia e ad essa farebbero riferimento quei testi del Digesto che fanno parola di lievi punizioni inflitte a semplici *fures*; quindi secondo il coerente e chiaro discorso di Santalucia, D. 47.2.93(92) non dimostrerebbe che il soggetto leso potesse scegliere di procedere *extra ordinem* o *iure ordinario*, bensì solo che, in caso di furto di particolare gravità, il derubato potesse invocare l'intervento del funzionario imperiale, anziché rivolgersi alla giurisdizione ordinaria; di recente menzionano il passo ulpiano F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei pubblica iudicia*, Cagliari 1996, p. 94 nt. 147 e P. ZILLOTTO, *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel principato*, Padova 1998, pp. 54 s. e 93, cui si rinvia per altre indicazioni bibliografiche sul testo.

⁽¹²⁹⁾ Sul problema di una ricognizione dei confini tra *actio furti* e *actio de dolo* nella sanzione della riscossione in malafede di quanto non dovuto, si veda *infra* § 37.

stato incaricato di incassare, ma aveva in un momento successivo perso la legittimazione, senza che di tale mutamento della situazione giuridica il debitore venisse a conoscenza. Tra questi casi rientra l'insegnamento di Giuliano, citato da Paolo nei *libri ad Plautium*:

D. 47.2.67.3 (Paul. 7 *ad Plaut.*): *Iulianus respondit eum, qui pecuniis exigendis praepositus est, si manumissus exigat, furti teneri. quod ei consequens est dicere et in tutore, cui post pubertatem solutum est* ⁽¹³⁰⁾.

Nel passo un servo, definito come *qui pecuniis exigendis praepositus est*, era solito riscuotere crediti per conto del padrone. Un giorno il padrone decise di manometterlo, ma il servo liberato, anziché nutrire riconoscenza nei confronti del suo patrono, continuò a riscuotere dei crediti per conto di quello, dando a credere di averne ancora i poteri. Nel breve testo viene immediatamente delineata la risoluzione del caso, nel senso che si tratti senza dubbio di un furto.

La testimonianza paolina continua poi con la previsione di un secondo caso, introdotto da Paolo con le parole *quod ei consequens est dicere*. La medesima soluzione dell'esperimento dell'*actio furti* viene infatti estesa anche all'ipotesi in cui un tutore riscuotesse dei pagamenti, dopo che il pupillo fosse diventato capace di agire, raggiungendo la pubertà. Il non-più-tutore, che, simulando di essere ancora tale, incassava del danaro dal debitore del pupillo, rispondeva per furto.

Si è molto dubitato della genuinità di questa seconda parte del passo paolino, che per ragioni di stile è stata giudicata un sunto compilatorio ⁽¹³¹⁾. In realtà i rilievi fatti non paiono persuasivi, né sembra tale la circostanza che venga evidenziato

⁽¹³⁰⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 1, § 1141, c. 1159.

⁽¹³¹⁾ Dubbi di genuinità sono stati avanzati, soprattutto in merito alla seconda parte del testo, da ALBERTARIO, *Animus furandi* cit., p. 231, da JOLOWICZ, *D. XLVII.2* cit., pp. 102 s. nt. 3 (che ha evidenziato il « clumsy Latin » con cui sarebbe descritta la fattispecie del tutore), da HAYMANN, *Grenzen* cit., pp. 9 ss. (che giudica sospetto anche *eum* della prima parte del passo in luogo dell'atteso *servum*), da ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 122 nt. 81 (per la presenza nella prima parte del testo del riferimento ad un'indebita esazione e nella seconda invece ad una *solutio*) e da VOCI, *Modi d'acquisto* cit., p. 153 (che qualifica il brano un sunto compilatorio); cita il

nella testimonianza l'atto della *solutio* e non già quello della riscossione indebita ⁽¹³²⁾.

La genuinità del testo è già stata dimostrata da KASER, il quale ha riconosciuto in esso una regola che, nata da un caso concreto, era qui enunciata forse in forma abbreviata ⁽¹³³⁾. Il passo non fa che ribadire la responsabilità per furto del legittimato apparente e, alla luce dei dati a disposizione, tale soluzione si pone esattamente in linea con il risultato dei passi fino ad ora analizzati ⁽¹³⁴⁾.

Si tratta ora di decidere a quale giurista il passo sia ascrivibile. All'inizio del passo Paolo cita Giuliano e il caso del servo manomesso che riscuoteva i crediti è verosimilmente quello ascrivibile all'insegnamento di Giuliano. La fattispecie del tutore che riscuoteva i debiti del pupillo quando non ne avesse più avuto i poteri potrebbe essere stata invece aggiunta successivamente. Sebbene sia praticamente impossibile ricostruire che cosa fosse già contenuto nell'opera di Plautio commentata ⁽¹³⁵⁾, si potrebbe sostenere che sia stato Paolo che, dopo avere citato

passo tra le testimonianze che darebbero per pacifica la responsabilità per furto del falso procuratore MITTELSTEN SCHEID, *Die Vorliebe* cit., p. 33 nt. 2.

⁽¹³²⁾ Così ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 122 nt. 81, ma — come si è avuto modo di verificare (cfr. *supra* § 9) — per esempio, anche D. 9.4.38.3 (Ulp. 37 *ad ed.*) prospetta la fattispecie, descrivendo l'atto della *solutio* al servo e non già quello della riscossione del presunto legittimato. In realtà la genuinità del testo è sostanzialmente riconosciuta in letteratura: cfr. gli stessi autori appena citati, JOLOWICZ, *D. XLVII.2* cit., pp. 102 s. nt. 3 e ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 122 nt. 81, nonché BREMER, *Leistung* cit., p. 28 e STOLMAR, *Die formula* cit., p. 19.

⁽¹³³⁾ In tale senso KASER, *Zur Frage* cit., p. 287: « eine aus einem praktischen Fall, zu dem das *responsum* ergangen ist, abgezogene, vielleicht überhaupt verkürzt überlieferte Regel, die Ausnahmen zuläßt »; in forma adesiva all'affermazione di Kaser si veda STOLMAR, *Die formula* cit., p. 19.

⁽¹³⁴⁾ Per un confronto tra il passo in esame e un altro testo avente ad oggetto la condotta di riscossione fraudolenta del servo manomesso, D. 46.3.18 (Ulp. 41 *ad Sab.*), si veda *infra* § successivo.

⁽¹³⁵⁾ Sull'ampiezza dei libri *ad Plautium* di Paolo (diciotto libri), che supera di gran lunga quelli analoghi di Giavoleno (cinque libri) e di Pomponio (sette libri) e depone quindi per una vasta e personale rielaborazione della materia da parte di Paolo, si vedano P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, Leipzig 1888, p. 206 e nt. 25, C. FERRINI, *I libri ad Plautium di Paolo*, in Opere C. Ferrini. 2. Studi sulle fonti del diritto romano, Milano 1929, pp. 205 ss., C.A. MASCHI, *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi*, in *Aufstieg und Niedergang*

l'opinione del suo insigne predecessore Giuliano, avrebbe ritenuto di aggiungervi l'analogo caso del tutore. È in effetti possibile, come sostiene WALDSTEIN ⁽¹³⁶⁾, che Paolo ricorra qui ad una costruzione in via analogica; proprio l'espressione *quod ei consequens est dicere* servirebbe al giurista per introdurre, dopo avere citato Giuliano, un caso non identico, ma simile a quello precedentemente descritto. « Die Ähnlichkeit liegt darin, daß die aus einer vorher vorhandenen Vertretungsmacht erworbene Vertrauensstellung noch dem Entfall der Vertretungsmacht mißbraucht wird ⁽¹³⁷⁾ » precisa l'autore austriaco, individuando il tratto comune tra le due fattispecie nell'abuso di un potere di sostituzione. Sarebbe quindi l'analogia — e la spiegazione mi sembra persuasiva — a consentire a Paolo di applicare a due casi diversi la medesima soluzione giuridica.

Dunque, anche nella testimonianza in esame, così come nelle precedenti finora esaminate, sia il servo manomesso sia il tutore di un pupillo, che aveva ormai raggiunto la pubertà, erano considerati responsabili di furto, a prescindere da analisi approfondite sull'inganno posto in essere. Infatti non risulta affatto specificato con quali modalità fosse posta in essere questa apparenza di una qualità non più posseduta. In realtà proprio la figura del servo, che simulava di avere i poteri di cui disponeva prima della manomissione, sembra confermare l'idea che fosse sufficiente la semplice apparenza consapevole a renderlo responsabile di furto. Infatti è facile immaginare che il debitore, vedendo il liberto esigere il pagamento, lo ritenesse operare ancora per conto del *dominus* ⁽¹³⁸⁾. Certo è che entrambi approfittarono della buona fede del debitore, facendo sì che quello credesse di avere a che fare, in un caso, ancora con il servo del suo creditore e, nell'altro, ancora con il tutore del suo creditore. In assenza di puntualizzazioni al riguardo, tuttavia, i due si sarebbero semplicemente trovati a percepire pagamenti

der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung, Berlin-New York 1976, p. 680 e p. 690 nt. 116 (dove D. 47.2.67.3 è specificamente citato).

⁽¹³⁶⁾ W. WALDSTEIN, *Konsequenz als Argument klassischer Juristen*, in ZSS, 105, 1975, p. 48.

⁽¹³⁷⁾ WALDSTEIN, *Konsequenz* cit., p. 49.

⁽¹³⁸⁾ In tale senso si vedano VOCI, *Modi di acquisto* cit., p. 153, BREMER, *Leistung* cit., p. 28 e STOLMAR, *Die formula* cit., pp. 19 ss.

loro offerti e, pur nella consapevolezza di non essere più legittimati alla riscossione, non avrebbero posto in essere furberie per indurre in errore i rispettivi tradenti ⁽¹³⁹⁾.

14. *Il furto del servo manomesso e del non-più-procuratore.*

Come Paolo in D. 47.2.67.3 (7 *ad Plaut.*), così anche Ulpiano nel libro quarantunesimo *ad Sabinum* descrive un caso di pagamento ad un servo manomesso:

D. 46.3.18 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Si quis servo pecuniis exigendis praeposito solvisset post manumissionem, si quidam ex contractu domini, sufficiet, quod ignoraverit manumissum: quod si ex causa peculiari, quamvis scierit manumissum, si tamen ignoraverit ademptum ei peculium, liberatus erit. utroque autem casu manumissus si intervertendi causa id fecerit, furtum domino facit: nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titium vetuero accipere idque ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solverit, et debitor liberabitur et Titius furti actione tenebitur* ⁽¹⁴⁰⁾.

Il notissimo passo, sebbene sia stato così spesso studiato e sviscerato nelle sue fattispecie costitutive ⁽¹⁴¹⁾, merita ancora di

⁽¹³⁹⁾ Sebbene WALDSTEIN, *Konsequenz* cit., p. 49 ritenga palese l'intenzione dei due soggetti di operare *lucri faciendi causa*, è da rilevarsi che nel testo non viene fatto alcun riferimento al fine dell'arricchimento personale.

⁽¹⁴⁰⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 2869, c. 1165.

⁽¹⁴¹⁾ In letteratura la testimonianza ulpiana è stata ritenuta da alcuni uno sviluppo della cosiddetta teoria del « Durchgangserwerb » alla luce del fatto che qui l'*actio furti* spetterebbe non al delegato, ma al delegante che avrebbe acquisito la proprietà del danaro proprio tramite il doppio trapasso, sebbene l'ipotesi sia stata radicalmente smentita da altri: in merito alla discussione sul punto si vedano, oltre ai fondamentali approfondimenti di KASER, *Zur Frage* cit. pp. 286 s., IDEM, *Grenzfragen* cit., pp. 312 ss., IDEM, *Durchgangserwerb* cit., pp. 41 ss. e IDEM, "Ius honorarium" e "ius civile", in ZSS, 101, 1984, pp. 95 nt. 430 e 107 nt. 489, WOLFF, *Julian* cit., p. 17 nt. 61, ENDEMANN, *Der Begriff* cit., pp. 36 ss., VON LÜBTOW, *Die Entwicklung* cit., p. 47, KÜPISCH, *Der angebliche Durchgangserwerb* cit., pp. 83 nt. 94 e 93 s., JAKOBS, *Delegation* cit., p. 242 nt. 75, CANNATA, *Atto* cit., p. 349 nt. 58, FLUME, *Die delegatio* cit., pp. 74 s. Peraltro sembra più verosimile che il passo non prospetti affatto una fattispecie di delegazione, bensì un caso di *iussum* del creditore a pagare a chi non era più procuratore: in tale

essere considerato sotto il profilo del furto del falso procuratore. Esso viene pertanto qui preso in considerazione con esclusivo riferimento alla responsabilità per il furto nelle due distinte fattispecie, da un lato del servo manomesso, dall'altro di Tizio, espressamente indicato quale *simulans se procuratorem* ⁽¹⁴²⁾.

Ebbene, nella parte iniziale della testimonianza, un soggetto effettuò un pagamento al servo che era stato *pecuniis exigendis praepositus*, ma lo effettuò dopo che il servo stesso aveva ottenuto la manomissione ⁽¹⁴³⁾. Il problema che Ulpiano

senso, evidenziando esplicitamente il punto, ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 31 nt. 16; non parlano di delegazione a proposito della fattispecie descritta in D. 46.3.18 neanche PEROZZI, *Della tradizione* cit., p. 45, né BETTI, *Esercitazioni* cit., p. 55, né P. COSENTINO, *Osservazioni in tema di "mandatum" e di "delegatio"*, in BIDR 69, 1966, p. 232 nt. 81, che specifica come il verbo *mandare* sia qui utilizzato in senso atecnico e in particolare nel senso di *mandare ad solvendum*. Menzionano il frammento anche A. BURDESE, "Actio ad exemplum institoriae" e categorie sociali, in BIDR, 74, 1971, p. 66 nt. 17, DUMONT-KISLIAKOFF, *La simulation* cit., p. 176, MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., p. 215 nt. 8, MITTELSTEN SCHEID, *Die Vorliebe* cit., p. 33 nt. 2, SEILER, *Der Tatbestand* cit., p. 63 nt. 15 e A. D'ORS, *Las Quaestiones de Africanò*, Roma 1997, pp. 301 ss.

⁽¹⁴²⁾ Si è già avuto modo di incontrare tale locuzione in altri due passi esaminati, in D. 47.2.76(75) (Pomp. *ad Q. Mucium*) (cfr. *supra* § 5) e in D. 24.1.3.12 (Ulp. *32 ad Sab.*) (cfr. *supra* § 8).

⁽¹⁴³⁾ La prima parte del testo è stata bersagliata dalla critica interpolazionistica, sia perché insiste sulla questione della liberazione del debitore, che risulta essere secondaria nel libro quarantunesimo *ad Sabinum* che era in materia di furto, sia per lo stile del passo, da cui si sono tratti indizi della mano compilatoria: cfr., in particolare, ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 239 nt. 353, che pone in evidenza come la frase *si quidam ex contractu domini* sia poco elegante dopo il *si quis* iniziale vicinissimo e sia solo finalizzata a coordinare il frammento con il tema della liberazione del debitore, come la forma *sufficit* non abbia un termine di riferimento, come *ignoraverit manumissum* sia senza il sostantivo e come nel periodo successivo sia incongruente lo spostamento del punto di vista, per cui nel tratto *si ... id fecerit* il riferimento sia all'*accipere* del liberto, mentre fino a quel momento era stato al *solvere* del debitore. Ritieni insitica l'espressione *simulanti se procuratorem* PARTSCH, *Die Lehre von Scheingeschäfte* cit., p. 256 nt. 1, G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, in Studi S. Riccobono, 1, Palermo 1936, p. 309, SOLAZZI, *Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur* cit., p. 598 nt. 20, HAYMANN, *Schutz* cit., p. 409 e IDEM, *Grenzen* cit., p. 8, VON LÜBTOW, *Die Entwicklung* cit., p. 47. Sul carattere insitico di *intervertendi causa* si vedano VON BESELER, *Romanistische Studien* cit., p. 309, HAYMANN, *Schutz* cit., p. 410 e IDEM, *Grenzen* cit., p. 8 nt. 34. In realtà, a partire da KASER, *Zur Frage* cit., pp. 286 s., la classicità dell'intero testo sembra ormai unanimemente condivisa (cfr. però A. D'ORS, *Las Quaestiones* cit., p. 301, che ancora di recente, dal confronto del contenuto del testo con D. 46.3.38.1, ha giudicato tutta la seconda parte, da *nam* fino alla fine, manipolata

si pone è se il debitore, pagando al servo, ottenesse o meno la liberazione. Allo scopo il giurista distingue due casi, a seconda se il debitore pagasse *ex contractu domini* oppure *ex causa peculiari*. Nella prima ipotesi il tradente era liberato in virtù della circostanza stessa che ignorava la manomissione; nella seconda, perché intervenisse la liberazione, l'*ignorantia* doveva riguardare non solo la manomissione, ma anche la cessazione della titolarità del *peculium*.

Con la frase *utroque ... facit* Ulpiano passa poi dalla questione della liberazione del debitore a quella, che qui importa, della responsabilità penale, stabilendo come, in entrambi i casi appena descritti, il servo manomesso commettesse furto nei confronti del suo *dominus*, nel momento stesso in cui riscuoteva un pagamento dopo essere stato manomesso.

Ulpiano prosegue poi nella descrizione di un caso diverso da quello del servo. In esso il *dominus-Ego* incaricò il suo debitore di eseguire un pagamento a Tizio, ma poi — « *coup de théâtre* » — vietò a Tizio di percepire il pagamento. Il debitore, non essendo a conoscenza di tale divieto, pagò. Quindi l'accipiente in un certo momento storico ebbe la legittimazione a ricevere, ma successivamente la perse⁽¹⁴⁴⁾. Il problema che si pone è se tale soggetto, che in un primo momento era un vero procuratore, possa essere considerato un falso legittimato negli stessi termini in cui lo era colui che non era mai stato legittimato a ricevere. La soluzione ulpiana è nel senso che, da un lato, il *solvens* risultava essere liberato e, dall'altro, l'accipiente, che percepiva un pagamento contro la volontà del *dominus*, era responsabile di furto. Pertanto il caso viene risolto esattamente come si è già altrove visto, nel senso della responsabilità per furto dell'accipiente. Ne deriva che al caso di chi non fosse legittimato a ricevere viene da Ulpiano equiparato quello di chi aveva ricevuto la legittimazione a percepire il pagamento, ma era poi stato privato della stessa. In altre parole il non-più-procuratore viene considerato a tutti gli effetti un *falsus procurator*.

dai compilatori, che avrebbero esteso la stessa soluzione, applicata al servo manomesso, anche al falso procuratore; sull'antitesi tra le due testimonianze cfr. *infra* § seguente).

⁽¹⁴⁴⁾ Puntualizza che si tratta di « *revocación sobre una eventual ejecución posterior* » ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 82 nt. 8.

Un dato distingue il contenuto di D. 46.3.18 dai passi finora presi in considerazione, ovverosia la circostanza che in esso Ulpiano faccia riferimento non solo alle conseguenze del pagamento per l'accipiente non legittimato, bensì anche alle conseguenze del pagamento stesso per il debitore. Infatti il giurista specifica chiaramente, e lo specifica in entrambe le fattispecie descritte, che il debitore conseguiva la liberazione dal debito ⁽¹⁴⁵⁾, nonostante, alla luce del vizio della *traditio*, non trasferisse la proprietà della somma ⁽¹⁴⁶⁾.

Rimane a questo punto da domandarsi quale sia il nesso di collegamento tra le due fattispecie descritte da Ulpiano nel passo, apparentemente abbastanza diverse tra loro. L'elemento che le accomuna è senza dubbio la soluzione, ovverosia che il debitore risultava comunque liberato e che entrambi i soggetti agenti erano tenuti per il furto. Ora, in un caso agente è il servo manomesso, nell'altro invece è un certo Tizio, di cui si viene esplicitamente a sapere che simulò la sua qualità di *procurator*, essendo stato in un primo momento *procurator*. In entrambi i casi interveniva un pagamento, in entrambi i casi il *solvens* ignorava la mancanza di legittimazione dell'accipiente, in entrambi i casi l'accipiente era stato in un primo momento legittimato per perdere poi successivamente la legittimazione stessa. Si è sostenuto che la prospettazione del secondo caso sia stata effettuata da Ulpiano per giustificare la soluzione del primo e quindi la responsabilità per furto dell'accipiente ⁽¹⁴⁷⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ L'intera seconda parte del passo, da *Nam a tenebitur*, è stata giudicata un'aggiunta compilatoria, in particolare, da G. DONATUTI, *D. 46,3,18 (Nota critica)*, in AG, 90, 1923, pp. 246 s., ora in Studi di diritto romano 1, Milano 1976, pp. 207 s. e più di recente da A. D'ORS, *Las Quaestiones* cit., 302 s., in quanto il contenuto sarebbe in contrasto con D. 46.3.38.1, in cui la liberazione del debitore in seguito al pagamento al falso legittimato avveniva *ope exceptionis* e non *ipso iure*: sul presunto contrasto tra i due passi, cfr. *infra* § seguente; accenna alla questione della liberazione anche FITTING, *Sciens indebitum accipiens* cit., pp. 39 ss.

⁽¹⁴⁶⁾ Per una soluzione antitetica in tema di liberazione del debitore, cfr. *infra* § successivo. Alla liberazione del debitore, con riferimento però all'ipotesi della ratifica da parte del creditore del pagamento al falso legittimato, accenna anche un'altra delle testimonianze esaminate e cioè D. 47.2.81(80).5 (Pap. 12 *quaest.*), su cui cfr. *supra* § 10. Sul fatto che la proprietà non passava, cfr. specificamente BETTI, *L'attuazione* cit., p. 191.

⁽¹⁴⁷⁾ Ha ritenuto che la descrizione del secondo caso sia stata fatta da Ulpiano forse per motivare la decisione della fattispecie descritta nella prima parte del passo W.

Ma in realtà il fatto che la fattispecie del servo manomesso sia già riferita in un'altra testimonianza, quella giuliana di D. 47.2.67.3 (Paul. 7 *ad Plaut.*)⁽¹⁴⁸⁾, fa pensare — a mio modo di vedere — che sia invece a tale fattispecie che si ispiri l'ipotesi più generale del non-più-procuratore che riscuoteva il pagamento. Ulpiano avrebbe specificato che non solo il servo, ma più in generale ogni *falsus procurator*, che ricevesse in modo consapevole quanto a lui non dovuto, era convenibile con l'*actio furti*.

Tornandosi proprio alla prima fattispecie descritta da Ulpiano, quella del servo manomesso, non può sfuggire tra essa e quella descritta da Paolo in D. 47.2.67.3 una stretta analogia. Si riportano in parallelo i due casi per un più immediato confronto:

<p>D. 46.3.18 (Ulp. 41 <i>ad Sab.</i>): Si quis servo pecuniis exigendis praeposito solvisset post manumissionem, si quidam ex contractu domini, sufficiet, quod ignoraverit manumissum: quod si ex causa peculiari, quamvis scierit manumissum, si tamen ignoraverit ademptum ei peculium, liberatus erit. utroque autem casu manumissus si intervertendi causa id fecerit, furtum domino facit: (...)</p>	<p>D. 47.2.67.3 (Paul. 7 <i>ad Plaut.</i>): Iulianus respondit eum, qui pecuniis exigendis praepositus est, si manumissus exit, furti teneri (...).</p>
---	--

Entrambe le testimonianze descrivono la condotta di un servo *pecuniis exigendis praepositus*, in seguito manomesso. La terminologia che compare è straordinariamente simile: sia la locuzione *pecuniis exigendis praepositus*, sia il termine *manumissus* si presentano identici. In entrambi i casi viene poi riconosciuta la responsabilità per furto del servo. Tuttavia la

KRÜGER, *Erwerbszurechnung kraft Status. Eine romanistisch-rechtsvergleichende Untersuchung*, Berlin 1979, p. 50: «dieser Passus wird zur Begründung des ersten Teils angeführt, dafür, daß auch hier der Gläubiger der Bestohlene ist».

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. *supra* § precedente.

fattispecie descritta da Ulpiano risulta ben più articolata, distinguendo se il debitore pagava *ex contractu domini* oppure *ex causa peculiari* e puntualizzando altresì che la legittimazione all'*actio furti* spettava al *dominus*. Non solo. Il testo ulpiano precisa anche che la responsabilità per furto ricorreva solo in caso di condotta posta in essere *intervertendi causa*.

Salvo questa maggiore circostanziazione del caso descritto da Ulpiano rispetto a quello descritto da Paolo, ci sono — per quanto mi consta — sufficienti elementi che possono fare propendere per una comune derivazione del caso stesso. Se così fosse, l'insegnamento risalirebbe a Giuliano e sarebbe stato ripreso poi da Paolo e infine da Ulpiano. Quest'ultimo avrebbe arricchito il caso di particolari e soprattutto l'avrebbe collegato alla questione della liberazione del debitore. I compilatori avrebbero selezionato entrambe le testimonianze, inserendo l'una, più scarna e più concisa, nel titolo 47.2 *De furtis* e l'altra, più articolata e riguardante anche il problema della liberazione del debitore, nel diverso titolo 46.3 *De solutionibus et liberationibus*.

Ma se si condivide questa ipotesi di derivazione dei due passi dallo stesso insegnamento giuliano, rimane da capire come mai Ulpiano abbia specificato la necessaria presenza di una condotta posta in essere *intervertendi causa* perché il servo fosse riconosciuto quale ladro, mentre Paolo in D. 47.2.67.3 non fa nessun riferimento a ciò. È una divergenza importante in quanto, sulla base del dettato testuale, Paolo riconosceva in ogni caso la responsabilità per furto del servo, mentre Ulpiano la riteneva esistente solo nell'ipotesi in cui il servo avesse operato con quelle specifiche modalità.

Per giustificare l'*intervertendi causa* nel passo ulpiano si è ritenuto che il laconico testo paolino non specifichi questo aspetto dandolo per sottinteso⁽¹⁴⁹⁾. Altri hanno peraltro precisato che tale locuzione costituisca una formula volta ad indicare il dolo specifico consistente nella volontà di trarre un vantaggio a danno di altri dalla propria *contractatio*⁽¹⁵⁰⁾. In effetti se, nel

(149) KASER, *Zur Frage* cit., p. 287 avanza l'ipotesi che il passo di D. 47.2.67.3, là dove riferisce l'insegnamento di Giuliano, contenga una regola che è stata in qualche modo abbreviata nella sua formulazione: cfr. *supra* § 13.

(150) Così ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 284;

più compiuto sforzo di definizione del *furtum*, i giuristi non esitarono a formulare più concretamente in vario modo quello che intendevano con la sintetica formula *animus furandi* ⁽¹⁵¹⁾, anche *intervertendi causa* può essere una locuzione atta ad esprimere il fine di lucro. Nel caso del servo manomesso Ulpiano avrebbe circoscritto la responsabilità del servo stesso alla sussistenza del fine di lucro: costui poteva essere convenuto con l'*actio furti*, se avesse operato con l'intenzione non solo di sottrarre il danaro al debitore, ma anche di arricchirsi, uno scopo che comunque stava al di là della fattispecie costitutiva del delitto ⁽¹⁵²⁾.

15. *Il furto del non-più-legittimato che incassa ut nummos lucretur.*

Come in una catena di cui ogni testo costituisce un differente anello all'altro in qualche modo connesso, una testimonianza di Africano prevede un caso molto simile a quello del pagamento al non-più-procuratore descritto in D. 46.3.18:

D. 46.3.38.1 (Afric. 7 quaest.): *Si debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur. alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos debitoris et ideo liberationem quidam ipso iure non posse contingere debitori, exceptione tamen ei succurri aequum esse, si paratus sit conditionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi praestare: sicuti servatur, cum maritus uxori donaturus debitorem suum iubeat solvere: nam ibi quoque, quia nummi mulieris non fiunt, debitorem non liberari, sed exceptione eum adversus maritum tuendum esse, si conditionem, quam adversus mulierem habet, praestet. furti tamen actio-*

anche THOMAS, *Animus furandi* cit., p. 24 nt. 106 e p. 30 nt. 134 menziona il passo quale testimonianza dell'uso dell'espressione *intervertendi causa*.

⁽¹⁵¹⁾ ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., *ibidem*.

⁽¹⁵²⁾ Sul punto cfr. *supra* § 5 e *infra* § 15.

nem in proposito mihi post divortium competituram, quando mea intersit interceptos nummos non esse ⁽¹⁵³⁾.

La critica interpolazionistica ha fortemente attaccato sotto diversi profili il passo ⁽¹⁵⁴⁾, che però oggi si ritiene essere sostanzialmente genuino ⁽¹⁵⁵⁾. Invero, nell'ambito della presente ricerca, volta ad esaminare la fattispecie del furto del falso legittimato, delle due diverse fattispecie descritte nel passo interessa esclusivamente la prima ⁽¹⁵⁶⁾. In essa *Ego* aveva incaricato il suo debitore di effettuare un pagamento a Tizio, ma in un secondo momento cambiò idea e vietò a Tizio di percepire la somma prevista, revocando in sostanza a Tizio "l'autorización para cobrar ⁽¹⁵⁷⁾". Tizio tuttavia la riscosse.

Una volta descritta la fattispecie, Africano affronta la questione della liberazione del debitore in seguito al pagamento. Egli nega che il debitore in buona fede fosse liberato se l'accipiente Tizio aveva intenzione di lucrare su tale pagamento. In

⁽¹⁵³⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 1, § 79, c. 20.

⁽¹⁵⁴⁾ Si veda, oltre a VON BESELER, *Romanistische Studien* cit., p. 309 e IDEM, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, Tübingen 1913, p. 187, la critica testuale di HUVELIN, *L'animus lucri faciendi* cit., pp. 85 s., O. LENEL, *Africans Quaestiones. Versuch einer kritischen Palingenesie*, in ZSS, 51, 1931, p. 32, VON LÜBTOW, *Die Entwicklung* cit., p. 44, HUVELIN, *Études* cit., p. 498 nt. 1, SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., p. 52, ENDEMANN, *Der Begriff* cit., p. 37, H.U. HAEBERLIN, *Die Kausalbeziehungen* cit., p. 129 nt. 118, WOLFF, *Julian* cit., p. 426 nt. 65.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. C. LONGO, *L'elemento soggettivo* cit., p. 273 che reputa il passo sostanzialmente classico almeno nella sua prima parte, VOCI, *Modi di acquisto* cit., p. 124, F. STURM, *Julian D. 24, 1, 39 neu erklärt*, in ZSS, 79, 1962, pp. 122 s. e soprattutto KASER, *Zur Frage* cit., pp. 285 s., che afferma « All dies entspricht klassischer Denkweise und darf nicht durch Textkritik dem Africanus abgesprochen werden », IDEM, *Grenzfragen* cit., pp. 312 s. e IDEM, *Durchgangserwerb* cit., pp. 41 s. e KRÜGER, *Erwerbszurechnung* cit., p. 51; considera il brano sostanzialmente classico, pur ritenendo spuria la *condictio furtiva* nella seconda parte del testo, ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 144; non prende posizione sulla genuinità o meno del passo SACCONI, *Ricerche* cit., p. 19; sul contenuto del frammento cfr. anche FITTING, *Sciens indebitum accipiens* cit., p. 50 s. e MITTELSTEN SCHEID, *Der Vorliebe* cit., p. 33 nt. 2.

⁽¹⁵⁶⁾ La seconda fattispecie riguarda un marito che ordinava al debitore di pagare alla moglie, volendole fare una donazione, ma alla luce del divieto della donazione tra coniugi, la donna non diventava proprietaria del danaro e il debitore, non liberato, poteva opporre l'eccezione se cedeva al marito la *condictio* contro la donna; l'*actio furti* spettava poi al marito contro la moglie solo dopo l'intervenuto divorzio.

⁽¹⁵⁷⁾ Così A. D'ORS, *Las Quaestiones* cit., p. 298.

sostanza, il giurista ritiene che, se ricorreva il furto, il debitore non poteva conseguire la liberazione dalla sua obbligazione. Africano poi prosegue, precisando che il danaro rimaneva del debitore e lasciando intendere che il debitore si trovava di fronte ad un'alternativa: pagare al creditore e agire con la *condictio furtiva* contro l'accipiente oppure cedere la stessa *condictio furtiva* al creditore, conseguendo la protezione dell'*exceptio doli* nei confronti del creditore stesso. In questa seconda ipotesi il debitore, cedendo l'azione, avrebbe egualmente conseguito la liberazione, una liberazione quindi non *ipso iure*, ma *ope exceptionis* ⁽¹⁵⁸⁾.

Più di un tentativo è stato fatto per cercare di giustificare la soluzione del passo di Africano, in cui appunto il debitore veniva liberato solo dopo avere ceduto al creditore la *condictio furtiva* che gli competeva, in aperta contraddizione con quella di D. 46.3.18, dove la liberazione del debitore avveniva *ipso iure* ⁽¹⁵⁹⁾. D'ORS ha avanzato l'ipotesi che il *si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur* sia da intendere nel senso che Tizio sarebbe diventato ladro non nel momento del percepimento del danaro, ma nel momento in cui si rivolgeva al creditore, fingendo di non avere ricevuto niente ⁽¹⁶⁰⁾. E in questo senso deporrebbe l'uso nel testo del participio futuro *facturus*. Ne deriverebbe che solo quando Tizio avesse simulato di non avere incassato nulla e quindi solo *a posteriori*, si sarebbe potuto affermare se il pagamento di buona fede del debitore fosse stato o meno liberatorio per il delegante e allo stesso tempo se questo pagamento avesse liberato il delegato nei confronti del delegante. Il doppio effetto liberatorio, per il dele-

⁽¹⁵⁸⁾ Su questa *exceptio doli* si veda A. D'ORS, *Las Quaestiones* cit., p. 299 nt. 740.

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. KASER, "*Ius honorarium*" cit., p. 107 nt. 489; l'antinomia tra le opinioni di Africano e di Ulpiano, tra D. 46.3.18 e D. 46.3.38.1, con riferimento però soprattutto alla seconda parte del passo di Africano, è stata fatta rientrare nel vivace dibattito sulla cd. teoria del « *Durchgangserwerb* » e quindi sulla presunta controversia tra Celso e Giuliano « über die sich Ströme von Tinte ergossen haben »: così KUPISCH, *Der angebliche Durchgangserwerb* cit., p. 86, rinviando all'ampio quadro bibliografico sul punto di KASER, *Zur Frage* cit., p. 289 nt. 73.

⁽¹⁶⁰⁾ A. D'ORS, *Las Quaestiones* cit., pp. 298 s.: « esto equivale a decir que se hace *fur* cuando intenta reclamar del delegante como si no hubiera cobrado; así, sólo a posteriori, puede decirse si el pago de buena fe por el delegado fue liberatorio o no para el delegante ».

gante nei confronti del delegatario e per il delegato nei confronti del delegante, si sarebbe avuto, ma solo fino al momento in cui il delegatario non avesse tenuto il comportamento fraudolento nei confronti del delegato, « cuando intenta reclamar del delegante como si no hubiera cobrado ⁽¹⁶¹⁾ ». Dalla logicità del pensiero africano così ricostruito, d'ORS arriva a sostenere la non classicità della soluzione contenuta nella seconda parte di D. 46.3.18, con tale pensiero in aperta antinomia ⁽¹⁶²⁾.

Peraltro, piuttosto che propendere per il rimaneggiamento di D. 46.3.18, sembra — a mio modo di vedere — più persuasiva una diversa interpretazione avanzata in letteratura sull'antitesi tra i due passi. Sembra infatti possibile giustificare la contraddizione in termini tra la soluzione africana e quella ulpiana di D. 46.3.18 alla luce dello *ius controversum*, ritenendo che la giurisprudenza romana non sarebbe stata concorde nel risolvere il caso in cui il debitore inconsapevolmente effettuasse un pagamento a chi non fosse più legittimato a riceverlo: i giuristi discutevano se il debitore potesse o meno essere liberato *ipso iure* ⁽¹⁶³⁾. Sembra in effetti possibile giustificare il contrasto tra le due decisioni sotto il profilo della liberazione del debitore, ipotizzando che D. 46.3.18 preveda un caso di liberazione *ipso iure*, mentre D. 46.3.38.1, dove la forma verbale *existimavit* lascia intendere che Africano riferisca un insegnamento non suo, riporterebbe una testimonianza più risalente di liberazione *ope exceptionis*, ascrivibile verosimilmente al maestro Giuliano.

Altro aspetto significativo del passo è la precisazione del fatto che la proprietà del danaro rimaneva al debitore e che quindi, tramite la *traditio*, non vi era in realtà alcun trasferimento del debitore all'accipiente (*mansuros eos debitoris*). In proposito è importante porre in evidenza con che sequenza il problema dell'appartenenza del danaro sia trattato rispetto a

⁽¹⁶¹⁾ A. d'ORS, *Las Quaestiones* cit., p. 298.

⁽¹⁶²⁾ Si veda A. d'ORS, *Las Quaestiones* cit., p. 303; per la critica testuale su D. 46.3.18, cfr. *supra* § precedente.

⁽¹⁶³⁾ In tale senso KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 1, § 149, p. 637 e anche KUPISCH, *Der angebliche Durchgangserwerb* cit., p. 86.

quello della presenza del delitto ⁽¹⁶⁴⁾. Invero nel passo di Africano viene prima constatata la sussistenza del furto e solo dopo viene precisata l'esclusione dell'acquisto della proprietà da parte dell'accipiente. Ora, l'anticipazione della questione del passaggio della proprietà rispetto a quella dell'esperibilità dell'*actio furti* è stata ritenuta dalla critica interpolazionistica più feroce un indizio di manipolazione compilatoria, in quanto « unlogisch » ⁽¹⁶⁵⁾. Tuttavia, si è potuto constatare, nel corso di quest'indagine, come tale sequenza si presenti nei medesimi termini anche in diverse altre testimonianze finora esaminate. Ciò accade in D. 47.2.43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*), in cui prima si trova l'espressione *furtum facit* e solo dopo la frase *nec nummi eius fient* ⁽¹⁶⁶⁾. Così in D. 47.2.44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*) Pomponio afferma *nummi debitoris erunt*, solo dopo avere enunciato la regola per cui il falso procuratore commetteva furto ⁽¹⁶⁷⁾. Peraltro, in D. 47.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*), nella prima fattispecie si incontra l'espressione *manent nummi debitoris* e nella seconda *nummi procuratoris fiant*, per cui entrambe sono collocate prima della soluzione enunciata sulla commissione o meno del furto ⁽¹⁶⁸⁾. Come si è già avuto modo di precisare ⁽¹⁶⁹⁾, nonostante il riferimento alla responsabilità per furto preceda in alcuni testi quello al trasferimento della proprietà del danaro, ciò non toglie che, nella dinamica concreta, il mancato trasferimento della proprietà sembra costituire un presupposto logico della responsabilità per furto. Proprio il fatto che proprietario rimanesse il debitore, comportava — a mio modo di vedere — che il falso procuratore fosse da ritenersi ladro, perché arrivava a possedere *invito domino* qualcosa che non era suo e che con la *traditio* non era diventato suo ⁽¹⁷⁰⁾.

Venendosi ora al problema della responsabilità dell'acci-

⁽¹⁶⁴⁾ Accennano al punto KASER, *Zur "iusta causa"* cit., p. 77, MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., p. 221 e ANGELINI, *Il "procurator"* cit., p. 216.

⁽¹⁶⁵⁾ Così VON BESELER, *Beiträge* cit., 4, p. 319.

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. *supra* § 2.

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. *supra* § 7.

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr. *supra* § 3.

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr., in particolare, *supra* § 7.

⁽¹⁷⁰⁾ Sulla volontà del tradente di trasferire la proprietà della cosa all'accipiente, quale criterio interpretativo della materia della riscossione fraudolenta dell'indebito, si veda, in particolare, *infra* § 32.

piante, il testo di Africano prevede la riscossione del falso legittimato, forse un delegatario ⁽¹⁷¹⁾. Che si potesse trattare di un delegatario sembra potersi desumere dalla presenza della forma verbale *iusserim* ⁽¹⁷²⁾, che è più indicativa di un atto di delegazione di quanto lo sia *mandavero*, che si ritrova invece nel testo di D. 46.3.18 ⁽¹⁷³⁾. Potrebbe quindi trattarsi di un falso delegatario, così come falso delegatario era l'accipiente descritto in D. 47.2.44 pr. ⁽¹⁷⁴⁾, ma è stato messo in evidenza che, se anche si trattasse di una delegazione, l'accipiente, nel momento in cui riceveva il pagamento, lo riceveva non in qualità di delegatario, ma di *negotiorum gestor* « cobrando por cuenta del delegante » ⁽¹⁷⁵⁾, fungendo « da procuratore ⁽¹⁷⁶⁾ ». In realtà poco sembra rilevare quale fosse la legittimazione che l'accipiente in precedenza aveva, quale fosse cioè la qualità non più posseduta; quanto qui importa è piuttosto che, nel momento della riscossione, tale legittimazione, pur essendo esistita in precedenza, non sussisteva più.

Ne deriva che la fattispecie, descritta da Africano, di Tizio, che prima era legittimato a ricevere, ma poi perdeva tale potere per decisione del *dominus*, sembra essere la medesima descritta da Ulpiano in D. 46.3.18. Non solo. Pare possibile riconoscere lo stesso caso anche in un'altra testimonianza ulpiana e cioè in D. 46.3.12.2 (Ulp. 30 *ad Sab.*) ⁽¹⁷⁷⁾, in cui si parla ancora di un

⁽¹⁷¹⁾ Nel senso che il testo di Africano preveda senz'altro una fattispecie di delegazione si esprime unanimemente la letteratura: in tale senso si vedano per esempio ARU, *Di un caso particolare di delegazione* cit., p. 334, VOCI, *Modi di acquisto* cit., p. 124, WOLF, *Julian* cit., pp. 15 ss., KASER, *Zur Frage* cit., pp. 285 s., IDEM, *Grenzfragen* cit., pp. 312 s. e IDEM, *Durchgangserwerb* cit., pp. 41 s., VON LÜBTOW, *Die Entwicklung* cit., p. 44, STURM, *Julian* cit., p. 24, SACCONI, *Ricerche* cit., p. 19, THIELMANN, *Unwirksame Vollzugsverhältnisse* cit., p. 248, ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 137.

⁽¹⁷²⁾ Sull'uso assai diffuso nelle fonti di *iubere* e *iussum* per designare la delegazione per cui « la proporción es de dieciséis menciones de *iubere* / *iussum* contra quatro de *delegare* », si veda ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 32.

⁽¹⁷³⁾ Sull'ipotesi che D. 46.3.18 non preveda un'ipotesi di delegazione, si veda *supra* § precedente.

⁽¹⁷⁴⁾ Cfr. *supra* § 7.

⁽¹⁷⁵⁾ ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 137.

⁽¹⁷⁶⁾ Così PEROZZI, *Della tradizione* cit., p. 46.

⁽¹⁷⁷⁾ D. 46.3.12.2 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Sed et si quis mandaverit, ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere: si ignorans prohibitum eum accipere solvam, liberabor, sed si sciero, non liberabor.*

certo Tizio, a cui è stato revocato il potere di riscuotere e che ciononostante incassò il pagamento. Peraltro nel passo ora citato Ulpiano affronta solo ed esclusivamente il problema della liberazione del tradente, non facendo alcuna menzione della sussistenza o meno del delitto di furto. Invero, proprio sulla base del riferimento, nelle testimonianze dei giuristi, ad un certo Tizio, che pur non-più-legittimato incassava, si è ritenuto che tale fattispecie costituisse un vero e proprio caso di scuola, più volte preso in considerazione negli insegnamenti della giurisprudenza ⁽¹⁷⁸⁾. Pare in effetti probabile che la fattispecie di Tizio accipiente non-più-legittimato fosse uno dei terreni su cui affrontare il problema della liberazione del debitore e in sostanza — a mio modo di vedere — un caso tipizzato. La pluripresenza della fattispecie nelle fonti, sia che si tratti di un caso di scuola sia che si tratti di un caso effettivamente verificatosi nella pratica, sembra in effetti costituire un tipico esempio del modo di procedere della giurisprudenza classica. È noto come, nei ragionamenti giuridici, i giuristi arrivassero spesso alla semplificazione del *casus* che, coordinato alla sua soluzione, consentiva di giungere poi a massimare i criteri decisionali che sarebbero stati utilizzati in ulteriori casi ⁽¹⁷⁹⁾.

A mio parere, si potrebbe a questo punto riprendere anche quanto sostenuto a proposito di D. 47.2.67.3 e D. 46.3.18 ⁽¹⁸⁰⁾. Si può infatti ipotizzare che il caso verificatosi nella pratica fosse quello del servo manomesso descritto in D. 47.2.67.3. Proprio il fatto che la fattispecie *de qua* sia presente anche in D. 46.3.18 e sembri essere menzionata a modello della soluzione di una seconda fattispecie, può consentire perlomeno di congetturare che essa fosse la più risalente e forse, vista la sua maggiore specificità, quella che davvero era stata colta dalla prassi concreta. Che poi essa ritorni in D. 46.3.12.2 e ricompaia in D. 46.3.38.1, descritta prima di un altro caso simile, ma più articolato, pare deporre nel senso che il caso fosse costantemente riproposto per affrontare la questione della liberazione del

⁽¹⁷⁸⁾ In tale senso HAYMANN, *Schutz* cit., p. 409.

⁽¹⁷⁹⁾ Sulla tecnica del ragionamento giuridico della giurisprudenza classica in generale si veda, per tutti, L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino 1989, pp. 115 ss.

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. *supra* § precedente.

tradente, a cui poi spesso si intrecciava la responsabilità per furto dell'accipiente in malafede.

Alla luce di queste considerazioni, la testimonianza di Africano, dando per scontata la sussistenza della fattispecie di furto nel caso in cui l'accipiente consapevole percepiva un indebito, non fa che ribadire quanto emerso anche negli altri passi esaminati e cioè che la riscossione da parte del non-più-legittimato, nella piena consapevolezza di non avere più il potere di riscuotere, rendeva lo stesso responsabile di furto. Peraltro, dal passo in esame si desume anche che l'accipiente era da considerarsi ladro solo qualora avesse inteso, con il percepimento del danaro, arricchire se stesso ⁽¹⁸¹⁾. Proprio l'espressione *ut eos lucretur* è stata letta come una specificazione che riguarda lo stato psicologico di chi riceveva il pagamento ed è stata interpretata addirittura come un'attestazione della distinzione nella nozione di *furtum* tra una *contrectatio* e un atteggiamento intenzionale dell'agente ⁽¹⁸²⁾. Tuttavia — come si è già avuto modo di accennare ⁽¹⁸³⁾ — la precisazione del fine di lucro sembra piuttosto da ascrivere a quella riflessione giurisprudenziale più matura, che fece progressivamente emergere, in relazione alla fattispecie di furto in generale, la specificità del dolo, quale elemento che stava al di là della fattispecie vera e propria di furto.

Sezione 2.

La simulazione della propria identità

16. *Il criterio "debitorem circumvenire".*

Se fino ad ora sono state considerate le testimonianze in cui viene descritta la condotta di quel soggetto che appariva essere dotato del titolo della legittimazione, quando non lo era, è opportuno prendere adesso in considerazione — come si è ac-

⁽¹⁸¹⁾ Qualifica lo stato soggettivo dell'accipiente nel passo *de quo* come reticenza fraudolenta BETTI, *Esercitazioni cit.*, p. 91.

⁽¹⁸²⁾ ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano cit.*, p. 144.

⁽¹⁸³⁾ Cfr. *supra* § 5 e § precedente e anche *infra* § 17; su questo processo evolutivo del delitto di furto si rinvia, in particolare, a ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano cit.*, pp. 283 ss. e IDEM, *Furtum cit.*, pp. 315 ss.

cennato nella parte introduttiva ⁽¹⁸⁴⁾ — quei testi in cui l'apparenza del presunto legittimato riguardasse non il proprio titolo, ma la propria identità. Un unico testo sembra prevedere questa ipotesi. Si tratta di un passo di Papiniano ⁽¹⁸⁵⁾, che descrive la condotta di chi, agli occhi dell'autore della *traditio*, assumesse l'individualità del vero legittimato ad incassare:

D. 47.2.81(80).6 (Pap. 12 *quaest.*): *Falsus autem procurator ita demum furtum pecuniae faciet, si nomine quoque veri procuratoris, quem creditor habuit, adsumpto debitorem alienum circumvenerit. quod aequè probatur et in eo, qui sibi deberi pecuniam ut heredi Sempronii creditoris adseveravit, cum esset alius* ⁽¹⁸⁶⁾.

Nel passo ricorrono due fattispecie di riscossione di quanto non dovuto. Nella prima un soggetto fingeva di essere il vero *procurator* del creditore, dichiarando al debitore di essere una persona diversa da quella che era. Papiniano utilizza qui il termine *circumvenire* ⁽¹⁸⁷⁾, che dà bene l'idea del raggiro posto in essere ai danni del debitore. Si sottintende che il debitore cadeva nella rete, adempiendo la sua prestazione nella convinzione di avere a che fare con il vero legittimato. La conseguenza era la responsabilità per furto del *falsus procurator*.

La seconda fattispecie si presenta in termini analoghi. Qui il raggiro veniva posto in essere assumendosi non il nome del procuratore, bensì quello dell'erede del creditore di nome Sempronio, che nel frattempo era deceduto, vantandosi pertanto di essere creditore di una certa somma di danaro. Anche in questo caso l'inganno era punito come furto e nei confronti del legittimato apparente si poteva agire con l'*actio furti*.

Ora, il denominatore comune delle due fattispecie è l'inganno posto in essere tramite assunzione di un falso nome ⁽¹⁸⁸⁾

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. *supra* § 4.

⁽¹⁸⁵⁾ Sul § 5 e sul § 7 dello stesso frammento 81 del titolo 47.2 si veda *supra* §§ 10-11.

⁽¹⁸⁶⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 1, § 260, c. 838.

⁽¹⁸⁷⁾ Sulla proposta — peraltro non condivisibile — di emendare il termine si veda però *infra* questo §.

⁽¹⁸⁸⁾ Lo sottolinea PEROZZI, *Della tradizione* cit., p. 48.

e quindi la menzogna sulla propria identità. Nella prima il soggetto in questione non si comportava come negli altri casi finora esaminati, apparendo semplicemente come un *procurator*, bensì arrivava ad assumere il nome del vero legittimato effettivamente esistente, sostituendosi a lui nella riscossione del debito. Infatti Papiniano afferma *veri procuratoris, quem creditor habuit*, lasciando intendere che non si trattava di simulazione del proprio titolo a ricevere il pagamento, ma propriamente di simulazione dell'identità del *verus procurator*. E la menzogna sulla propria identità è la caratteristica anche del secondo caso, in cui l'accipiente per ricevere il danaro dichiarava di essere l'erede del creditore Sempronio.

Quanto è essenziale rilevare immediatamente è che il caso risulterebbe essere in antitesi con tutti gli altri descritti nei passi fino ad ora esaminati, in quanto qui non era affatto sufficiente che il falso legittimato avesse l'apparenza del vero legittimato e fosse in malafede perché risultasse responsabile per furto, bensì era necessario che lo stesso fingesse di essere una persona diversa da quella che era. Tale sua condotta era ovviamente diretta a fare cadere in inganno il malcapitato debitore.

In ragione del suo singolare contenuto, definito addirittura un « enigma ⁽¹⁸⁹⁾ », la testimonianza è stata bersagliata dalla critica interpolazionistica. Se in letteratura c'è sia chi ha fortemente sospettato della classicità dell'intero brano ⁽¹⁹⁰⁾, sia chi si

⁽¹⁸⁹⁾ Così ANGELINI, *Il "procurator"* cit., p. 231.

⁽¹⁹⁰⁾ Oltre al solito G. VON BESELER, *Unklassische Wörter*, in ZSS, 57, 1937, p. 2, dubita fortemente della genuinità del passo, che — a giudizio dell'autore — contrasterebbe con la regola classica per cui il falso procuratore commetteva sempre furto nei confronti di chi effettuava inconsapevolmente il pagamento, anche HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 18. Drastico sulla non classicità del passo è ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 184, che ritiene non ammissibile come Papiniano a metà di un brano che non contiene altro se non due casi pratici relativi alla titolarità delle azioni contro il falso procuratore nell'ipotesi di una ratifica da parte del preteso rappresentato, improvvisamente passi a qualificare il comportamento del falso procuratore come furto solo in caso di simulazione dell'altrui identità e non nel mero caso di simulazione del titolo di procuratore, per cui il § 6 sarebbe una glossa marginale, scritta da uno studioso che enunciava questa singolare regola restrittiva per precisare il concetto di falso procuratore di Papiniano. Nel senso che si tratti di una « late classical position on the taking of an *indebitum* », si veda anche THOMAS, *A Note* cit., p. 218; lascia aperta la possibilità del rimaneggiamento del testo anche MITTELSTEN SCHEID, *Der Vorliebe* cit., p.

è limitato a mettere in discussione la frase finale *quod ... alius*, giudicando sicuramente spuria la fattispecie del furto dell'erede apparente ⁽¹⁹¹⁾, i più interessanti approfondimenti hanno riguardato il verbo *circumvenire*, nonché la congiunzione *quoque* riferita all'ablativo assoluto *nomine ... adsumpto*.

Per quanto riguarda primariamente il verbo *circumvenerit* si è sostenuto che esso non sia attribuibile a Papiniano. Ad attirare per primo l'attenzione su di esso, è stato ZACHARIÄ VON LINGENTHAL che, in una critica ad alcuni testi del Digesto come tramandatici nella *Littera Florentina* « mittelst Beachtung der griechischen Indices und Summen », propone una « sehr beachtenswerte Variante ⁽¹⁹²⁾ » del testo di D. 47.2.81(80).6 sulla base di uno scolio di Stefano a D. 13.1.18 ⁽¹⁹³⁾. In tale scolio, in cui è anche ripresa una distinzione di Taleleo ⁽¹⁹⁴⁾, si dà per scontato che nel testo Papiniano abbia fatto uso, anziché di *circumvenerit*, del verbo *convenerit* ⁽¹⁹⁵⁾.

Ora, si voglia per un attimo credere che, anziché *debitorem alienum circumvenerit*, il giurista severiano abbia davvero scritto *debitorem alienum convenerit*. Si presenta subito essenziale comprendere con che significato tale forma verbale sia utilizzata. Di primo acchito risulterebbe che il soggetto in que-

32. Sul passo si vedano anche, senza dubitare della sua classicità, VOCI, *Modi di acquisto* cit., p. 152, THIELMANN, *Unwirksame Vollzugverhältnisse* cit., p. 248, BREMER, *Leistung* cit., p. 44, P. APATHY, *Procurator und solutio*, in ZSS, 96, 1979, p. 66 nt. 2, THOMAS, *Animus furandi* cit., p. 27 nt. 121.

⁽¹⁹¹⁾ Così SOLAZZI, *L'errore* cit., p. 159.

⁽¹⁹²⁾ E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Aus und zu den Quellen des römischen Rechts*, in ZSS, 10, 1889, p. 287.

⁽¹⁹³⁾ Sc. IX ad B. 60.10.18 (SCHELTEMA-HOLWERDA-VAN DER WAL, *Basilicorum libri LX. Series B. Volumen VIII. Scholia in libros LVII-LX* cit., pp. 3327 s.): (...) [τὸν ἀληθῆ Τίτιον δεβίτορα] Θαλέλειος μέντοι ὁ μακαρίτης τῇ αὐτῇ κέχρηται διασιτίξει ἐπὶ παντός ἐν εἰδήσει λαβόντος ἰνδέβιτον, ἐμφαντικῶς δεξάμενος τὸ CONUENERIT. Γέγει γάρ, ὅτι εἰ μὲν προσενέχθη τινι τὸ ἰνδέβιτον καὶ σιωπήσας ἐκεῖνο λάβη οὐκ ἀγνοῶν εἶναι ἰνδέβιτον, οὐχ ἁμαρτάνει κλοπὴν· δοκεῖ γάρ κατὰ γνώμην δεσπότης ψηλαφᾶν τὸ καταβληθέν. Εἰ δὲ μὴ προσηνέχθη αὐτῷ, ἀλλ'αὐτὸς ἐκίνησε καὶ ἀπήτησε, τότε ὡς δοκῶν παρὰ γνώμην δεσπότης ψηλαφᾶν τὸ ἀλλότριον κλοπὴν ἁμαρτάνει. Ἄλλ' εἰ τις ἐμφαντικῶς χρήσεται τῷ 'κουνουενε-ριτ', ἔτερος αὐτῷ ἀνθίσταται λόγος: RES γὰρ PRO IUDICATA PRUERTATE (...). Su questo scolio specificamente, cfr. *infra* § 33.

⁽¹⁹⁴⁾ Su tale *distinctio* dell'*antecessor* giustininaeo, cfr. *infra* § 33.

⁽¹⁹⁵⁾ L'idea di von Lingenthal è stata poi ripresa e sostenuta da LANGE, *Das kausale Element* cit., p. 90, SOLAZZI, *L'errore* cit., p. 160 nt. 140 e JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. 120 nt. 6.

stione avesse assunto il nome del vero procuratore e, con tale falsa identità, avesse convenuto in giudizio il debitore. Secondo Stefano che, sulla presenza di tale verbo nel testo papiniano, incentra il suo lungo commento, *convenerit* sarebbe in realtà da intendersi in senso lato e cioè non solo nel senso di agire in giudizio contro il debitore, ma anche in quello di esigere il pagamento dal debitore stesso al di fuori del processo. Quindi Papiniano avrebbe descritto la condotta di un soggetto che pretendeva di incassare, o addirittura conveniva in giudizio colui di cui sapeva di non essere creditore. Il maestro bizantino analizza poi anche l'ipotesi che, una volta instaurato il giudizio, intervenisse la sentenza; in tale ipotesi il falso procuratore sarebbe stato responsabile non solo per furto, ma anche in ragione della sua fraudolenta condotta processuale. In realtà, a prescindere da tale eventualità descritta alla fine dello scolio, dall'annotazione di Stefano risulta chiaro che la fattispecie con la forma *convenerit*, come da lui intesa, si riveli ricomprendere la forma *circumvenerit*, in quanto prevederebbe sia l'ipotesi della condotta attiva del falso procuratore nel volere riscuotere quanto non gli era dovuto sia quella in cui tale soggetto andasse oltre tale pretesa e, di fronte all'insolvenza del debitore, arrivasse persino, con la sua falsa identità, a convenire il debitore stesso in giudizio. Dunque, il testo con la variante *convenerit*, almeno per come Stefano interpreta tale verbo, non farebbe altro che prevedere un'ipotesi ulteriore e più grave di responsabilità del falso procuratore, senza peraltro escludere affatto la *circumventio* del debitore. Pertanto sbaglia, a mio parere, chi in letteratura condivide la proposta di modifica testuale ispirata allo scolio di Stefano, con l'intento di dimostrare che Papiniano avesse, in tema di furto del falso procuratore, un'opinione in linea con quella del resto della giurisprudenza ⁽¹⁹⁶⁾.

A me sembra piuttosto che il testo come riportato nell'edizione mommseniana del Digesto con l'espressione *debitorem alienum circumvenerit*, escludendo la complessa e macchinosa

⁽¹⁹⁶⁾ Così JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., pp. xxvii s. e 120 nt. 6 ammette la variante testuale per potere provare che Papiniano non era in contrasto con altri giureconsulti nel ritenere l'inganno indispensabile ai fini della qualificazione come furto della riscossione consapevole di quanto non dovuto.

fattispecie dell'azione in giudizio, rimanga il più plausibile⁽¹⁹⁷⁾. Del resto, l'ipotesi aggravata dell'esperimento di un giudizio, pur possibile, nulla aggiunge alla assodata responsabilità per furto di un *falsus procurator* che, tramite la simulazione d'identità e quindi tramite una condotta attiva, induceva in inganno il debitore. Poco importa poi come abbia potuto sovrapporsi al testo papiniano la diversa tradizione testuale con *convenerit* quale si arguisce dallo scolio di Stefano. In assenza di indizi probanti, essa può trovare spiegazione solo sul piano congetturale. Si è ipotizzato per esempio che la forma verbale sia stata sostituita — distrattamente o di proposito — ancora in età classica, visto che sia *circumvenerit* sia *convenerit* sono termini di uso corrente in età classica⁽¹⁹⁸⁾, così come si è detto che il testo originario papiniano potrebbe avere subito un'alterazione successiva, da attribuirsi ad un banale errore di trascrizione o ad un consapevole intervento⁽¹⁹⁹⁾.

Anche il *quoque* ha, per altri versi, costituito argomento di discussione in letteratura. VON VANGEROW lo ha tradotto con l'espressione « unter anderem auch », intendendo il passo nel senso che il falso procuratore avesse commesso furto, oltre che in altri casi, anche nell'ipotesi di menzogna sulla propria identità: « ein *falsus procurator* sich auch noch in mancherlei andrer

⁽¹⁹⁷⁾ Apertamente contrario alla lettura nel testo papiniano di *convenerit*, anziché di *circumvenerit*, si dichiarava già J. CUIACIUS, *Commentarius* cit., p. 346: « Graeci ad l. 18 de *condict. fur.* Legunt, si *debitorem alienum convenerit*. Multa scribunt de significatione eius verbi, quae licet legere. Male autem legunt, *convenerit* »; analogamente prendono esplicitamente posizione contro la presenza di *convenerit* FITTING, *Sciens indebitum accipiens* cit., p. 25, partendo dal presupposto che il *falsus procurator* fosse in malafede, per cui già ciò giustifica l'uso nel testo del verbo *circumvenire*: « il suffit d'être de mauvaise foi pour qu' on puisse dire qu' en acceptant un paiement il est commis un acte positif de fraude justifiant l'emploi du mot *circumvenerit* » e ANGELINI, *Il "procurator"* cit., p. 232 nt. 226, che, dopo avere riferito imprecisamente che Fitting accetta la lezione *convenerit* al posto di *circumvenerit*, ritiene genuino il testo con *circumvenerit*.

⁽¹⁹⁸⁾ Accenna a tale ipotesi, pur sembrando optare per *convenerit* in luogo di *circumvenerit*, LANGE, *Das kausale Element* cit., p. 90: « das erstere ist ebenso klassischer Sprachgebrauch wie das letztere und die Ersetzung des einen durch das andere, mag sie nun absichtlich oder aus Versehen erfolgt sein ».

⁽¹⁹⁹⁾ In tale senso ANGELINI, *Il "procurator"* cit., p. 232 nt. 226, che parla di alterazione testuale successiva all'età classica, dovuta o ad un casuale errore di trascrizione o ad un consapevole intervento volto ad armonizzare maggiormente il passo con la mutata concezione giustiniana del falso procuratore.

Weise eines *furtum* schuldig machen kann ⁽²⁰⁰⁾ ». In termini non del tutto diversi BETTI ritiene che *quoque* sia da riferire non a *nomine veri procuratoris*, ma sia da anticipare e da collocare prima del sostantivo *furtum*: così il passo potrebbe essere più linearmente interpretato come l'esemplificazione di due fattispecie di furto del falso procuratore, che si aggiungono ad altri simili casi sanzionati nel medesimo modo ⁽²⁰¹⁾.

Dopo avere esaminato e liquidato l'ipotesi di von Vangerow ⁽²⁰²⁾, affermando « das verträgt nicht mit dem Text », a proposito del *quoque* MEDICUS avanza la diversa idea che il falso procuratore avesse potuto fare il nome di qualcun altro oltre a quello del vero procuratore, ma subito dopo la confuta, osservando che si tratta di qualcosa di scontato, perché se tale soggetto avesse fatto il suo proprio nome, non sarebbe stato ovviamente posto in essere nessun inganno sulla propria identità ⁽²⁰³⁾. L'autore tedesco ritiene quindi evidente che l'impostore si fosse presentato con il nome del vero legittimato, perché altrimenti non vi sarebbe stato modo per indurre il debitore ad effettuare il pagamento a lui, e conclude in termini dubitativi, senza prendere posizione sul significato del passo, affermando: « man versteht nicht, warum Papinianus das besonders erwähnt haben sollte » ⁽²⁰⁴⁾.

Per dare al *quoque* un significato adeguato senza volere necessariamente congetturare un intervento dei compilatori, né generico né volto a spostare altrove nel testo la congiunzione, si può invero, a mio parere, insistere sull'intuizione di Medicus in relazione alla spendita di un nome diverso da quello del vero procuratore. In effetti è logico credere — non lo si può negare — che il falso procuratore avesse fatto in modo di apparire al

⁽²⁰⁰⁾ VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* cit., 3, § 625, p. 415.

⁽²⁰¹⁾ Così BETTI, *Esercitazioni* cit., p. 50.

⁽²⁰²⁾ Anche FITTING, *Sciens indebitum accipiens* cit., pp. 26 rifiuta la traduzione di *quoque* proposta da von Vangerow, attribuendo piuttosto alla congiunzione la funzione di rimarcare la necessità della presenza di due requisiti perché un falso procuratore commettesse furto, e cioè non solo la malafede dell'accipiente, ma anche il fare uso di un nome altrui: « Le mot *quoque* marque que ces deux éléments de la condition sont également essentiels bien que l'accent porte sur le premier, dont l'admission était discutée ».

⁽²⁰³⁾ Così MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., p. 215 nt. 9.

⁽²⁰⁴⁾ MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., p. 216.

debitore come il vero legittimato, ma ciò ammette sia l'ipotesi in cui il *falsus procurator* si sostituisse al vero procuratore sia quella in cui si sostituisse al vero creditore. Era ben possibile infatti — a mio parere — sia che il creditore avesse incaricato effettivamente un certo soggetto di riscuotere il pagamento dal debitore e che l'impostore, venuto a conoscenza di ciò, si fosse spacciato per tale soggetto, sia che l'impostore si presentasse come il vero creditore. Se così fosse, ne conseguirebbe che il *quoque* sia stato inserito dal giurista, che avrebbe lasciato intendere come l'inganno potesse essere stato posto in essere con l'uso del nome del *verus procurator*, ma che la falsa apparenza poteva essere data anche in altro modo, per esempio assumendo falsamente l'identità del creditore stesso. Del resto le fonti attestano fattispecie in cui viene simulata l'identità del vero creditore, come l'ipotesi di un soggetto che fingeva di essere colui al quale doveva essere dato del danaro a titolo di mutuo⁽²⁰⁵⁾. Con il *quoque* quindi Papiniano avrebbe voluto dire che la spendita del nome del vero procuratore era solo uno dei modi per riuscire nell'intento di raggirare con una falsa identità il debitore e di carpire la sua buona fede⁽²⁰⁶⁾; del resto è noto come le fantasiose menti di chi vuole ingannare siano in grado di elaborare una gamma così variegata di simulazioni e raggiri da fare in modo che la realtà arrivi il più delle volte a superare qualsiasi elaborazione teorica.

Tuttavia, se anche si giustifica come detto il *quoque*, rimane ancora da chiarire per quale ragione Papiniano avesse espresso un'opinione apparentemente distante da quella del resto della giurisprudenza, sembrando dare un "giro di vite" alla configurabilità del furto del falso procuratore. Il limitare la responsabilità dell'accipiente alla sola ipotesi della menzogna sulla propria identità infatti esclude che l'accipiente stesso fosse punibile in tutti i rimanenti casi in cui egli fosse comunque pienamente consapevole di non essere legittimato a riscuotere,

⁽²⁰⁵⁾ Su questa fattispecie e sulle sue varianti attestate nel Digesto, si veda *infra* §§ 23-25; ai casi di simulazione dell'identità del creditore, si riferisce l'intera sezione 2.

⁽²⁰⁶⁾ Accennando al passo in "*Alius solvit alius repetit*" cit., p. 120, ho menzionato il *quoque*, precisando però solo genericamente che la congiunzione potesse costituire un indizio di come Papiniano intendesse chiarire, con un'esemplificazione, in che modo un soggetto si facesse passare per procuratore.

ma non mentisse su chi era. In sostanza Papiniano opererebbe una restrizione della fattispecie del furto del falso procuratore, lasciando intendere che il silenzio sul proprio titolo a ricevere non era di per sé significativo della sussistenza del delitto, ma che era allo scopo necessaria l'assunzione di una falsa identità personale. La soluzione indicata nel passo pare allora in contrasto con tutte le altre finora esaminate e soprattutto con quella di D. 47.2.43.1, in cui Nerazio enuncia quale criterio discrezionale del furto dal non furto la volontà del *solvens* di trasferire la proprietà, distinguendo il caso in cui l'autore del pagamento ritenesse il *procurator* il vero creditore o lo ritenesse essere colui che operava per conto del vero creditore.

Per giustificare l'antitesi tra l'insegnamento papiniano e le testimonianze del resto della giurisprudenza, c'è chi, come Voci, ha ritenuto il contenuto del testo un'opinione personale di Papiniano, addirittura un *unicum* nelle Pandette, che non viene poi ripreso nella giurisprudenza postpapiniana⁽²⁰⁷⁾. Da parte sua ANGELINI legge la decisione alla luce della differenza tra chi simulava di essere procuratore del creditore e chi invece assumeva il nome del procuratore del creditore⁽²⁰⁸⁾. Quest'ultimo, secondo l'autore, avrebbe agito in modo più grave rispetto al primo, ma non sostanzialmente diverso. Papiniano avrebbe quindi inteso precisare che commetteva furto non solo chi si spacciava per procuratore, ma anche chi assumeva il nome del procuratore che il creditore effettivamente aveva⁽²⁰⁹⁾.

Peraltro il più interessante rilievo sul passo sembra essere quello per cui, in esso, la sussistenza del furto conseguirebbe al fatto che, al momento della consegna, la proprietà dal tradente all'accipiente non poteva passare⁽²¹⁰⁾. Secondo tale interpretazione il tradente avrebbe inteso trasferire al vero procuratore, e non già a chi ne aveva assunto il nome, la proprietà sulla somma di danaro. Proprio perché il tradente non trasferiva all'accipiente la proprietà sulla somma di danaro, l'accipiente commetteva furto.

Invero tale ipotesi che, per quanto mi risulta, non ha incon-

⁽²⁰⁷⁾ VOCI, *Modi di acquisto* cit., p. 152.

⁽²⁰⁸⁾ ANGELINI, *Il "procurator"* cit., p. 232.

⁽²⁰⁹⁾ ANGELINI, *Il "procurator"* cit., *ibidem*.

⁽²¹⁰⁾ In tal senso FRANCKE, *Wann wird ein furtum* cit., p. 98.

trato l'interesse della critica ⁽²¹¹⁾, presenta un profilo interessante. Infatti si è già avuto modo di accennare ⁽²¹²⁾ come il trasferimento di proprietà dal tradente all'accipiente fosse, nell'idea dei giuristi classici, strettamente connesso al furto e come la volontà del tradente di trasferire la proprietà possa costituire la chiave della decisione di Nerazio in D. 47.2.43.1 ⁽²¹³⁾. In effetti Nerazio differenzia il caso in cui il *solvens* intendesse trasferire il danaro al procuratore, quindi a colui a cui pagava, o invece intendesse trasferirlo ad una persona diversa, ovvero sia al suo *dominus*: solo in quest'ultimo caso l'accipiente commetteva furto. Ma allora anche la decisione di Papiniano potrebbe leggersi alla luce di questo principio. Nel caso descritto il tradente intendeva pagare al procuratore, ma non certo a quello che a lui si era presentato spacciandosi per procuratore. La *traditio* risultava quindi viziata e la soluzione era nel senso che senz'altro l'accipiente commettesse furto.

Ma allora, se si legge la testimonianza papiniana alla luce di quella neraziana, si deve rifiutare l'idea che Papiniano enunciasse una soluzione del tutto isolata rispetto all'opinione comunemente sostenuta dalla giurisprudenza. Al contrario, puntualizzando che il procuratore mentiva sulla sua identità, il giurista si sarebbe allineato all'insegnamento di Nerazio, prospettando una fattispecie concreta in cui applicare la distinzione. In D. 47.2.81(80).6 Papiniano in sostanza avrebbe voluto precisare che il debitore, se pagava a chi fingeva la propria identità, non voleva affatto trasferire la proprietà della somma all'impostore, ma a colui il cui nome veniva fatto. Proprio per tale ragione l'impostore commetteva furto. Se ad una vera e propria presa di posizione sul significato del passo papiniano in rapporto alle altre fonti potrà giungersi solo con il prosieguo dell'indagine, è utile fin d'ora profilare, quale possibile via di una migliore comprensione della materia del furto del falso legittimato, una salda connessione tra la distinzione di Nerazio di D. 47.2.43.1 e la decisione di Papiniano di D. 47.2.81(80).6.

⁽²¹¹⁾ Non sembra che tale interpretazione del passo sia mai stata ripresa dopo Francke.

⁽²¹²⁾ Cfr. *supra* §§ 2, 3, 5, 11 e 15.

⁽²¹³⁾ Si veda *supra* § 3.

17. *Conclusioni sul furto del legittimato apparente.*

In questa prima parte dell'indagine sono state prese in considerazione quelle testimonianze in cui i giuristi riconoscevano la responsabilità per furto del *falsus procurator* o di chi più in generale, quale terzo rispetto al rapporto debitorio, apparisse legittimato a percepire il pagamento per conto del creditore, mentre è stato rinviato per ora l'esame di quei passi che trattano della responsabilità per furto del presunto creditore e pertanto di chi apparisse titolare del credito. Nell'esegesi dei testi si sono invero prese in considerazione sia quelle testimonianze in cui la responsabilità per furto del *falsus procurator* viene riconosciuta esplicitamente, sia quelle in cui invece essa è desumibile dal contesto.

Si è proceduto dividendo i passi in due principali gruppi, individuandosi quale criterio per distinguere tra loro le fonti giurisprudenziali quello delle modalità di attuazione della condotta del presunto legittimato. Si è tenuto infatti conto di quale fosse l'oggetto della simulazione, quale fosse in sostanza l'aspetto di sé che al tradente appariva diverso dalla realtà e quindi, ora la sua legittimazione ad incassare, ora la sua identità. Si è voluto infatti evitare che l'analisi delle fonti fosse, nella sua struttura, improntata sulle posizioni assunte in letteratura sulla questione, decidendosi di percorrere una via del tutto nuova anche nella struttura dell'indagine, al fine di verificare come debba essere interpretata la responsabilità per furto dello *sciens indebitum accipiens*. Solo alla fine, sulla base proprio di quanto emergerà dai testi, si cercherà di assumere una posizione nell'ambito della « querelle » che ha agitato la critica romanistica e che può ridursi alle quattro fondamentali posizioni di chi ammette la responsabilità per furto in ogni caso di reticenza dell'accipiente in malafede, di chi la ammette solo nell'ipotesi di condotta attiva dello stesso al fine di trarre in inganno il tradente in buona fede, di chi ritiene irrilevante lo stato soggettivo dell'accipiente e di chi ipotizza l'esistenza di uno *ius controversum* in giurisprudenza ⁽²¹⁴⁾.

Si è così innanzitutto proceduto all'esame di un primo gruppo di testimonianze (sezione 1), in cui un soggetto appariva

⁽²¹⁴⁾ Cfr. *supra* § 1.

legittimato, ma mancava in realtà del titolo a riscuotere per conto del creditore, per poi considerare il secondo gruppo (sezione 2), che contiene quelle testimonianze in cui la falsa rappresentazione del tradente riguardava non il titolo del falso legittimato, bensì la diversa identità, per cui un soggetto fingeva di essere colui che era legittimato a ricevere. Nel primo dei due gruppi si sono fatti rientrare, oltre ai casi di esplicita simulazione del titolo a riscuotere, anche quelle fattispecie in cui il riferimento al *falsus procurator* o ad un generico falso legittimato compare senza che il testo specifichi di che tipo di simulazione si trattasse. Infatti, sebbene tali passi non precisino se l'accipiente in malafede avesse simulato il proprio titolo o la propria identità, si può, a mio parere, presumere che la genericità del dettato testuale sottintenda l'ipotesi che, nella pratica, si verificava probabilmente più di frequente e cioè la simulazione di titolo.

Nel gruppo di passi in cui il presunto legittimato simulava di avere un titolo che non possedeva, si colloca, andandosi in ordine cronologico in questo tentativo di ricostruzione del pensiero della giurisprudenza romana sul tema, il testo di D. 47.2.76(75) (Pomp. 21 *ad Q. Mucium*)⁽²¹⁵⁾. La testimonianza, sebbene in un primo momento possa apparire quale una delimitazione della fattispecie del furto del falso procuratore, in realtà nega il delitto di furto per il solo caso in cui il debitore si fosse impegnato in una *stipulatio dandi* al falso procuratore e in conseguenza di ciò, non avesse effettuato nessuna dazione materiale. Se ne può desumere *a contrario* che, nel caso di dazione materiale di quanto non dovuto al falso procuratore, quest'ultimo sarebbe stato senza dubbio responsabile per furto. La possibilità di fare risalire questo insegnamento a Quinto Mucio, che Pomponio stava commentando, sembra consentire di collocare cronologicamente la regola della responsabilità per furto del *falsus procurator* già almeno nell'età tardo-repubblicana.

Anche il caso del mercante di frumento di D. 47.2.52.11 (Ulp. 37 *ad ed.*), attribuibile a Labeone, è da inserirsi in questo gruppo di passi⁽²¹⁶⁾. In esso un passante simulava di essere legittimato a ritirare il grano, mentre non lo era. Il presunto

⁽²¹⁵⁾ Cfr. *supra* § 5.

⁽²¹⁶⁾ Cfr. *supra* § 6.

legittimato è ritenuto da Labeone senz'altro responsabile per furto in un testo formulato però per risolvere una questione ulteriore, e cioè quella di chi fosse legittimato ad esperire l'*actio furti* contro l'accipiente in malafede.

Un'altra testimonianza di Pomponio, questa volta tratta dal commentario *Ad Sabinum*, D. 47.2.44 pr. (19 *ad Sab.*) riconosce chiaramente, nell'ambito di un rapporto delegatorio, la responsabilità per furto del presunto legittimato a riscuotere e specifica che l'accipiente era tenuto nei confronti del delegante ⁽²¹⁷⁾. Il testo non fornisce poi altri particolari sulle caratteristiche della fattispecie, né precisa in che modo l'accipiente fosse riuscito ad apparire dotato di un titolo che non aveva. Tuttavia viene specificato che la proprietà del danaro rimaneva del delegante.

È stato poi analizzato il passo ulpiano di D. 24.1.3.12 (Ulp. 32 *ad Sab.*), che, nella fattispecie che qui importa, descrive un'ipotesi molto simile a quella di D. 47.2.44 pr., in cui il delegato pagava al non legittimato ⁽²¹⁸⁾. Qui peraltro, a differenza del passo di Pomponio, debitore è chiamato il delegato e non il delegante. Ma, a parte questa differenza nella struttura del caso, la soluzione è la medesima: l'azione per il furto contro l'accipiente spettava al delegante.

In un altro passo, collocato dai compilatori fuori dal titolo *De furtis*, D. 9.4.38.3 (37 *ad ed.*), Ulpiano descrive poi la condotta di un servo che riscuoteva del danaro al fine di trattenerlo per sé ⁽²¹⁹⁾. Viene qui puntualizzata la volontà del tradente a che il danaro arrivasse al vero creditore e non già al servo (*ut si eos domino suo det*). La conseguenza era senz'altro la responsabilità per furto del legittimato apparente.

Sono stati poi presi in considerazione due passi di Papiniano, entrambi contenuti nel frammento 81 del titolo 47.2 e più precisamente il § 5 e il § 7 (Pap. 12 *quaest.*) ⁽²²⁰⁾. Anche in essi viene descritta la condotta di un soggetto che riscuoteva un pagamento, apparendo quale il procuratore del creditore. Se di primo acchito le due fattispecie possono sembrare tra loro

⁽²¹⁷⁾ Cfr. *supra* § 7.

⁽²¹⁸⁾ Cfr. *supra* § 8.

⁽²¹⁹⁾ Cfr. *supra* § 9.

⁽²²⁰⁾ Cfr. *supra* §§ 10 e 11.

simili, in quanto in entrambe interviene ad un certo punto una ratifica, ad una più attenta lettura è evidente che la ratifica di cui al § 5 proveniva da colui per cui conto il falso procuratore aveva riscosso, mentre nel § 7 derivava dal *dominus* del tridente e quindi non aveva alcuna relazione con l'autore della riscossione del non dovuto. Interessanti sono, in particolare, gli effetti della ratifica del presunto *dominus*, descritti nel § 5, nell'ipotesi di pagamento per nulla dovuto e quindi non dovuto neanche al *dominus* stesso. Se infatti si trattava allo stesso tempo sia di un "indebito soggettivo" che di un "indebito oggettivo" ⁽²²¹⁾, la ratifica del creditore non escludeva la responsabilità per furto del falso legittimato.

Significativa nell'ambito dell'indagine si è rivelata anche una costituzione dell'imperatore Diocleziano, C. 6.2.19 ⁽²²²⁾. Infatti essa ribadisce alla fine del III sec. d.C. il principio per cui il falso procuratore, riscuotendo quanto non gli era dovuto, commetteva furto. A tale figura il provvedimento sembra assimilare la fattispecie di chi in malafede riceveva, con l'apparenza del vero depositario, qualcosa in deposito, qualificandolo quale un *falsus procurator*. Il fatto che Diocleziano abbia ribadito la regola della responsabilità per furto ancora sul finire del III secolo, estendendola al presunto depositario, sembra costituire un importante indizio nel senso che la riscossione in malafede di quanto non dovuto non si sia mai veramente allontanata dall'ambito applicativo all'*actio furti*, neanche quindi nella fase della riflessione giurisprudenziale epiclassica.

Nella sezione 1.2 si è poi preso in considerazione quel sottogruppo di casi in cui la simulazione del titolo di procuratore è effettuata da chi in precedenza aveva tale titolo. Rientrano in essa una serie di passi in cui la falsa rappresentazione della realtà nella riscossione del pagamento viene posta in essere da un soggetto che, essendo stato in passato un vero legittimato, risultava essere, nella mente del debitore, nella condizione di avere ancora tale titolo. Tale soggetto è stato

⁽²²¹⁾ Specificamente, sulla contrapposizione tra "indebito soggettivo", quello che Paolo, in D. 12.6.65.9 (17 *ad Plaut.*), definisce *quod alii debetur, si alii solvatur*, e "indebito oggettivo", delineato dallo stesso giurista come *quod omnino non debetur*, cfr. *infra* § 18.

⁽²²²⁾ Cfr. *supra* § 12.

denominato, in questa sede, non-più-legittimato e, a differenza del falso legittimato in senso proprio, sembra essere caratterizzata da un'apparenza che facilmente trae in inganno il debitore. Infatti l'aver rivestito in precedenza una certa qualifica, nell'ignoranza del cambiamento dello stato dei fatti da parte del tradente, induce chiaramente in errore, anche in totale mancanza di qualsiasi condotta attiva volta ad indurre in errore. Più chiaramente di altre, le ipotesi del non-più-procuratore risultano interpretabili nel senso che, perché il presunto legittimato rispondesse di furto, non era necessario che avesse commesso qualche furberia per trarre in inganno il debitore. La soluzione è, anche in questi casi, la medesima di quella del falso legittimato che non era mai stato legittimato e cioè la responsabilità per furto di chi riscuoteva il pagamento. Così viene previsto il caso di un servo, che era solito riscuotere i pagamenti per conto del padrone e che continuò a riscuoterli anche dopo essere stato manomesso, e quindi quando non era più legittimato. Tale fattispecie non solo compare nel passo paolino di D. 47.2.67.3 (7 *ad Plaut.*) quale risalente a Giuliano ⁽²²³⁾, ma ritorna — in una descrizione più articolata e più ricca di particolari — anche nella testimonianza ulpiana di D. 46.3.18 (41 *ad Sab.*) ⁽²²⁴⁾. In D. 46.3.18 viene poi prospettato il caso di un certo Tizio che, privato della legittimazione a riscuotere, percepiva ciononostante il pagamento. Proprio tale fattispecie si ritrova anche in D. 46.3.38.1 (Afric. 7 *quaest.*) ⁽²²⁵⁾. E se si trattasse addirittura sempre dello stesso, unico caso descritto nel responso di Giuliano di D. 47.2.67.3? È possibile, per quanto mi consta, ipotizzare che la fattispecie giuliana del servo manomesso sia stata ripresa dall'allievo di Giuliano, Africano, in D. 46.3.38.1, e da lui semplificata nel caso del *procurator* cui viene revocata la legittimazione a riscuotere i crediti. Successivamente Ulpiano avrebbe riconsiderato entrambe le fattispecie, inserendole in uno stesso passo, D. 46.3.18, ed estendendo al caso originario del servo manomesso la riflessione sulla liberazione del debitore. Infatti sia D. 46.3.38.1 sia D. 46.3.18 toccano la questione della liberazione del debitore, stabilendo però due

⁽²²³⁾ Cfr. *supra* § 13.

⁽²²⁴⁾ Cfr. *supra* § 14.

⁽²²⁵⁾ Cfr. *supra* § 15.

principi distinti: in D. 46.3.18 il debitore conseguiva *ipso iure* la liberazione anche in caso di responsabilità per furto dell'accipiente, mentre in D. 46.3.38.1 ciò accadeva solo *ope exceptionis*.

Nel secondo gruppo di testi in cui il falso procuratore non simulava il proprio titolo, ma la propria identità (sezione 2) si colloca solo D. 47.2.81(80).6 (Pap. 12 *quaest.*)⁽²²⁶⁾. In tale passo, contrariamente a quanto desumibile nel § 5 e nel § 7 dello stesso frammento, Papiniano formula una diversa ipotesi, ammettendo la responsabilità del falso procuratore nel solo caso di assunzione del nome altrui da parte dello stesso, che con tale condotta poneva in essere una vera e propria *circumventio* del debitore. La medesima soluzione della responsabilità per furto veniva poi estesa anche a chi dichiarava di essere l'erede di un creditore di nome Sempronio.

In definitiva, dalle fonti esaminate emerge che la responsabilità per furto del falso legittimato, che riscuoteva quanto non dovuto, fosse pacificamente riconosciuta dai giuristi classici. Non pare in alcun modo influire sulla soluzione la circostanza che a pagare fosse un falso procuratore, un falso delegatario o altri presunti legittimati. Non rilevava inoltre se la mancanza di legittimazione dipendesse dal fatto di non essere affatto legittimato o di esserlo stato in precedenza e non più al momento della riscossione. Quanto sembra maggiormente importante è infatti che, al momento della riscossione, tale legittimazione non fosse presente, a prescindere dalle ragioni che avevano determinato un tale risultato. Per la responsabilità per furto non era poi necessario che fosse stato posto in essere qualche raggiro, ma l'attributo *falsus* e il verbo *simulare* risultano potersi interpretare nell'ampia accezione di dare l'apparenza di essere legittimato. Tuttavia il passo di Papiniano in D. 47.2.81(80).6 sembra restringere i confini della fattispecie del delitto, introducendo per la configurabilità del furto la necessità che l'accipiente fingesse di avere il nome del vero legittimato a riscuotere, ponendo quindi in essere, tramite un manifesto inganno, un comportamento finalizzato ad indurre il debitore ad effettuare nelle sue mani il pagamento.

⁽²²⁶⁾ Cfr. *supra* § 16.

La diversa soluzione del passo di Papiniano potrebbe invero trovare una chiave risolutiva in un profilo emerso dall'esegesi dei testi, ma che si avrà modo di approfondire nel prosieguo del lavoro, e cioè il frequente riferimento alla questione della proprietà del danaro. L'appartenenza dei *nummi* è infatti espressamente menzionata, oltre che in D. 47.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*)⁽²²⁷⁾, anche in D. 47.2.43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*)⁽²²⁸⁾, in D. 47.2.44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*)⁽²²⁹⁾, in D. 24.1.3.12 (Ulp. 32 *ad Sab.*)⁽²³⁰⁾ e in D. 46.3.38.1 (Afric. 7 *quaest.*)⁽²³¹⁾. Proprio la frequenza dell'allusione al mancato passaggio di proprietà all'accipiente, in caso di furto, fa pensare ad un qualche seguito della distinzione neraziana dello stesso D. 47.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*). Difatti tale raffinata *distinctio*, che ha il suo fulcro nello stato psicologico del tradente, prevede che, se il tradente intendeva trasferire la proprietà al vero creditore, il falso procuratore commetteva furto, mentre il furto non ricorreva se il tradente voleva trasmettere la proprietà proprio al falso procuratore. Così, nel caso di simulazione d'identità, il raggio posto in essere tramite l'assunzione di un falso nome faceva sì che il tradente non potesse mai pensare di trasferire il danaro all'impostore sotto falso nome, ma, nel ritenerlo un altro, pensasse sempre di trasmetterlo a colui il cui nome veniva usato. Ma, se così fosse, risulterebbe comprensibile perché, in caso di simulazione del proprio titolo, fosse necessario differenziare a seconda di quale era la volontà del tradente e perché tale differenziazione fosse invece irrilevante in caso di simulazione della propria identità. In tale ultima ipotesi il presunto legittimato era comunque responsabile di furto. In sostanza, l'impressione che emerge dall'esame di queste fonti è che la volontà del tradente e il conseguente trasferimento di proprietà all'accipiente fungesse per la giurisprudenza classica davvero da "ago della bilancia" per riconoscere se ricorresse o meno il furto, mentre risultava irrilevante, ai fini della configurabilità del

⁽²²⁷⁾ Cfr. *supra* § 3.

⁽²²⁸⁾ Cfr. *supra* § 2.

⁽²²⁹⁾ Cfr. *supra* § 7.

⁽²³⁰⁾ Cfr. *supra* § 8.

⁽²³¹⁾ Cfr. *supra* § 15.

delitto, verificare l'intensità dell'inganno posto in essere dall'accipiente ai danni del tradente.

Giuffrè, Editore

Giuffrè, Editore

CAPITOLO III

LA RISCOSSIONE DEL CREDITORE APPARENTE

Sezione 1.

La simulazione della titolarità di un credito inesistente

18. *La compravendita con pesi contraffatti.*

Mentre nelle fonti il sintagma *falsus procurator* ricorre abbastanza di frequente — e lo si è visto dall'esame dei casi in cui a riscuotere l'indebitato era un legittimato apparente —, la locuzione *falsus creditor* è attestata solo una volta nel Digesto. Essa ricorre unicamente nel passo da cui si sono prese le mosse, e cioè in D. 47.2.43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*)⁽¹⁾, in cui *falsus creditor* viene definito *qui se simulat creditorem*. Invero, dalle fonti in materia di *falsus procurator* sembra essersi potuto arguire che il termine *simulare*, là dove attestato, sia da intendersi in senso lato e cioè nel senso di dare l'apparenza di essere il vero creditore. Si tratta quindi ora di leggere quei passi che, pur non contenendo la locuzione *falsus creditor*, sembrano descrivere una fattispecie in cui un soggetto riscuoteva quanto non dovuto, apparendo essere il vero titolare del credito⁽²⁾.

Come in materia di riscossione del legittimato apparente si sono esaminati sia i casi in cui tale soggetto simulava il proprio titolo a riscuotere, sia quelli in cui simulava la propria identità, anche in materia di riscossione del creditore apparente si intendono considerare separatamente quei testi in cui tale creditore appariva dotato di titolo da quelli in cui appariva dotato di

(1) Cfr. *supra* § 2.

(2) Sul significato della locuzione e sulle ragioni che potrebbero avere determinato questa unica attestazione della stessa nel Digesto, nonché sull'ipotesi che la locuzione *falsus creditor* possa essere stata coniata da Sabino su modello di quella del *falsus procurator*, cfr. *infra* § 35.

un'identità diversa. Peraltro, se le fonti descrivono molti casi in cui un soggetto simulava la propria legittimazione a ricevere per conto del creditore, facendo credere di avere un titolo che invece spettava a qualcun'altro, sembrano non essere attestati casi in cui un soggetto simulasse di essere il vero titolare del credito, là dove era tale un altro soggetto.

Frequenti sono invece le fattispecie in cui un soggetto appariva falsamente essere il titolare del credito, non perché tale titolarità spettava ad un altro, bensì perché il credito non sussisteva. In tale ipotesi, in sostanza, l'errore del tradente nel pagamento cadeva sulla persona del creditore, bensì sull'ammontare del credito, per cui si trattava non di un *error in persona*, ma di un *error in re*. Sotto un punto prospettico diverso, si può dire che questa fattispecie corrisponda alla figura dell'"indebito oggettivo", quello che Paolo, in D. 12.6.65.9 (17 *ad Plaut.*)⁽³⁾, definisce *quod omnino non debetur*, distinguendolo dal caso in cui *quod alii debetur, si alii solvatur* ("indebito soggettivo *ex latere accipientis*") e da quello in cui *si id quod alius quasi ipse debeat solvat* ("indebito soggettivo *ex latere solventis*")⁽⁴⁾. Pertanto si intendono ora esaminare quei casi di "indebito oggettivo", in cui l'accipiente percepiva qualcosa che non gli era affatto dovuto, studiandosi il possibile profilo penale di tale fattispecie e cioè le ipotesi in cui chi percepiva il non dovuto era considerato responsabile di furto.

Un'ipotesi di responsabilità per furto di chi sarebbe stato titolare del credito, se il credito fosse esistito, si profila in un singolare caso che Ulpiano fa risalire a Fabio Mela, in cui il titolare del credito percepiva consapevolmente un ammontare superiore a quello che gli spettava:

D. 47.2.52.22 (Ulp. 37 *ad ed.*): *Maiora quis pondera tibi*

(3) Il passo paolino di D. 12.6.65.9 (*Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id quod alius debeat alius quasi ipse debeat solvat*) sembra descrivere in modo emblematico quello che i giuristi romani intendevano quando parlavano di indebito; sul punto cfr. il mio "*Alius solvit alius repetit*" cit., pp. 9 ss.

(4) Anche l'ipotesi penalmente rilevante corrispondente alla figura dell'"indebito soggettivo *ex latere solventis*" e quindi di chi percepisse in malafede quanto sapeva essergli dovuto non dal *solvens*, ma da un terzo, non risulta essere stato prospettato, nelle fonti di cui disponiamo, tra i casi di furto.

commodavit, cum emeris ad pondus: furti eum venditori teneri Mela scribit: te quoque, si scisti. non enim ex voluntate venditoris accipis, cum erret in pondere ⁽⁵⁾.

Ulpiano prospetta una fattispecie in cui *Tu* riceveva in comodato dei pesi contraffatti, dei pesi-campione fraudolentemente modificati, che consentivano di comprare una quantità maggiore di merce rispetto al prezzo concordato. Infatti tali pesi erano in grado di falsare la misurazione della bilancia tradizionale costituita da due bracci uguali che oscillavano intorno al fulcro, poiché in essa la ricerca del punto di equilibrio tra la massa del corpo e i pesi campioni starati produceva l'effetto di vendere al compratore una quantità di merce superiore a quella che avrebbe comprato se si fossero utilizzate giuste misure. Il venditore ne risultava ingannato, arrivando a percepire un prezzo inferiore rispetto alla quantità di merce venduta. Non si specifica invero quale fosse la merce in questione, ma si arguisce dal contesto che si trattasse di cose fungibili che necessitavano di essere pesate per potere essere vendute ⁽⁶⁾, come poteva per esempio essere l'olio ⁽⁷⁾.

Invero la *quaestio* delineata nel passo è relativa a chi fosse il legittimato passivo all'*actio furti*. Non si discute se ricorresse o meno il furto, che risulta essere un dato scontato, ma solo nei confronti di chi il venditore defraudato potesse agire per furto. Mela risolve il caso, decidendo che il venditore potesse agire contro il comodante, cioè contro colui che aveva fornito i pesi al compratore. Ma viene profilata un'ipotesi ulteriore nell'ambito della quale il comodante non era l'unico legittimato passivo dell'azione per il furto: se *Tu* — il comodatario-compratore — era a conoscenza dell'alterazione dei pesi, in tale caso anch'egli era tenuto per furto.

La decisione di Mela, che delinea senz'altro una figura molto ampia di furto ⁽⁸⁾, non può non essere confrontata con la

⁽⁵⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 1, § 30, c. 696.

⁽⁶⁾ Sul punto si veda JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. 77 nt. 22.

⁽⁷⁾ L'olio è specificamente l'oggetto di un caso analogo descritto da D. 19.1.32 (Ulp. 11 *ad ed.*), su cui cfr. *infra* questo capitolo nt. 31.

⁽⁸⁾ Sulla latitudine della fattispecie di furto nel caso di specie si vedano HAYMANN, *Grenzen* cit., pp. 29 ss. e, in termini analoghi, JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. 78 nt. 22.

soluzione di una fattispecie del tutto analoga attribuita a Trebazio e riportata dai compilatori nel titolo *De dolo malo* del Digesto:

D. 4.3.18.3 (Paul. 11 *ad ed.*): *De eo qui sciens commodasset pondera* ⁽⁹⁾, *ut venditor emptori merces adpenderet, Trebatius de dolo dabat actionem. atquin si maiora pondera commodavit, id quod amplius mercis datum est repeti condictione potest, si minora, ut reliqua merx detur ex empto agi potest: nisi si ea condicione merx venit, ut illis ponderibus traderetur, cum ille decipiendi causa adfirmasset se aequa pondera habere* ⁽¹⁰⁾.

Nella prima parte del passo, che è quella che qui maggior-

dubitando però, senza addurre prove, della seconda parte del passo: « From *te quoque* onwards however the text is more doubtful », P. STEIN, *False Measures in the Roman Law of Sale*, in *The Cambridge Law Journal* 1955, pp. 229 s. e IDEM, *Fault in The Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburgh 1958, pp. 94 ss., affermando che si tratta di « a very wide view of theft »; considerano il passo in relazione alla categoria della complicità, HUVELIN, *Études* cit., 2, p. 618, FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto* cit., pp. 150 s., FLORIA HIDALGO, *La casuística* cit., pp. 194 s., riconoscendo la complicità nel passo sulla base del confronto tra la soluzione descritta in esso e D. 47.2.67.4 (Paul. 7 *ad Plaut.*) (su cui *supra* § 23), che attesterebbe « la categoría clásica de la complicidad »; ritiene che D. 47.2.52.22 descriva un caso di complicità anche FERRETTI, *Complicità* cit., p. 202 nt. 111; *contra* l'ipotesi della complicità tra comodante e comodatario, si vedano ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio* cit., pp. 73 ss. e WATSON, *Contrectatio again* cit., pp. 338 s. Menzionano il brano, senza accennare invece all'eventuale requisito *ope consilio*, HELDRICH, *Das Verschulden* cit., p. 15, NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung* cit., p. 243 nt. 226, F. SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, in *ZSS*, 71, 1954, pp. 131 ss., NAF-HOFMANN, *Zur objektiven Ausweitung der actio de dolo* cit., p. 39 nt. 2, KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 1, p. 614 nt. 3, THOMAS, *Animus furandi* cit., p. 7 nt. 29 e p. 12 nt. 53 e IDEM, *Furtum of Documents* cit., p. 430 e nt. 9, MILELLA, *Il consenso* cit., p. 391 nt. 1, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., p. 925, F. PASTORI, *Il comodato in diritto romano*, Milano 1995, p. 180, che evidenzia come il passo descriva un caso in cui lo scopo del comodato assegna all'uso un'accezione ristretta e limitata ad un'operazione singola.

⁽⁹⁾ MOMMSEN completa qui il testo con *iniqua pondera* (cfr. anche F.P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, 1, Lipsiae 1896 [rist. Roma 1964], p. 418); il sospetto che nel testo, accanto a *pondera*, sia caduto un aggettivo qualificativo, che indicava l'entità dell'alterazione dei pesi, è pacificamente condiviso in letteratura: sul punto si veda, da ultimo, M. D'ORTA, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato. Primi studi su C. Trebazio Testa*, Napoli 1990, p. 181 nt. 169.

⁽¹⁰⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 12, c. 344.

mente rileva ⁽¹¹⁾, Paolo, rifacendosi a Trebazio, prospetta un caso di alterazione delle misure. Anche qui sono state date in comodato false misure per la pesatura della merce da comprare. Invero la frase finale *ut venditor emptori merces adpenderet* potrebbe intendersi nel senso che i pesi siano stati dati non già al compratore, ma al venditore, per cui sarebbe stato quest'ultimo a vendere la merce ad un prezzo superiore rispetto alla quantità consegnata al compratore ⁽¹²⁾. Tuttavia il seguito del passo, introdotto da *atquin* e da attribuirsi alla mano di Paolo ⁽¹³⁾, sembra smentire tale ipotesi. Infatti, se Trebazio menziona quale forma di tutela del venditore solo l'azione per il dolo ⁽¹⁴⁾, Paolo contrappone, sul piano della sussidiarietà di tale rimedio, la possibilità di trovare un altro modo di soddisfaci-

⁽¹¹⁾ Il passo, spesso sospettato di alterazione soprattutto nella frase finale da *atquin* si in poi (cfr., specificamente, HAYMANN, *Textkritische Studien* cit., p. 106 nt. 2, IDEM, *Grenzen* cit., pp. 32 s., ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio* cit., p. 95 nt. 35 e P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, Milano 1983, p. 103), è stato oggetto dell'attenzione della letteratura sia in tema di sussidiarietà dell'*actio de dolo* sia in tema di comodato e, in particolare, di risalenza nel tempo dell'*actio commodati contraria*, la cui mancata menzione è stata ritenuta deporre per l'inesistenza della stessa al tempo di Trebazio; tra altri si vedano E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi proculiani e sabiniani*, in BIDR, 28, 1915, p. 74 nt. 1, G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo* cit., pp. 206 ss., K. VISKY, *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République*, in RIDA, 3.2, 1949, p. 464, G. SEGRE, *Sull'età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno*, in Scritti vari di diritto romano, Torino 1952, p. 111, NIEDELÄNDER, *Die Entwicklung* cit., p. 243 nt. 226, ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio* cit., pp. 93 ss. e IDEM, *La sussidiarietà* cit., pp. 277 s., KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 1, p. 488 nt. 34, BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* cit., 1, p. 130, M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht II. Actio pignoratitia und actio fiduciae*, in TR, 47, 1979, p. 234 nt. 222, A. WACKE, *Sul concetto di "dolus"* cit., p. 18, ZANNINI, *Spunti critici* cit., pp. 103 ss., G. MACCORMACK, *"Dolus" in Republican Law*, in BIDR, 88, 1985, pp. 33 s. e IDEM, *Aliud simulatum, aliud actum*, in ZSS, 104, 1987, p. 643, L. PARICIO SERRANO, *La responsabilidad en el comodato romano a traves de la casuística jurisprudencial*, en Estudios J. Iglesias, 1, Madrid 1988, pp. 500 s., D'ORTA, *La giurisprudenza* cit., pp. 180 ss., R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Milano 1995, p. 192 e, da ultimo, TER BEEK, *Dolus* cit., 2, pp. 623 ss.

⁽¹²⁾ E' STEIN, *False measures* cit., p. 230 a mettere in evidenza che « since the seller is to weigh out the goods, it may be assumed that the loan is made to him », ma l'ipotesi non ha avuto seguito in letteratura.

⁽¹³⁾ In tale senso M. TALAMANCA, *Rec. a Homenaje Iglesias*, in BIDR, 91, 1988, pp. 801 s.

⁽¹⁴⁾ Sull'applicabilità dell'azione di dolo cfr. *infra* questo §.

mento delle pretese di parte, parlando prima di *condictio indebiti* e solo dopo di *actio empti*. Paolo precisa infatti che, nel caso di *pondera maiora*, il venditore esercitava l'azione di ripetizione per il più di merce trasferito, invece nel caso di *pondera minora*, il compratore poteva ricorrere all'*actio empti* per ottenere la *reliqua merx* ⁽¹⁵⁾. Ora, dal fatto che il riferimento sia prima all'ipotesi dei *pondera maiora* e solo dopo a quella dei *pondera minora*, pare, in sostanza, potersi arguire che, in esordio del passo, Trebazio si riferisse al caso dei *pondera maiora* e quindi a quello in cui i pesi erano stati dati al compratore e ad essere depauperato dalla vendita era il venditore. E se così si intende il testo, esso risulta descrivere la medesima fattispecie prospettata nel passo di Mela.

Peraltro, se, come Mela, anche Trebazio prospettava un caso di *maiora pondera*, quello che distingue nettamente le due testimonianze è la risoluzione del caso. Trebazio infatti, tralasciando completamente di considerare l'eventuale responsabilità del comodatario per l'eccedenza di merce percepita, fa riferimento esclusivamente alla posizione del comodante. E, secondo lui, il comodante non era convenibile con l'azione per il furto, bensì con l'azione per il dolo ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Sul punto cfr. TALAMANCA, *Rec. a Homenaje Iglesias* cit., 801. Paolo conclude poi il passo, prospettando l'ipotesi in cui l'azione di dolo, nonostante la sua sussidiarietà, rimanesse esperibile. Si tratta della fattispecie in cui le parti avessero fatto espresso riferimento ai *pondera* prestati, che il comodante aveva affermato, *decipiendi causa*, essere *aequa*: in tale caso il rimedio pretorio era dato contro il comodante nella sua funzione sussidiaria.

⁽¹⁶⁾ Sull'azione di dolo, in generale, si vedano: K. HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, Leipzig 1924, pp. 1 ss., F. PALUMBO, *L'azione di dolo. Diritto romano e vigente*, Napoli 1935, G. LONGO, *contributo alla dottrina del dolo*, Padova 1937 e IDEM, *Sul regime giustiniano dell'actio de dolo*, in Studi G. Zingali, 3, Milano 1965, pp. 460 ss., ora in Ricerche romanistiche, Milano 1966, pp. 765 ss., W.W. BUCKLAND, *Cumulation in the actio doli*, in Law Quarterly Review, 55, 1939, pp. 222 ss., ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo* cit., pp. 173 ss., su cui A. GUARINO, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in Labeo, 8, 1962, pp. 270 ss., cui replica a sua volta B. ALBANESE, *Ancora in tema di sussidiarietà dell'actio de dolo*, in Labeo, 9, 1963, pp. 42 ss., A. WATSON, *Actio de dolo and actiones in factum*, in ZSS, 78, 1961, pp. 392 ss., IDEM, *Some Cases of Distortion by the Past in Classical Roman Law*, in TR, 31, 1963, pp. 76 ss., M. NAF-HOFMANN, *Zur objektiven Ausweitung der actio de dolo im römischen und gemeinen Recht*, Winterthur 1962, A. MASI, *Insolvenza dell'obligatio e sussidiarietà dell'actio de dolo*, in Studi Senesi, 74, 1962, pp. 40 ss., U. VON LÜBTOW, *Die Ursprungsgeschichte der exceptio doli und der*

Per giustificare l'antitesi tra le due soluzioni, sono state avanzate le proposte interpretative più diverse. Si è così ipotizzato che il testo di Mela sia corrotto e che prevedesse in origine anch'esso un'*actio de dolo* ⁽¹⁷⁾, o si è individuata una disputa tra Mela e Trebazio ⁽¹⁸⁾, o ancora si è sostenuto che i due giuristi discutessero casi differenti, ⁽¹⁹⁾ o infine si è detto che la diver-

actio de dolo malo, in Eranion G.S. Maridakis, 1, Athenis 1963, pp. 183 ss., A. CARCATERRA, *Dolus bonus/dolus malus. Esegese di D. 4.3.1.2-3*, Napoli 1970, *passim*, BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* cit., 1-2, *passim*, A. WACKE, *Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List (Dolus bonus und dolus malus, dolus causam dans und dolus incidens) unter Berücksichtigung der §§ 138 Abs. II und 123 BGB*, in ZSS, 94, 1977, pp. 184 ss., IDEM, *Sul concetto di "dolus"* cit., pp. 10 ss., IDEM, *Zum dolus-Begriff* cit., pp. 349 ss. e IDEM, *La "exceptio doli" en el derecho romano clásico y la "Verwirkung" en el derecho alemán moderno*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener*, Madrid 1994, pp. 977 ss., A. D'ORS, *Una acción de dolo dada al menor contra su esclavo manumitido: una revisión de Ulp. D. 4.4.7 pr. y 4.4.11 pr.*, in SDHI, 46, 1980, pp. 31 ss., IDEM, *Una nueva lista di acciones infamantes*, in Sodalitas A. Guarino, 6, Napoli 1984, pp. 2575 ss., K. SLAPNICAR, *Ueber die Aktivlegitimation zur actio legis Aquiliae und actio de dolo im Dreipersonenverhältnis. Bemerkungen zu Paul. D.4.3.18,5*, in *De iustitia et de iure*. Festgabe U. von Lübtow, Berlin 1980, pp. 235 ss., G. MACCORMACK, *"Sciens dolo malo"*, in Sodalitas. Scritti A. Guarino, 3, Napoli 1984, pp. 1445 ss., IDEM, *"Dolus"* cit., pp. 1 ss., IDEM, *Dolus in Early Classical Period (Labeo-Celsus)*, in SDHI, 52, 1986, pp. 236 ss., IDEM, *Dolus in Decisions of the Mid-classical Jurists (Iulian-Marcellus)*, in BIDR, 96-97, 1993-1994 [ma pubbl. 1997], pp. 83 ss., IDEM, *Roman Jurisprudence and Interpretation: on dolus as Ground of the Classical actio de dolo*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, Napoli 1997, pp. 539, T. MOLNAR, *Erfolgshaftung oder typisierter dolus malus in archaischen römischen Recht*, in BIDR, 89, 1986, pp. 465 ss., J.M. BLANCH, *Nota a proposito de la "actio de dolo" y su carácter infamante*, in *Estudios J. Iglesias*, 3, Madrid 1988, pp. 1151 ss., B. KUPISCH, *"Actio famosa"*, in W. KUPER-J. WELP cur., *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift W. Stree und J. Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, pp. 1187 ss., J.G. CAMIÑAS, *La problemática del dolo en el Derecho romano clásico*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener*, Madrid 1994, pp. 945 ss., F. D'IPPOLITO, *Sulla data dell'"actio de dolo"*, in *Labeo*, 41, 1995, pp. 247 ss., NOUGUÈS, *La intransmisibilidad* cit., pp. 183 ss. e, più di recente, la dettagliata ricognizione di TER BEEK, *Dolus* cit., 1-2, *passim* e, da ultimo, R. FERCIA, *Appunti su funzione e struttura formulare dell'a. de dolo*, in *Studi economico-giuridici. In memoria F. Ledda*, volume LIX 2001-2002, 1, Torino 2004, p. 421 ss.

⁽¹⁷⁾ SCHULZ, *Classical Roman Law* cit., p. 577.

⁽¹⁸⁾ HELDRICH, *Das Verschulden* cit., p. 15; in tale prospettiva sembra porsi anche NAF-HOFMANN, *Zur objektiven Ausweitung der actio de dolo* cit., p. 39 e nt. 2.

⁽¹⁹⁾ Così HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 30 (parlando di un caso di scuola analizzato da Mela, rispetto al quale la fattispecie descritta da Trebazio costituisce una « Erörterung »), SCHWARZ, *Die Konträrklagen* cit., p. 132 (considerando possibile che l'*actio de*

genza di soluzione sia da ascrivere al percorso evolutivo della nozione di furto ⁽²⁰⁾.

Non può negarsi che quest'ultima interpretazione sia la più stimolante. Secondo ALBANESE l'elaborazione giurisprudenziale avrebbe col tempo via via circoscritto la nozione di furto fino al momento in cui in taluni casi, alla sanzione dell'*actio furti*, si sarebbe sostituita quella dell'*actio de dolo* ⁽²¹⁾. Così si sarebbe verificato anche per la fattispecie di comodato di pesi alterati, per la cui tutela Trebazio avrebbe optato, in luogo dell'*actio furti*, per l'*actio de dolo* e lo avrebbe fatto in seguito alla verifica della mancanza di lucro del comodante *sciens*. Il giurista repubblicano avrebbe applicato la categoria del dolo nella nuova estensione che le era stata attribuita a seguito del rimedio introdotto da Aquilio Gallo ⁽²²⁾. Ipotizzando che Mela sia uno degli ultimi giuristi repubblicani e che quindi sia cronologicamente precedente a Trebazio ⁽²³⁾, l'autore sostiene quindi che la decisione di Trebazio appartenga, rispetto a quella di Mela, ad una fase successiva della storia giuridica, che avrebbe portato al superamento dell'*actio furti*, sostituita per la tutela di questa fattispecie dall'*actio de dolo*.

Nondimeno, per quanto l'ipotesi della progressiva delimitazione della nozione di furto sia, in generale, pienamente condi-

dolo menzionata in D. 4.3.18.3 sia diretta non contro il comodante, ma contro il compratore, peraltro senza approfondire il punto), STEIN, *False Measures* cit., p. 231 (affermando genericamente: « Mela and Trebatius discussed different cases. There are no grounds either for postulating a dispute or for harmonising their decisions »), WATSON, *Contractatio again* cit., pp. 338 s.; più specificamente sul punto, FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto* cit., p. 151, distinguendo il caso in cui il comodante era responsabile per furto in complicità con il comodatario e quello in cui lo stesso comodante era convenibile invece con l'*actio de dolo*; tale interpretazione è ripresa poi da FERRETTI, *Complicità* cit., p. 202 nt. 111.

⁽²⁰⁾ Così ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio* cit., pp. 93 ss., la cui opinione è condivisa da D'ORTA, *La giurisprudenza* cit., p. 182.

⁽²¹⁾ ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio* cit., p. 95.

⁽²²⁾ ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio* cit., p. 96; in tale senso cfr. anche BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* cit., 2, p. 412 nt. 112 e, ponendo in evidenza il contributo di Trebazio nel delineare la corretta fisionomia concettuale per il dolo e nel delimitarne le zone d'ombra, D'ORTA, *La giurisprudenza* cit., p. 182.

⁽²³⁾ In tale senso, sulla base delle testimonianze in tema di furto a noi pervenute dello stesso Mela e di Labeone, quelle di Mela meno evolute di quelle di Labeone, cfr. ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio* cit., p. 68.

visibile⁽²⁴⁾, nel caso di specie non sembrano potersi individuare indizi che consentano di vedere in Mela e in Trebazio due stadi di questa evoluzione. In particolare, a mio parere, non solo tale ipotesi è costretta a fondarsi su di un'altra ipotesi, pure difficilmente dimostrabile, ovvero sia che Mela abbia cronologicamente preceduto Trebazio⁽²⁵⁾, ma soprattutto non sembra, a mio parere, che il fine di lucro del comodante abbia un qualche rilievo. Invero il passo di D. 47.2.52.22 non fa menzione del profitto del comodante e proprio questo dato ha fatto supporre che Mela abbia elaborato una figura di furto in cui mancava il profitto dell'agente e che quindi abbia avuto un'idea così ampia di furto da ricomprendere anche una fattispecie di sottrazione che prescindeva dall'*animus lucri faciendi*. E tale idea sarebbe stata superata proprio da Trebazio che, allo stesso caso, avrebbe ritenuto applicabile l'*actio de dolo*. In realtà — a mio modo di vedere — è vero che il passo non fa alcun cenno a quello che in diritto penale moderno chiamiamo “dolo specifico” dell'autore del furto, ma sono tante altre le testimonianze di cui disponiamo in cui manca la puntualizzazione sul fine ulteriore rispetto alla volontà di sottrarre la cosa⁽²⁶⁾. Inoltre mi sembra che l'autore della condotta, in capo al quale è da verificarsi lo stato psicologico, non fosse il comodante, bensì colui che veniva in contatto materiale con la merce e cioè il comodatario⁽²⁷⁾.

Alla luce di tali considerazioni, la spiegazione di Albanese dell'antitesi tra D. 47.2.52.22 e D. 4.3.18.3 non risulta condivisibile; parimenti mancano indizi testuali per sostenere anche quell'orientamento di chi mette in dubbio la classicità di D. 47.2.52.22 tramite la congettura che pure tale passo prevedesse l'applicazione di un'azione per il dolo⁽²⁸⁾, così come non sono

(24) Cfr. *supra* § 1.

(25) L'orientamento dominante considera Fabio Mela un contemporaneo di La-beone: cfr., sul punto, S. BRASSLOFF, *v. Fabius nr. 117*, in PW, 12.1, 1909, c. 1830.

(26) Per un elenco di quei passi in cui si trova menzione di *animus lucrandi* o *furandi* o di altre espressioni riferite al “dolo specifico” dell'autore della condotta, si rinvia a MILELLA, *Il consenso cit.*, p. 391 nt. 1.

(27) Non sembra quindi persuasivo il rilievo di FERRETTI, *Complicità cit.*, p. 201, nel senso che nel passo del § 52.22 manchi ogni menzione dello stato psicologico del comodante; infatti, sebbene sia assente nel testo l'esplicito riferimento a tale stato psicologico, la sua volontà di ingannare è logicamente arguibile dal contesto.

(28) Tale la citata opinione di SCHULZ, *Classical Roman Law cit.*, p. 577.

rinvenibili elementi per credere a chi riconosce l'esistenza di un diverbio tra Mela e Trebazio ⁽²⁹⁾.

L'interpretazione più persuasiva sembra piuttosto essere quella per cui le due testimonianze di D. 47.2.52.22 e di D. 4.3.18.3 descrivessero fattispecie sì analoghe, ma sostanzialmente differenti ⁽³⁰⁾. Si sarebbe forse trattato di un'unica fattispecie, tornata in momenti storici diversi ad essere oggetto della riflessione dei giuristi e ad essere ridiscussa e rimeditata alla luce delle soluzioni precedenti. In effetti essa torna anche in una terza testimonianza riportata in D. 19.1.32 (Ulp. 11 *ad ed.*) ⁽³¹⁾, che peraltro non fa alcun riferimento al furto.

A sostegno di tale via interpretativa si può pure portare il passo corrispondente a D. 47.2.52.22 contenuto nei Basilici:

B. 60.12.52.22: Ἐάν τις ἀγνοοῦντος τοῦ προάτου μείζονα στάθμια ὑποβάλλῃ, καὶ αὐτὸς καὶ ὁ ἀγοραστής ὑπόκεινται τῇ περὶ κλοπῆς ἀγωγῇ ⁽³²⁾.

Il testo bizantino equipara esattamente le posizioni dei due soggetti contraenti, quella del comodante e quella del comodatario, stabilendo che entrambi rispondessero di furto, senza distinguere minimamente tra il caso di *scientia* o di *inscientia* del comodatario e dando quindi per scontato che quest'ultimo

⁽²⁹⁾ In questi termini il citato HELDRICH, *Das Verschulden* cit., p. 35.

⁽³⁰⁾ Proponè tale interpretazione FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto* cit., p. 151.

⁽³¹⁾ D. 19.1.32 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Si quis a me oleum quod emisset adhibitis iniquis ponderibus accepisset, ut in modo me falleret, vel emptor circumscriptus sit a venditore ponderibus minoribus, Pomponius ait posse dici venditorem sibi dare oportere quod plus est petere: quod habet rationem: ergo et emptor ex empto habebit actionem, qua contentus esse possit*: si tratta di una fattispecie di compravendita effettuata con pesi starati per l'acquisto di olio; invero, sebbene Pomponio non specifichi quale fosse il rimedio esperibile dal venditore, dalla collocazione del passo nell'undicesimo libro di Ulpiano all'Editto (cfr. LENEL, *Paligenesia* cit., 2, § 388, c. 468) si desume che il venditore ricorresse all'*actio de dolo*; peraltro l'ipotesi, che nell'ambito di questa ricerca non presenta un diretto interesse, giacché non fa alcun riferimento al furto, è in parte differente da quella descritta in entrambi gli altri passi, in quanto non risulta che i pesi siano stati comodati: qui i soggetti in gioco sono solo due, il venditore e il compratore; sul confronto fra i tre passi in tema di pesi alterati, si rinvia a STEIN, *False Measures* cit., pp. 227 ss.

⁽³²⁾ SCHELTEMA-HOLWERDA-VAN DER WAL, *Basilicorum libri LX* cit., 8, p. 2838.

fosse ben consapevole dell'alterazione dei pesi. Entrambi i soggetti rispondevano in eguale misura per il furto.

Ma è soprattutto uno scolio al testo dei Basilici quello che convince a distinguere nettamente le fattispecie, in quanto riferisce che, nel caso descritto in D. 47.2.52.22, il furto era configurabile solo nell'eventualità in cui il comodatario si fosse reso conto dell'alterazione delle misure da lui ricevute in comodato:

Sc. CIII ad B. 60.12.52: Τοῦ αὐτοῦ. Ἐὰν ἦδει· Τότε γάρ ὁ μὲν ὑποβαλὼν τὰ στάθμια ὑπόκειται ὡς σπουδάσας ἑτέρῳ κλέπτοντι· Ὁ δὲ τοῦτο εἰδὼς ἀγοραστῆς ὑπόκειται ὡς κλέψας, ὡς γίνγεται ἐν τῷ ι'. καὶ ις'. καὶ ιη'. θεμ. Εἰ γὰρ οὐδὲ ὁ ἀγοραστῆς ἦδει τὸ τῶν σταθμίων ἄδικον, τότε οὐδὲ ψηλάφησις γίνγεται, οὐδὲ κλοπή ἐστίν, ὡς θεμ. ις' (ἀνάγνωθι καὶ κεφ. ξς'. θεμ. ε'), ἀλλὰ μόνη ἦρμοζεν ἢ περὶ δόλου ἀγωγή κατὰ μόνου τοῦ ὑποβαλόντος τὰ στάθμια, ὡς βιβ. ι'. τιτ. γ'. κεφ. ιη'. θεμ. δ' (33).

Solo in caso di *scientia* il comodatario avrebbe commesso furto e, in tale caso, rispondeva per furto anche il comodante. Se infatti non sussisteva il furto del comodatario, non poteva sussistere neanche quello *ope consilio* del comodante. In altre parole, se non veniva posta in essere la condotta delittuosa non era configurabile un autore della stessa e quindi tantomeno un coautore (34).

(33) Si tratta di uno scolio attribuito all'Agiotheodorita: cfr. SCHELTEMA-HOLWERDAN VAN DER WAL, *Basilicorum libri LX. Series B. Volumen VIII. Scholia in libros LVIII-LX* cit., 8, p. 3404; su di esso a proposito dell'interpretazione di D. 47.2.52.22, cfr. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto* cit., p. 150; lo scolio è citato come chiave interpretativa del passo di Mela anche da FERRETTI, *Complicità* cit., p. 202 nt. 111.

(34) Per un altro caso per certi versi analogo di responsabilità del coautore, in cui è esplicitato che si tratta di una condotta *ope consilio*, si rinvia al caso dell'impostore sostituitosi fraudolentemente al mutuatario, quale si ricostruisce sulla base di una "catena" di passi: D. 47.2.52.21 (Ulp. 37 ad ed.), D. 47.2.67.3 (Paul. 7 ad Plaut.), D. 4.3.7.10 (Ulp. 11 ad ed.) e D. 4.3.8 (Gai. 4 ad ed. prov.), su cui cfr. *infra* §§ 23-25. Sul significato classico dell'espressione *ope consilio furtum factum esse* da intendersi, sulle orme di LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, Leipzig 1927, pp. 324 ss. con riferimento all'attività del complice nell'altrui furto, si vedano, pur con qualche divergenza sul significato letterale della formulazione *ope consilio*, HUVELIN, *Études* cit. 2, pp. 392 ss., JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., pp. LXV ss., ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio*

Inoltre il fatto che, nell'ipotesi di *pondera maiora* descritta da Paolo, il giurista non menzioni l'applicabilità dell'azione di furto accanto a quella della *condictio indebiti* e dell'*actio empti*, conferma che oggetto della riflessione era un caso in cui il comodatario-compratore era in assoluta buona fede. Ma allora anche nel caso d'esordio delineato da Trebazio, il compratore avrebbe ignorato l'alterazione dei pesi e quindi non avrebbe saputo che la merce consegnatagli era in quantità superiore al prezzo da lui pagato. Se così fosse, ne deriverebbe una conferma della diversità dei casi descritti da Mela e da Trebazio, nel senso che quest'ultimo avrebbe prospettato una fattispecie in cui il comodatario-compratore era in buona fede. Solo se il comodatario-compratore fosse stato in malafede e purché il venditore avesse commesso l'errore sul peso ⁽³⁵⁾, sarebbe stato commesso il furto, di cui avrebbe risposto non solo il comodatario-compratore stesso, ma *ope consilio* anche il comodante. Si capisce allora come, in D. 4.3.18.3, il comodante che aveva prestato i pesi contraffatti non potesse rispondere per furto, ma fosse comunque perseguibile, se non con la *condictio indebiti* o con l'*actio empti*, con l'*actio de dolo*. In sostanza, le soluzioni delineate nei due passi analizzati non sarebbero in contrasto, prospettando l'una il furto del comodatario e del comodante, l'altra l'insussistenza della responsabilità per furto del comodatario e quindi la possibilità di esperire contro il comodante l'*actio de dolo*.

Nondimeno, non può trascurarsi che ostacolo a tale lettura dei due testi è la formulazione del passo ulpiano. Infatti Ulpiano, citando Mela, descrive la responsabilità per furto del comodante e solo successivamente delinea il caso della consapevolezza dell'inganno da parte del comodatario con le parole *te*

cit., pp. 164 ss., THOMAS, *Contrectatio, Complicity* cit., pp. 70 ss., G. LONGO, *La complicità* cit., pp. 611 ss., MACCORMACK, *Ope consilio furtum factum* cit., pp. 271 ss., LA ROSA, *La repressione del furtum* cit., pp. 85 ss., FLORIA HIDALGO, *La casuistica* cit., pp. 184 ss., G. RIZZELLI, "Ope consilio dolo malo", in BIDR, 35-36, 1993-1994, pp. 293 ss., V.M. AMAYA GARCIA, *Coautoría y complicidad: estudio histórico y jurisprudencial*, Madrid 1993, p. 47 e, da ultimo, FERRETTI, *Complicità* cit., pp. 7 ss.

⁽³⁵⁾ Sull'essenzialità di questo requisito perché ricorresse il delitto di furto, e quindi sull'essenzialità, accanto alla *scientia* dell'accipiente, della mancata volontà del tradente di trasferire la proprietà, si veda *infra* questo §, nonché specificamente *infra* § 32.

quoque, si scisti. A prima vista, quindi, il *si scisti* sembra riferito solo a *te quoque*, e non già a *furtum eum venditori teneri*, lasciando intendere che la responsabilità del comodatario fosse solo un'ipotesi eventuale, per cui ben poteva prospettarsi la possibilità della responsabilità del comodante senza quella del comodatario. Tuttavia, come è stato osservato, il *si scisti* può essere visto come la protasi del periodo ipotetico riferita non solo a *te quoque*, ma anche ad *eum ... teneri* ⁽³⁶⁾. Se così si interpreta il passo, la responsabilità del comodante risulta strettamente intrecciata a quella del comodatario e ad essa consequenziale. Solo in caso di mancata responsabilità del comodatario stesso, non risultava responsabile per furto neanche il comodante e rimaneva aperta la via di chiamarlo in giudizio tramite la sussidiaria azione per il dolo.

Ai fini dell'indagine sul presunto creditore presenta qui importanza anche la parte finale del § 52.22 e, in particolare, la frase *nam non ex voluntate venditoris accipis, cum erret in pondere*. Essa è stata giudicata sospetta dagli stessi autori che hanno dubitato della frase *te quoque, si scisti* e quindi della responsabilità del compratore ⁽³⁷⁾. Si è infatti detto che essa chiarisca in modo apparentemente un po' superfluo che, se sussisteva l'errore del venditore sul peso, egli non vendeva *ex sua voluntate*. In realtà — per quanto mi consta — la precisazione, che sembra porsi come una motivazione della decisione ⁽³⁸⁾, è particolarmente significativa. Innanzitutto l'espressione *cum erret in pondere* pone in esplicita evidenza che qui si tratta di *error in re* del tradente, delineando una fattispecie che si contrappone a quella di riscossione fraudolenta in caso di errore sulla persona ⁽³⁹⁾. Inoltre la precisazione della frase finale fa riferimento alla volontà del tradente e all'intenzione

⁽³⁶⁾ In tale senso FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto* cit., p. 151.

⁽³⁷⁾ HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 30, JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. 78 nt. 22, NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung* cit., p. 243 nt. 226, STEIN, *False Measures* cit., p. 230 e IDEM, *Fault* cit., p. 95.

⁽³⁸⁾ In tale senso F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, Innsbruck 1969, p. 157 nt. 40: « Die Begründung ist etwas vag, aber nicht unzutreffend. Sie zeigt Mela noch ganz als Epigonen der Epoche, die dem *furtum* nicht nur keine genau umschriebenen, sondern fast überhaupt keine Grenzen gesetzt hatte ».

⁽³⁹⁾ Cfr. *supra* a inizio di questo §.

che egli aveva di trasferire la proprietà delle cose pesate. Se mancava tale intenzione o comunque tale intenzione non riguardava l'intera quantità delle cose vendute la proprietà su una parte di esse non passava. Ora, sorge spontaneo l'interrogativo se tale ultima frase si riferisca solo al *te quoque* o anche al *furti eum venditori teneri*, se cioè la volontà del tradente avesse importanza in relazione alla responsabilità del comodatario o anche a quella del comodante. Invero sembra evidente che essa riguardi solo l'ipotesi della responsabilità del comodatario e quindi il rapporto fra tradente ed accipiente. Ulpiano intende precisare che, in caso di errore del tradente, il comodatario commetteva furto, perché non poteva acquisire la proprietà da qualcuno che non intendeva trasferirgliela o perlomeno intendeva trasferirgliela solo su una parte della merce.

Proprio questa specificazione corrobora la tesi emersa nel corso delle esegesi fin qui condotte, ovvero sia che per il furto dell'accipiente fosse richiesta non solo la malafede di quell'accipiente, ma anche la mancata volontà del tradente di trasferirgli la proprietà di qualcosa. La questione è già più volte emersa nel caso del tradente che intendeva trasferire il danaro a persona diversa da quella che lo riscuoteva⁽⁴⁰⁾. Nel caso di specie, la stessa volontà rileva nell'ipotesi in cui l'errore non sia sulla persona, ma su di un ammontare diverso rispetto a quello dovuto, e quindi sulla differenza tra quanto era dovuto e quanto invece non era dovuto⁽⁴¹⁾. E la circostanza che l'aspetto del trasferimento dominicale venga precisato conferma ancora una volta il carattere non affatto isolato dell'insegnamento di Nerazio in D. 47.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*)⁽⁴²⁾. Nerazio infatti distingue tra non furto e furto a seconda se il tradente intendesse o meno trasferire la proprietà del danaro alla persona a cui lo consegnava. In definitiva, alla luce delle osservazioni svolte, la

⁽⁴⁰⁾ Si è accennato alla volontà del tradente come criterio discretivo della soluzione neraziana di D. 47.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*) per la riconoscibilità del delitto di furto (*supra* § 2), là dove il riferimento a tale aspetto affiora in diversi altri passi, ovvero sia in D. 9.4.38.3 (Ulp. 37 *ad ed.*) (*supra* § 9), in D. 47.2.81(80).6 (Pap. 12 *quaest.*) (*supra* § 16) e in D. 47.2.52.17 (Ulp. 37 *ad ed.*) (*infra* § 21).

⁽⁴¹⁾ Cfr. anche D. 47.2.44.1 (Pomp. 19 *ad Sab.*) (*infra* § 20), in cui l'*error in re* faceva sì che il tradente, ritenendo il creditore apparente proprietario di una cosa, gliela consegnasse, ignorando di esserne lui stesso il proprietario.

⁽⁴²⁾ Cfr. *supra* § 3.

decisione di Mela-Ulpiano va letta nel senso che chi riceveva quanto non gli era affatto dovuto o comunque riceveva un dippiù rispetto a quanto gli era dovuto, commetteva furto. Ed era richiesta la semplice consapevolezza dell'alterazione dei pesi per renderlo responsabile di furto⁽⁴³⁾. Ma — come emerge chiaramente dal passo — perché la fattispecie del delitto fosse sussistente, era necessario un altro requisito e cioè l'errore del venditore sul peso effettivo della merce e quindi il vizio della *traditio*. In sostanza, nel quadro più ampio delle testimonianze esaminate, il passo di Mela-Ulpiano conferma che, perché venisse in essere il furto del creditore apparente, doveva ricorrere, da un lato, la sua malafede e, dall'altro, il mancato trasferimento della proprietà da parte di chi non intendeva trasferirgliela.

19. *Il depositante e il furto delle monete.*

Tra i passi che prevedono un percepimento in malafede di quanto non dovuto presenta interesse una testimonianza contenuta nel frammento 21 del titolo 47.2:

D. 47.2.21.1 ([Paul.] <Ulp.> 40 *ad Sab.*): *Si is, qui viginti nummorum saccum deposuisset, alium saccum, in quo scit triginta esse, errante eo qui dabat acceperit, putavit autem illic sua viginti esse, teneri furti decem nomine placet.*

L'*inscriptio* del lungo frammento 21, di cui qui rileva solo il § 1, è attribuito dal redattore del manoscritto fiorentino (F1) e dai Basilici a Paolo, ma i moderni editori sono concordi nel ritenerlo di Ulpiano, come risulta tradito da un altro redattore dello stesso manoscritto fiorentino (F2)⁽⁴⁴⁾. Invero, a favore della paternità ulpiana e non paolina della testimonianza

(43) Mette questo aspetto chiaramente in evidenza MACCORMACK, *Ope consilio furtum factum* cit., p. 273: « He thus considered the mere lending of the weights in the knowledge that they were false to be sufficient to constitute theft from the seller of goods sold to the buyer even though the lender in no way handled the goods and even though he was not acting in concert with the buyer to make a profit at the seller's expense ».

(44) Cfr. LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 2856, c. 1161 ss., che colloca il frammento nel quarantesimo libro del commentario di Ulpiano a Sabino.

depone, oltre che la tradizione di F2, la circostanza che il commentario di Paolo *ad Sabinum* non è più lungo di sedici libri e quindi non può contenere un libro quarantesimo. Invece il commentario di Ulpiano *ad Sabinum* supera i cinquanta libri e soprattutto proprio il relativo libro quaranta è in materia di furto.

Protagonista della testimonianza in questione è un soggetto che ha effettuato un deposito di un sacco contenente venti monete. Il caso volle che, al momento della restituzione, il depositario sbagliasse sacco e gliene consegnasse uno diverso dal suo, contenente dieci monete in più e quindi, anziché venti monete, trenta. Invero il depositante si rese bene conto che non solo non si trattava del sacco da lui in precedenza depositato, ma anche che esso conteneva trenta monete anziché venti. Cionostante lo ricevette senza nulla obiettare. Peraltro, in suo favore il testo precisa la sua convinzione che, nel sacco ricevuto, fossero comunque contenute le sue venti monete (*putavit autem illic sua viginti esse*). Risulta chiaro che oggetto della riflessione del giurista è proprio come dovesse decidersi il furto della “cosa composta”, ossia se oggetto del delitto fosse tutta la cosa considerata come unitaria o solo quella parte di essa che era stata effettivamente sottratta ⁽⁴⁵⁾. Il responso di Ulpiano, che forse riferiva un insegnamento di Sabino, come sembra potersi arguire non solo dalla citazione esplicita di Sabino al § 8 ⁽⁴⁶⁾, ma anche dalla possibilità di ritenere *Sabinus* soggetto della forma verbale *placet*, è nel senso che il depositante era tenuto per furto ed era tenuto per furto non dell'intero sacco, bensì della differenza tra quanto gli era stato consegnato e quanto davvero gli spettava.

In realtà la classicità del passo è stata messa pesantemente in dubbio da parte della critica romanistica. Infatti, da alcuni la testimonianza è stata ritenuta fortemente rimaneggiata, in

⁽⁴⁵⁾ È l'esordio del frammento 21, D. 47.2.21 pr., che specifica esplicitamente come sia questa la *quaestio* da affrontare: *Volgaris est quaestio, an is, qui ex acervo frumenti modium sustulit, totius rei furtum faciat an vero eius tantum quod abstulit*. Sul *principium* cfr. *infra* questo capitolo nt. 54.

⁽⁴⁶⁾ L'intero frammento 21 è pacificamente ritenuto dalla letteratura moderna come una testimonianza più o meno diretta del pensiero di Sabino: cfr. LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 2858 c. 1161 nt. 3.

quanto il continuo cambiamento di modi e dei tempi verbali è stato visto quale un chiaro indizio di interpolazione: innanzitutto il congiuntivo piuccheperfetto *deposuisset*, poi l'indicativo presente *scit*, l'indicativo imperfetto *dabat*, che manca di un suo complemento oggetto, quindi i congiuntivi perfetti *acceperit*, *putaverit* e infine l'indicativo presente *placet* ⁽⁴⁷⁾. Inoltre nel testo ci si attenderebbe, in luogo del pronome personale in accusativo plurale neutro *sua*, la forma *suos*, visto che è riferito ai *nummi*, mentre, allo stesso tempo, il verbo *teneri* manca del suo soggetto *eum* ⁽⁴⁸⁾.

Altri autori hanno addirittura rincarato la dose di critica, riferendosi non solo al profilo formale, ma anche a quello contenutistico, ritenendo la soluzione ulpiana non solo formalmente alterata, ma sostanzialmente stravolta, perché in aperto contrasto con l'opinione che sembra prevalere nella giurisprudenza classica in tema di furto della "cosa composta", nel senso che la responsabilità del ladro era per il tutto e non già per la parte ⁽⁴⁹⁾. Secondo tale interpretazione, in origine Ulpiano avrebbe risolto il caso in modo esattamente antitetico, riconoscendo cioè la sussistenza del furto non delle sole dieci monete, ma dell'intera unità e quindi di tutto il sacco con le trenta monete. Poi la manipolazione del passo avrebbe reso incoerente il § 1 con il resto del pensiero ulpiano sviluppato nel lungo frammento 21, sopprimendo le controversie giurisprudenziali che Sabino e Ulpiano vi avevano riferito ⁽⁵⁰⁾. Tale intervento giustiniano sarebbe arguibile per esempio dalla presenza nel testo del verbo *placet* che manca di un suo soggetto ⁽⁵¹⁾.

Ora, se già nell'attuale fase della critica romanistica il

⁽⁴⁷⁾ Cfr. HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 28.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. HAYMANN, *Grenzen* cit., *ibidem*. Dubita invece della classicità della frase *putavit autem illic viginti esse*, LANGE, *Das kausale Element* cit., p. 83.

⁽⁴⁹⁾ ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio* cit., pp. 143 ss.

⁽⁵⁰⁾ ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio* cit., p. 145.

⁽⁵¹⁾ ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio* cit., p. 146 nt. 128. Si limitano a citare il passo, senza sollevare dubbi sulla genuinità del suo contenuto, anche FITTING, *Sciens indebitum accipiens* cit., p. 11, THOMAS, *Furtum of Documents* cit., p. 430 nt. 11, A. WÄCKE, *Die Zahlung mit fremdem Geld. Zum Begriff des pecuniam consumere*, in ZSS, 79, 1976, pp. 97 s. e nt. 200, K. HASLER, *Studien zu Wesen und Welt des Geldes in der römischen Kaiserzeit von Augustus bis Severus Alexander*, Bochum 1980, p. 175 nt. 37 e MILELLA, *Il consenso* cit., p. 391 nt. 1.

superamento della temperie interpolazionistica non consente di accogliere i forti dubbi avanzati in merito alla classicità del testo ulpiano, è da rilevare come l'ipotesi, che il passo prevedesse in origine la soluzione esattamente opposta a quella tramandataci dal Digesto, manchi di sufficienti indizi che inducano a giustificare questo radicale capovolgimento di significato. In realtà, sebbene la questione del furto dell'intero o della parte nell'elaborazione giurisprudenziale non sia l'oggetto specifico dell'indagine in corso, è vero che il contenuto del passo in esame risulta in contrasto con il § 2 dello stesso frammento 21⁽⁵²⁾. Infatti nel § 2 lo stesso Ulpiano ritiene responsabile di furto di un oggetto d'oro chi pensava di rubare un oggetto di rame, lasciando intendere che l'*animus* del ladro fosse irrilevante ai fini della valutazione della sua responsabilità⁽⁵³⁾. Il giurista afferma *eius quod subripuit, furtum committit*, enunciando il principio per cui il dato rilevante è quanto sia stato materialmente sottratto della cosa e non quello che il ladro intendeva sottrarre, regola che sembra essere in linea anche con altre soluzioni enunciate nel frammento 21⁽⁵⁴⁾.

Tuttavia i due casi, quello descritto nel § 1 e quello descritto nel § 2, pur contenuti l'uno di seguito all'altro nello stesso frammento e riguardanti fattispecie analoghe, non sono — per

⁽⁵²⁾ D. 47.2.21.2: *Si quis aes subripuit, dum aurum se subripere putat, vel contra, ex libro octavo Pomponii ad Sabinum aut minus esse, cum plus esset: eius quod subripuit, furtum committit: idem Ulpianus.*

⁽⁵³⁾ Sottolinea il contrasto tra la decisione del § 1 e del § 2 ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio cit.*, p. 146 nt. 128.

⁽⁵⁴⁾ COSÌ ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio cit.*, p. 145, individuando un orientamento giurisprudenziale coerente nel senso che chi rubava una parte della cosa composta era ritenuto ladro dell'intero, riferito nel frammento 21 ed emergente in particolare, dal *principium* dello stesso frammento 21: *Volgaris est quaestio, an is, qui ex acervo frumenti modium sustulit, totius rei furtum faciat an vero eius tantum quod abstulit. Ofilius totius acervi furem esse putat: nam et qui aurem alicuius tetigit, inquit Trebatius totum eum videri tetigisse: proinde et qui dolium aperuit et inde parvum vini abstulit, non tantum eius quod abstulit, verum totius videtur fur esse. sed verum est in tantum eos furti actione teneri, quantum abstulerunt. nam et si quis armarium, quod tollere non poterat, aperuerit et omnes res, quae in eo erant, contrectaverit atque ita discesserit, deinde reversus unam ex his abstulerit et antequam se reciperet, quo destinaverat, deprehensus fuerit, eiusdem rei et manifestus et nec manifestus fur erit. sed et qui segetem luce secat et contrectat, eius quod secat manifestus et nec manifestus fur est.*

quanto mi consta — così simili da dovere meritare la medesima soluzione. Da un lato, in entrambe accanto alla condotta dolosa si verificava un errore di valutazione del ladro. Infatti come vi è falsa rappresentazione della realtà nel caso di chi, volendo rubare del bronzo, lo confondeva con l'oro, così il depositante, nel momento in cui otteneva la restituzione del sacco, compiva un errore di rappresentazione della realtà, pensando di percepire le venti monete sue, mentre, essendo il sacco restituitogli diverso da quello da lui in precedenza depositato, avrebbe dovuto rendersi conto che le monete in esso contenute non potevano essere le sue medesime ⁽⁵⁵⁾. Dall'altro lato, però, l'errore del depositante si intreccia qui inevitabilmente con la fungibilità delle cose depositate. Se è ben noto che il danaro sia la cosa fungibile per eccellenza ⁽⁵⁶⁾, in questo caso, vi è un elemento che rompe con la regola della fungibilità del danaro e cioè il fatto che le monete siano contenute in un sacco e quindi siano esattamente individuate. Proprio la presenza del contenitore rende le monete distinguibili da tutte le altre e le rende pertanto possibili oggetto di deposito, visto che il depositario è tenuto a restituire le cose specifiche depositate. È da escludersi del resto — a mio modo di vedere — che, nella descrizione del caso, sia riconoscibile una fattispecie di deposito "irregolare", in cui il depositario sarebbe stato tenuto a restituire il *tantundem eiusdem generis* e non invece i *nummi* depositati nella loro individualità ⁽⁵⁷⁾. Infatti Ulpiano, facendo riferimento ad un *alius saccus*, che il depositario avrebbe consegnato al depositante, lascia intendere che il sacco era stato confuso con un altro e fa intuire che si trattasse di sacchi, magari simili in apparenza, ma verosimilmente chiusi o sigillati. Ne deriva necessa-

⁽⁵⁵⁾ Mette opportunamente in evidenza che « da er im übrigen (gleichfalls irrig) glaubt, seine eigenen 20 zurückzubekommen », WACKE, *Die Zahlung mit fremdem Geld* cit., p. 97 s. e nt. 200.

⁽⁵⁶⁾ Sulla fungibilità quale caratteristica fondamentale del danaro, cfr. M. KASER, *Das Geld im römischen Sachenrecht*, in TR, 29, 1961, pp. 169 s.: « Erstens genießt das Geld eine gesteigerte Vertretbarkeit, indem nicht nur jedes Geldstück durch jedes andere gleichartige und darum gleichwertige Stück derselben Geldsorte ersetzt werden kann, sondern auch durch Stücke anderer Sorten derselben Währung, sofern nur die Geldsumme den gleichen Geldwert ausmacht », nonché HASLER, *Studien zu Wesen und Wert des Geldes* cit., pp. 26 ss.

⁽⁵⁷⁾ Su tale istituto, già menzionato a proposito di C. 6.2.19, si rinvia *supra* § 12.

riamente che il depositario non potesse fare uso delle monete e che quindi l'accordo delle parti fosse senz'altro nel senso che egli doveva restituire non certo il *tantundem*, ma lo stesso sacco che era stato lasciato in deposito ⁽⁵⁸⁾. A rigor di logica, quindi, il depositante, nel momento in cui riceveva un sacco diverso dal suo, commetteva furto dell'intero sacco, perché sapeva bene che tale sacco apparteneva ad altri, presumibilmente ad un altro depositante o al depositario stesso. Ma è proprio la fungibilità del danaro quella che, a mio modo di vedere, offre a Sabino-Ulpiano una via risolutiva diversa da quella applicata al § 2. Se di regola l'*animus* del ladro non poteva influire sull'oggetto del furto, qui l'ingenua convinzione del depositante di essere proprietario delle venti monete e quindi della maggior parte del contenuto del sacco, consente al giurista di ritenere tale errore influente sulla decisione del caso, adottando una diversa soluzione rispetto a quella adottata da Pomponio-Ulpiano nel § 2 ⁽⁵⁹⁾. In effetti sarebbe parso ingiusto che, per una malafede limitata a dieci monete, il depositante, proprietario di venti, sebbene di monete materialmente diverse da quelle contenute nel sacco consegnatogli, dovesse essere considerato ladro dell'intera somma e convenuto con l'azione per il furto, che lo avrebbe condannato al *duplum* delle trenta monete.

Alla luce di queste considerazioni, si può allora credere che

⁽⁵⁸⁾ Sull'uso corrente nella prassi di *sacula* sigillati contenenti *pecunia*, si veda, per esempio, A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a.C. - metà del III secolo d.C.)*, Napoli 1991, p. 255 e nt. 9.

⁽⁵⁹⁾ La soluzione della responsabilità del ladro per la parte e non per l'intera quantità rubata è, del resto, adottata da Ulpiano anche nel § 3 del frammento 21 (D. 47.2.21.3: *Sed et si quis subripuit furto duos sacculos, unum decem, alterum viginti, quorum alterum suum putavit, alterum scit alienum: profecto dicemus tantum unius, quem putavit alienum, furtum eum facere, quemadmodum si duo pocula abstulerit, quorum alterum suum putavit, alterum scit alienum: nam et hic unius fit furtum*), in cui il giurista descrive un altro caso di furto di sacco di danaro, in cui il ladro portò via due sacchi, ma era responsabile per furto solo di quello dei due che sapeva non essere suo. Peraltro la fattispecie è differente non solo perché consiste in una vera e propria sottrazione e non già in una riscossione in malafede come nel caso del § 1 (che interessa particolarmente l'indagine in corso), ma anche perché qui non si tratta di una vera e propria unità, bensì di due sacchi distinti; inoltre nel § 3 il ladro non sembra essere in errore sull'appartenenza del sacco non suo, come invece si verifica nel § 1 in esame, in cui è chiaramente puntualizzato che il ladro sbagliava perché la sua convinzione di essere proprietario delle venti monete contenute nel sacco da trenta non corrispondeva alla realtà delle cose.

sia stata proprio la parziale *inscientia* quella che indusse Sabino-Ulpiano a non applicare la regola *eius quod subripuit, furtum committit*, che avrebbe comportato la responsabilità del depositante per l'intera somma e non già per le sole dieci monete. Se si accolgono tali rilievi, ne deriva che la particolare soluzione del § 1 rispetto al § 2 non fa necessariamente deporre per uno stravolgimento del contenuto del § 1 rispetto al § 2 per mano dei compilatori, ma fa emergere una opposta soluzione per un caso che, in base alla sua struttura, consentiva di adottare una diversa decisione nei confronti di un ladro che commetteva un errore di valutazione su quali fossero effettivamente le monete di sua proprietà. È così giustificabile allora che, nella soluzione della fattispecie, all'unitarietà del sacco viene preferita l'individualità delle singole monete e la sottrazione del sacco viene considerata sottrazione delle sole dieci monete. Per quanto mi consta, in una fattispecie un po' in bilico tra fungibilità e infungibilità dell'oggetto sottratto, la parziale *inscientia* dell'accipiente diventa il criterio di decisione e fa preferire al giurista l'intrinseca fungibilità delle monete.

A favore di tale interpretazione depone l'importanza che, nel passo, viene data allo stato psicologico delle due parti in gioco. È in effetti significativo osservare quanto la testimonianza, pur nella sua brevità, si soffermi a puntualizzare lo stato soggettivo dei due contraenti. Innanzitutto con la frase *errante eo qui dabat* viene specificato quale fosse lo stato psicologico del depositario quando consegnò al depositante il sacco da lui detenuto in custodia. Il depositario era infatti in errore su quale fosse il sacco effettivamente appartenente al depositante. Quasi in speculare simmetria, Ulpiano analizza poi lo stato psicologico del depositante nel momento in cui riceveva il sacco sbagliato e lo fa con due differenti espressioni. Primariamente il giurista utilizza la frase *in quo scit triginta esse* e poi ritorna sul punto con *putavit autem illic sua viginti esse*, facendo riferimento a quello che pensava il depositante nel momento in cui ricevette il sacco. Immediatamente il depositante si rese conto che tale sacco conteneva non venti monete, ma trenta e si risolse di non fare rilevare l'incongruenza, convinto che in esso fossero ricomprese pure le sue venti monete. Proprio questa sua suggestione di essere proprietario di venti di quelle monete

induce il giurista a ritenere che egli risultasse ladro solo delle dieci che non gli appartenevano e non già dell'intero sacco.

Venendosi ora in concreto al profilo del passo che presenta maggiore interesse ai fini dell'indagine sul furto dell'accipiente in malafede, quanto importa mettere a fuoco è, in particolare, la sussistenza stessa del furto. Essa è data per scontata perché oggetto della riflessione è non già l'*an* del furto, ma il *quantum* del furto stesso. Non sussistono dubbi quindi che il percepimento consapevole di qualcosa che non spettava al depositante rendesse lo stesso responsabile di furto. Egli, nel momento stesso in cui riceveva quanto non gli era dovuto, commetteva furto. Ebbene, quanto qui maggiormente rileva è che — ancora più chiaramente che in altre testimonianze già esaminate — non sia descritto nel passo nessun tipo di condotta attiva del depositante volta a trarre in inganno il depositario. Il primo si limitava a ricevere il sacco dal secondo e, pur consapevole che non fosse il suo, non aveva fatto nulla al fine di indurre l'altra parte a commettere l'errore. La soluzione si rivela allora perfettamente in linea con quanto finora emerso dalle testimonianze precedentemente analizzate, nel senso che per la responsabilità per furto sembra essere sufficiente, da parte dell'accipiente, la mera riscossione consapevole di quanto non dovuto.

Invero un aspetto distingue il caso ulpiano da altri testi considerati e cioè il fatto che il depositante fosse proprietario di una parte delle monete, avendo ceduto la detenzione sulle stesse al depositario. Pertanto il depositante era un effettivo creditore, ma lo era solo per una parte della somma percepita, non essendogli dovuto ciò che percepiva in più rispetto a quello che doveva essergli consegnato. Il furto riguarda allora la sola differenza tra quanto egli conseguiva e quanto gli era veramente dovuto, trattandosi non della consegna alla persona sbagliata, ma di una consegna al vero creditore, che però in malafede percepiva più di quanto gli fosse dovuto.

20. *Il furto della cosa appartenente al tradente.*

Un altro passo in cui l'accipiente riceveva qualcosa che sapeva non spettargli è un caso di *traditio* della cosa propria, descritto da Pomponio:

D. 47.2.44.1 (Pomp. 19 *ad Sab.*): *Si rem meam quasi tuam tibi tradidero scienti meam esse, magis est furtum te facere, si lucrandi animo id feceris* ⁽⁶⁰⁾.

Nel frammento 44 del suo commentario a Sabino ⁽⁶¹⁾ Pomponio delinea il caso in cui *Ego* consegnava per errore tramite *traditio* una cosa ⁽⁶²⁾ sua a *Tu* che, pur consapevole di non avere titolo a ricevere, la percepiva. Nel breve passo viene quindi innanzitutto esplicitato l'errore di *Ego*, il quale ignorava di essere proprietario della cosa consegnata, ritenendo che ne fosse proprietario *Tu*.

Si è osservato che, nel caso di specie, la proprietà sulla cosa non potesse passare per vizio della *traditio* ⁽⁶³⁾, o anche, in altri termini, che *Ego* non intendesse affatto trasferire la proprietà, credendo che *Tu* fosse titolare della situazione di appartenenza ⁽⁶⁴⁾. Ora, nulla può dirsi sul contesto in cui si trovano ad operare le due parti, non essendoci riferimenti ad un eventuale

⁽⁶⁰⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 669, c. 127.

⁽⁶¹⁾ Sul *principium* del frammento 44 si veda *supra* § 7.

⁽⁶²⁾ Poco rileva che, in questo caso, oggetto del trasferimento fosse una *res* generica e non meglio specificata, piuttosto che, come si è visto nella maggior parte dei passi presi in considerazione, una somma di danaro o una certa quantità di monete, quella che si può definire « eine Sache von besonderer Art »; sul punto cfr. KASER, *Das Geld* cit., p. 169: « Das Geld in seinen körperlichen Erscheinungsformen als Münze und heutzutage auch als Papiergeld ist eine Sache von besonderer Art ».

⁽⁶³⁾ In tale senso JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. 59 nt. 1: « the mistake vitiates the *traditio* », ritenendo che il profilo del mancato trasferimento del *dominium* sia specificato in un passo che risulterebbe riportare un analogo insegnamento di Pomponio, riferito però da Paolo; si tratta di D. 18.1.15.2 (Paul. 5 *ad Sab.*): *Si rem meam mihi ignorantem vendideris et iussu meo alii tradideris, non putat Pomponius dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire: et ideo etiam si donaturus mihi rem meam iussu meo alii tradas, idem dicendum erit*, che, oltre a non fare parola di furto, presenta alcune importanti divergenze, come l'errore nel trasferimento della cosa con un'inversione delle parti: qui è *Tu* che trasferiva a *Ego* una cosa che già apparteneva ad *Ego* stesso, mentre nel caso descritto in D. 47.2.44.1 è *Ego* che consegnava a *Tu* una cosa sua; soprattutto qui vi è una *causa traditionis* chiaramente indicata, la vendita e, nel caso descritto alla fine, la donazione, là dove in D. 47.2.44.1 *Tu* risulta ricevere la cosa senza alcun titolo.

⁽⁶⁴⁾ Lo specifica HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 28: « Der über sein Eigentum irrende ego will dem tu nicht übereignen, da er dem Empfänger tu schon für den Eigentümer hält. Schon darum kann durch die Herausgabe das Eigentum nicht auf den tu übergehen ».

precedente trasferimento invalido o ad altre ragioni che avrebbero indotto *Ego* a credere che *Tu* fosse proprietario della sua cosa. Tuttavia sembra plausibile arguire dal testo che *Tu* avesse ricevuto la cosa da chi non intendeva trasferirgliela nella convinzione che quella cosa gli appartenesse. Era per questa ragione che egli, essendo esattamente a conoscenza dell'errore di *Ego*, era responsabile per furto.

La risoluzione del caso viene in realtà riferita con la frase *magis est furtum te facere*, in cui Pomponio delinea la responsabilità per furto dell'accipiente. Questo inciso è stato oggetto di gravi sospetti, in quanto risulta accusare una soppressione di elementi che sarebbero stati invece contenuti nel testo genuino⁽⁶⁵⁾. In realtà si dubita di tutto il finale del testo. Infatti, un po' per la sua formulazione, un po' per il rilievo che viene dato all'intenzione lucrativa del ladro, da molti ritenuto un tipico motivo della legislazione giustiniana, la conclusione della testimonianza è stata spesso espunta dal testo di Pomponio⁽⁶⁶⁾. Si è per esempio osservato che il *si lucrandi animo id feceris* sia mal connesso stilisticamente con l'iniziale *si ... tradidero*, cui seguirebbe a troppo breve distanza⁽⁶⁷⁾. Tuttavia la critica romanistica più recente tende di regola ad optare per la classicità del riferimento all'*animus* del ladro, a prescindere dal lessico utilizzato nei singoli testi e da se l'espressione usata sia *animus furandi*, *animus celandi*, *animus lucri faciendi* o altre ancora. Allo stesso modo — a mio modo di vedere — l'espressione *magis est furtum te facere* può ben essere chiarita alla luce di una divergenza di opinioni in giurisprudenza sulla rilevanza da dare all'*animus lucrandi*. Tale locuzione lascia infatti intendere che l'accipiente avrebbe commesso furto nell'ipotesi in cui fosse stato consapevole di incassare il non dovuto, purché avesse voluto trarre un suo proprio profitto dal trasferimento del tradente. E se si accetta la genuinità del finale, il pensiero

(65) In tale senso ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 136.

(66) COSÌ A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, 2.1, Halle 1895, p. 149 nt. 4, HUVELIN, *L'animus lucri faciendi* cit., p. 101, LANGE, *Der kausale Element* cit., p. 83, HAYMANN, *Grenzen* cit., pp. 27 s., ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 135; cita il passo senza avanzare dubbi di classicità F. PRINGSHEIM, *Animus donandi*, in *ZSS*, 42, 1921, p. 274 nt. 2.

(67) ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., *ibidem*.

di Pomponio acquista un significato ben preciso e chiaro, nel senso che il furto ricorreva solo se alla *scientia* di colui che riceveva la cosa si aggiungeva l'*animus lucrandi* il suo. In sostanza, la frase *magis est furtum te facere* sarebbe da intendersi nel senso che, secondo Pomponio, era necessaria l'intenzione dell'accipiente di trarre profitto. Invece tra i *prudentes* si sarebbe profilata anche l'opinione antitetica per cui l'*animus lucrandi* non era indispensabile per la configurabilità, nel caso di specie, della responsabilità per furto. Del resto, il prevalere di una fattispecie più ristretta di furto rispetto ad una inizialmente più ampia ben si inserisce nel quadro di quella creativa elaborazione della giurisprudenza classica volta via via a precisare e a delimitare la latissima nozione di *furtum* ⁽⁶⁸⁾.

L'ipotesi che sussistesse uno *ius controversum* in giurisprudenza su tale aspetto e che non si debba quindi ritenere l'espressione *magis est* un indizio della manipolazione del passo, è corroborata dal testo corrispondente dei Basilici:

B. 60.12.44.1: 'Ο ἐν εἰδήσει ἐπὶ τῷ κερδᾶναι προᾶγμα ἐμὸν ὡς αὐτοῦ λαμβάνων ἐξ ἐμοῦ ὑπόκειται μοι τῇ περὶ κλοπῆς ἀγωγῇ ⁽⁶⁹⁾.

È invero possibile rilevare qualche lieve differenza rispetto al testo del Digesto. Nella sintesi bizantina infatti il soggetto corrispondente a *Tu* è espresso in terza persona singolare con 'Ο ... ὑπόκειται e inoltre la vicenda è descritta non più dal punto di vista di chi consegnava, ma da quello di chi riceveva, per cui con ὑπόκειται si fa riferimento all'atto del percepimento della cosa e non a quello della consegna della stessa, come viene fatto tramite l'uso del verbo *tradidero*. Nonostante queste divergenze, i Bizantini non fanno che ribadire, esattamente come nel passo del Digesto, la responsabilità per furto di chi consapevolmente percepiva quanto apparteneva al tradente con anche — quella che verosimilmente fu l'opinione che prevalse — la specificazione dell'intenzione dello stesso di trarre profitto da tale erronea consegna (ἐπὶ τῷ κερδᾶναι προᾶγμα).

Alla luce di questa lettura del testo, che risulta allora essere

⁽⁶⁸⁾ Si veda, sul punto, ALBANESE, *v. Furto cit.*, pp. 314 s.

⁽⁶⁹⁾ SCHELTEMA-HOLWERDA-VAN DER WAL, *Basilicorum libri LX cit.*, 8, p. 2833.

interamente classico, si potrebbe quindi pensare — almeno di primo acchito — che la testimonianza di Pomponio deponga nel senso che la malafede dell'accipiente abusivo fosse insufficiente di per sé a configurare il furto e che fosse necessario allo scopo qualcosa in più della semplice malafede, come potrebbe essere la volontà dell'accipiente stesso di trarre un profitto. Tuttavia — a mio modo di vedere — la precisazione dell'*animus lucrandi* comporta sì un restringimento della fattispecie della riscossione consapevole dell'indebito, ma non implica che il passo contraddica quanto emerso dai testi finora esaminati nell'ambito dell'indagine in corso, da cui si è desunto che responsabile per furto era chi percepiva quanto non gli spettava, semplicemente sulla base della consapevolezza che ciò non gli spettasse. Il fine ulteriore dell'arricchimento personale, emerso grazie al lavoro interpretativo della giurisprudenza accanto al requisito dell'*invito domino*, definì e restrinse la nozione di furto in generale, ma comportò un restringimento della fattispecie del furto del creditore apparente solo nella misura in cui comportò un restringimento generale della fattispecie di furto. Come si è avuto modo di rilevare ⁽⁷⁰⁾, tale previsione imponeva sì che anche il creditore apparente avesse un fine di lucro, ma non modificava la circostanza che non fosse necessaria nessuna condotta volta a trarre in inganno, a *circumvenire* il tradente e a fare in modo che quest'ultimo commettesse l'errore nel consegnare ad altri una cosa che gli apparteneva.

Così intesa, la testimonianza di Pomponio conferma dunque che il presunto creditore era ritenuto responsabile di furto se riceveva qualcosa che non gli spettava nella consapevolezza che non gli spettasse, a prescindere da un suo eventuale raggiro sulla titolarità del credito. Peraltro la fattispecie è diversa da quelle finora esaminate di *falsus procurator* e di *falsus creditor*, in cui l'accipiente non poteva diventare proprietario dei *nummi*, in quanto il tradente non avrebbe mai potuto volere trasferire a lui la proprietà del danaro, intendendo consegnare il danaro al vero legittimato o al vero titolare del credito. Nel caso di specie, infatti, il tradente non trasferiva la proprietà all'accipiente, perché, pensando che l'altro ne fosse già titolare, non intendeva

⁽⁷⁰⁾ Cfr. *supra* § 5, § 15, § 17 e *infra* § 32.

affatto effettuare tale trasferimento. Quindi l'accipiente in mala fede, mancando il passaggio di proprietà, risultava responsabile di furto. Si riscontra allora, anche nella fattispecie descritta da Pomponio, così come in molti dei passi in tema di *falsus procurator* e di *falsus creditor*, quello stretto intreccio tra furto e mancato trasferimento della proprietà che sembra rappresentare il « fil rouge » di questa intricata materia.

21. *Il pagamento del prezzo nella compravendita di cosa altrui.*

In un altro passo Ulpiano prevede un caso di riscossione consapevole di quanto non dovuto nell'ambito di una vendita di una *res*:

D. 47.2.52.17 (Ulp. 37 *ad ed.*): *Si Titius alienam rem vendidit et ab emptore accepit nummos, non videtur nummorum furtum fecisse* (71).

Nel suo commentario all'Editto, il giurista descrive una vendita di cosa altrui da parte di un soggetto chiamato Tizio, a cui il compratore, ignorando che il bene non gli appartenesse, pagava il prezzo. Si pone quindi la questione se Tizio, ricevendo il danaro, che egli ben sapeva non essergli dovuto in quanto costituiva il corrispettivo di una cosa non sua, commettesse o meno furto. La soluzione di Ulpiano, espressa laconicamente e del tutto priva di motivazione, prevedeva che Tizio non commettesse furto del danaro consegnato.

In letteratura non è mancato chi ha ritenuto la testimonianza un riassunto compilatorio che avrebbe ridotto il testo originario ad una forma scheletrica (72), sebbene la genuinità almeno sostanziale del passo non sia mai stata posta in dubbio (73). Venendosi al contenuto del breve passo, poco importa in

(71) LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 1042, c. 676.

(72) Così ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 266.

(73) Lo stesso ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 266 non dubita della classicità del contenuto; cfr. anche, senza alcun riferimento a dubbi di interventi manipolatori, JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. xxvi, HAYMANN, *Grenzen* cit., p.

questa sede domandarsi se da esso possa arguirsi che, in qualche momento della storia del diritto romano, la vendita della cosa altrui sia stata vista come furto ⁽⁷⁴⁾. E in effetti, nel passo, Ulpiano si pone la questione se sussistesse o meno il furto del prezzo e non invece quella se sussistesse o meno il furto della cosa altrui venduta ⁽⁷⁵⁾. Rileva quindi, ai fini degli obiettivi che la presente indagine si propone di perseguire, capire come mai Ulpiano risolvesse il caso con l'asciutta negazione del furto, con una soluzione che — almeno a prima vista — sembra apertamente contrapporsi alla regola per cui chi riceveva consapevolmente quanto non dovuto commetteva tale delitto ⁽⁷⁶⁾.

Ora, la ragione per cui non ricorreva il furto del prezzo è stata in letteratura individuata nella circostanza che il pagamento del danaro costituiva l'adempimento dell'obbligo di pagare il prezzo e che quindi era presente la *causa emptio* come *iusta causa traditionis*: perciò non sarebbe direttamente coinvolta nessuna forma di inganno, visto che l'inganno era stato posto in essere prima della conclusione della vendita ⁽⁷⁷⁾. Tuttavia, ai fini della comprensione della risoluzione del caso, non sembra necessario sottolineare che « der Kaufvertrag besteht auf Täuschung ⁽⁷⁸⁾ ». Infatti — per quanto mi consta — quello che rileva non è tanto in quale momento fosse da individuare il

40, KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 1, p. 615 nt. 15, A. VÖLKL, *Der Verkauf der fremden Sache im Westgotenrecht. Ein Beitrag zum Verhältnis von Vulgarismus und germanischem Recht*, in ZSS, 110, 1993, p. 472 nt. 136.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 276 nt. 439 nr. 26, il quale ritiene possibile desumere dal passo che in antico fosse furto vendere la cosa altrui; sulla validità della compravendita nell'ipotesi in cui la cosa non appartenesse al venditore si veda, anche per le indicazioni bibliografiche relative, KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 1, p. 549 nt. 36.

⁽⁷⁵⁾ Evidenza che nel passo si discute solo del furto dei *nummi* e non già della *res aliena* VÖLKL, *Der Verkauf der fremden Sache* cit., p. 472 nt. 136: « Es ist bezeichnend, daß jene Digestenstelle (Ulp. D. 47,2,52,17), die wirklich allein auf das *alienam rem vendere* abstellt, nur ein *furtum* an den *nummi* des Erwerbers diskutiert (und verneint) ».

⁽⁷⁶⁾ Si veda KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 1, p. 615 nt. 15, il quale inserisce il passo tra quei « abweichende Fälle » rispetto alla regola per cui l'accipiente in malafede commetteva sempre furto.

⁽⁷⁷⁾ Così HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 40.

⁽⁷⁸⁾ HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 40.

raggiro, bensì la circostanza che tale raggiero non riguardasse l'adempimento dell'obbligo di pagare il prezzo.

Centra ben più il punto nevralgico della decisione ulpiana l'osservazione di ALBANESE, per cui il delitto non era qui configurabile, in ragione della mancanza di una condotta *invito domino* dell'accipiente, dell'assenza cioè della contraria volontà del compratore ingannato ⁽⁷⁹⁾. In effetti la negazione del furto nel passo, a mio modo di vedere, non sorprende, in quanto — in linea con quanto finora emerso dai testi esaminati — ancora una volta la soluzione è giustificabile alla luce della volontà del tradente. Il tradente-compratore infatti intendeva, con la *traditio* delle monete, trasferire la proprietà sulle stesse non ad altri, ma proprio a Tizio, e per questa ragione quest'ultimo diventava proprietario. E intendeva trasferirgli proprio la somma che gli consegnò, senza commettere errori sulla cosa o sull'ammontare della somma. Ne consegue quindi che Tizio non poteva essere riconosciuto responsabile di furto. La ragione della negazione del delitto sarebbe quindi da individuarsi nella volontà del compratore di pagare il prezzo e di trasferire la proprietà del danaro al venditore.

Ai fini della risoluzione della fattispecie sembra quindi irrilevante se l'accipiente avesse o meno posto in essere un raggiero a danno del tradente. Anche tale passo, in sostanza, risulta non supportare in alcun modo la tesi per cui, per la sussistenza del furto, l'accipiente doveva avere posto in essere una condotta attiva diretta a trarre in inganno il tradente. Il contenuto di D. 47.2.52.17, così interpretato, risulta piuttosto essere in piena sintonia non solo con la *regula iuris* di D. 13.1.18 ⁽⁸⁰⁾, ma anche con la *distinctio* neraziana di D. 47.2.43.1, che individua nella volontà del tradente il criterio discrezionale della responsabilità per furto ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ In tale senso cfr. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 266; evidenzia la mancanza del requisito dell'*invito domino* « though his agreement has been induced by fraud » JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. xxvi.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. *supra* § 4.

⁽⁸¹⁾ Cfr. *supra* § 3.

22. *Il furto del falso delegante fisicamente presente al pagamento del delegato.*

Un altro passo di Ulpiano propone una soluzione rilevante ai fini dell'indagine sul furto del falso creditore:

D. 47.2.43.2 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Si is, qui indebitum accipiebat, delegaverit solvendum, non erit furti actio, si eo absente solutum sit: ceterum si praesente, alia causa est et furtum fecit* ⁽⁸²⁾.

La testimonianza prevede il caso di un soggetto che, pur sapendo di non essere creditore di un tale che erroneamente si credeva suo debitore, lo delegava a pagare ⁽⁸³⁾ ad un terzo. A questo punto, si prospettavano due possibilità a seconda di come questo pagamento venisse posto in essere. Il delegante, se era assente al momento del pagamento del delegato al delegatario, non commetteva furto; era invece da qualificarsi come ladro, se la somma veniva pagata in sua presenza.

Parte della letteratura si è dimostrata fortemente scettica nei confronti della classicità del testo ⁽⁸⁴⁾. L'espressione *ceterum si praesente* è stata giudicata sciatta, *alia causa* maldestra e la forma verbale *furtum fecit* al perfetto fuori luogo, là dove il precedente verbo *non erit furti actio* è al futuro, mentre dal punto di vista contenutistico il testo sarebbe in forte contrasto

⁽⁸²⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 2869, c. 1165.

⁽⁸³⁾ Il testo è uno dei pochi giunti a noi in cui è attestata l'espressione *delegare ad solvendum*: sul punto cfr. COSENTINO, *Osservazioni* cit., p. 304 nt. 23.

⁽⁸⁴⁾ Oltre a F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916, pp. 67, 70, che si limita peraltro a citare il passo nell'elenco di quei testi in tema di presupposti della *traditio* che sarebbero stati rimaneggiati a larghe mani dai compilatori, si vedano F. HAYMANN, *Vom Überlassen falscher Maße und Gewichte in den Digesten*, in ZSS, 40, 1919, p. 356 e IDEM, *Grenzen* cit., p. 25 e G. DONATUTI, *Sul fr. 55, Dig. 17,1 mandati [vel contra]*, in Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 56, 1923, p. 357, ora in Studi di diritto romano, 1, Milano 1976, p. 199; cita i due ultimi autori, non prendendo però una chiara posizione nei confronti della classicità del testo COSENTINO, *Osservazioni* cit., p. 304 nt. 23; si limita a porre in evidenza che l'opinione di Haymann sia discordante dalla propria JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. 54 nt. 2; menziona il passo, giudicandolo un testo importante in tema di acquisto del possesso, FERRINI, *Manuale di Pandette* cit., p. 246 nt. 2.

con i principi in tema di complicità nel furto⁽⁸⁵⁾. Anche DONATUTI menziona l'ingiustificato mutamento di tempi verbali, ma fa rilevare pure la mancanza del soggetto del verbo *fecit*, nonché la circostanza che la frase finale *ceterum ... fecit* non faccia altro che delineare l'ipotesi inversa a quella già descritta, per cui sarebbe da qualificarsi quale un glossema⁽⁸⁶⁾.

Che queste critiche testuali siano infondate è già stato messo in evidenza da ALONSO⁽⁸⁷⁾, che non solo ha rilevato la scarsa attendibilità dei menzionati rilievi formali, ma ha anche correttamente evidenziato come il testo non faccia parola di un rapporto di complicità tra il delegante e il delegatario e quindi di un'eventuale responsabilità del delegante come istigatore e neppure di responsabilità per furto del delegatario. Per tali ragioni non avrebbe alcun senso sostenere che la non genuinità del passo discenda dalla contraddittorietà dello stesso con le testimonianze relative alla complicità di due persone nel delitto.

Invero il testo ulpiano è da interpretarsi alla luce delle attribuzioni patrimoniali all'interno del rapporto delegatorio. Infatti la presenza del delegante al momento del pagamento del delegato al delegatario faceva sì che il possesso delle monete fosse da considerarsi acquistato dal delegante e da lui trasferito al delegatario⁽⁸⁸⁾. È noto del resto che la dazione attuativa del rapporto di provvista tra delegato e delegante non comportava che il delegante dovesse ricevere qualcosa materialmente, bensì, per esempio, che sul piano obbligatorio il delegante risultasse liberato dal suo debito nei confronti del delegatario. Si può affermare, con terminologia moderna, che tra delegato e delegante intervenisse uno spostamento patrimoniale "vir-

(85) Così HAYMANN, *Vom Überlassen falscher Maße* cit., p. 356.

(86) DONATUTI, *Sul fr. 55, Dig. 17,1* cit., p. 199.

(87) ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 104 nt. 17; accennando al passo, si dichiara a favore della classicità dello stesso anche P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin 2002, p. 270-271 nt. 341.

(88) In tale senso la maggior parte della letteratura: cfr. DONATUTI, *Sul fr. 55, Dig. 17,1* cit., p. 199, JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. 54 nt. 2, che parla in questo caso di « constructive contractatio », SACCONI, *Ricerche* cit., p. 30 nt. 84 e 48 nt. 138 e ALONSO, *Estudios* cit., p. 210.

tuale” (89). Tuttavia, rispetto a tale dazione “virtuale” il caso descritto da Ulpiano in D. 47.2.43.2 costituisce una delle poche eccezioni (90), in quanto prevede che non vi fosse una mera dazione “virtuale”, ma che il delegante arrivasse, con la sua mera presenza al momento della dazione, ad una “adquisición intermedia (91)”, che è stata avvicinata in letteratura ad una *traditio longa manu* (92). Proprio questo acquisto intermedio del danaro da parte del delegante faceva venire in essere la *contractatio* e rendeva quindi il delegante responsabile per furto (93). Se invece la consegna fosse stata fatta dal delegato al delegatario in assenza del delegante, il possesso del danaro sarebbe passato direttamente dal delegato al delegatario con esclusione della *contractatio* e quindi della responsabilità del delegante. A mio modo di vedere, dunque, il furto discendeva dalla circostanza che il delegante ordinava un pagamento sapendo di non essere il creditore della somma, ma solo se tale pagamento era poi effettuato in sua presenza veniva posta in essere la *contractatio* e commesso il delitto di furto.

Rispetto ad altra parte della letteratura, avanza una diversa interpretazione del testo FITTING, ma su di essa nessun autore successivo si è soffermato né per dividerne la posizione, né per esporre delle critiche nei confronti della stessa. Secondo tale lettura, risalente in realtà a POTHIER (94), il passo

(89) Sulla *datio* esecutiva dello *iussum delegantis* si veda, da ultimo, ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 185; cfr. anche sul punto il mio *Alius* cit., p. 24.

(90) In tale senso ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, pp. 210 ss.

(91) La definisce così ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 210.

(92) In tale senso cfr. SCHULZ, *Einführung* cit., p. 67, VOCI, *Modi di acquisto* cit., p. 127, SACCONI, *Ricerche* cit., p. 48 nt. 138 e di recente, in forma più prudente, ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 210, che precisa « al modo de una *traditio longa manu* »; in realtà non mi sembra che il testo ulpiano autorizzi qui ad affermare che il delegante conseguisse il possesso per *traditio longa manu*, sebbene sia in effetti possibile che l'attribuzione patrimoniale attuativa del rapporto di provvista descritta in D. 47.2.43.2 possa fare pensare a qualche cosa di analogo a quella dazione che poi i medioevali denominarono *traditio longa manu*, corrispondente a quel trasferimento da parte del tradente di una cosa che, ancora prima dell'effettiva apprensione, entrava nella sfera di controllo dell'accipiente.

(93) ALONSO, *Estudios* cit., 1.1, p. 210: « Puesto que no hay hurto sin *contractatio*, quien delega sabiendo non ser acreedor no queda sujeto a la *actio furti*, a menos — advierte Ulpiano — que el pago se realice en su presencia ».

(94) Cfr. J. POTHIER, *Pandectae Justinianae, in novum ordinem digestae, cum*

ulpiano dimostra la necessità di un ruolo attivo del *falsus creditor* perché si potesse parlare di furto: « Mais ce qui prouve que c'est bien un rôle actif c'est que si le falsus creditor n'assiste pas au paiement, il n'est plus partie à la tradition qui a lieu alors entre e débiteur et le délégué, ce qui explique que le *furtum* est exclu ⁽⁹⁵⁾ ». La diversa soluzione di Ulpiano al caso di presenza e al caso di assenza del delegante è quindi da attribuirsi, in tale prospettiva, allo stato psicologico del delegante stesso, il quale, solo se presente, avrebbe avuto la ferma intenzione di derubare il delegato in buona fede. Ora, tale interpretazione, nonostante ben si sposi con la tesi sostenuta dallo stesso FITTING, per cui nelle fonti classiche sarebbero individuabili due diversi orientamenti giurisprudenziali, alcuni che evidenziano la condotta ingannatrice dell'accipiente, altri che non ne fanno invece alcuna menzione, non persuade affatto. Non pare infatti che, con la sua mera presenza al momento della consegna del danaro, il delegante inducesse all'errore il debitore, mentre ciò non sarebbe accaduto se la consegna fosse avvenuta in sua assenza. Infatti fin dall'inizio egli era consapevole di non essere creditore di colui che credeva di essere il suo debitore e aveva senz'altro tale consapevolezza nel momento in cui gli aveva ordinato di effettuare il pagamento al delegatario. Pertanto non pare che si possa escludere la sua responsabilità per furto nell'ipotesi in cui fosse stato — magari per puro caso — assente alla consegna che conseguiva al suo *iussum*. In realtà, più che nel profilo subiettivo, il punto nevralgico della decisione ulpiana sembra da individuarsi nel profilo obiettivo: la sussistenza o meno del furto a seconda della presenza o dell'assenza del delegante al momento della dazione sembra ben più linearmente giustificabile non alla luce dello stato psicologico del delegante, bensì dell'intervento o meno della *contractatio*. Solo in ipotesi di *delegatio solvendi* di un indebito

legibus codicis, et novellis, quae jus pandectarum confirmat, explicant aut abrogant, 4, Parisiis 1819, lib. 47, tit. 2, art. 2, § 2.9 che, a proposito del passo, parla di « contractasse intellegitur », lasciando intendere che il criterio discretivo delle due fattispecie descritte da Ulpiano, la prima caratterizzata dall'assenza e la seconda dalla presenza del delegante al momento della dazione del delegato al delegatario, fosse la consapevolezza che aveva il delegante dell'avvenuta *contractatio*.

⁽⁹⁵⁾ FITTING, *Sciens indebitum accipiens* cit., p. 21.

che viene pagato in presenza del falso creditore stesso era riconoscibile una *contractatio* e quindi si poteva ritenere sussistente la fattispecie di furto. Con tale decisione, a mio parere, il giurista non fa altro che rimarcare l'esigenza che l'accipiente fosse in qualche modo destinatario di una dazione e quindi sottolineare la necessarietà del contatto materiale con la cosa, requisito del resto già ampiamente emerso nell'elaborazione giurisprudenziale a lui precedente ⁽⁹⁶⁾.

Si tratta, a questo punto, di focalizzare l'aspetto che del passo qui maggiormente importa per i fini della presente ricerca, peraltro trascurato — per quanto mi consta — dalla letteratura in materia. È la questione del rapporto tra la soluzione ulpiana e il principio enunciato in D. 13.1.18 (Scaev. 4 *quaest.*) ⁽⁹⁷⁾ ed emergente dai passi finora presi in considerazione, in base al quale l'accipiente in malafede era sempre responsabile per furto. In realtà, dal passo di D. 47.2.43.2 si desume *a contrario* una conferma di tale principio. Infatti, se la responsabilità per furto era esclusa da Ulpiano solo nella particolare ipotesi di pagamento delegato in cui mancasse una dazione materiale dal delegante al delegatario, se ne arguisce una generica responsabilità di tale soggetto in tutti gli altri casi. In sostanza, a mio modo di vedere, il contenuto di D. 47.2.43.2 non si discosta affatto dalla regola del furto del falso creditore, se non in quanto la nozione di furto dell'accipiente in malafede risulta più puntualmente definita tramite la precisazione del requisito del materiale contatto tra agente ed oggetto.

La testimonianza ulpiana va, invero, confrontata anche con il caso descritto da Pomponio in D. 47.2.76(75) (Pomp. 21 *ad Q. Mucium*) ⁽⁹⁸⁾, in cui viene negato il furto del falso procuratore per il caso in cui il debitore si fosse sì impegnato ad una *stipulatio dandi* al falso procuratore stesso o a chi da lui indicato, ma non avesse effettuato nessuna dazione materiale. Tale soluzione presenta delle analogie rispetto a quella descritta da Ulpiano in caso di assenza del presunto creditore al

⁽⁹⁶⁾ Sull'acquisizione graduale, nel corso dell'elaborazione della giurisprudenza classica, della necessarietà della *contractatio* perché potesse dirsi commesso il delitto di furto, si veda *supra* § 1.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. *supra* § 4.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. *supra* § 5.

momento del pagamento delegato: in entrambe le fattispecie infatti manca una dazione materiale, da cui deriva la negazione del furto. Ma allora, D. 47.2.43.2 riferirebbe una soluzione per nulla innovativa, bensì già consolidata in giurisprudenza: essa sarebbe adattata ad un caso leggermente diverso, non più di chi, credendosi obbligato, prometteva di pagare, bensì di chi, credendosi obbligato, effettuava un pagamento su ordine altrui. Il creditore apparente, che riscuoteva tale pagamento solo “virtualmente”, in quanto assente fisicamente al momento del pagamento stesso, risulta quindi posto sullo stesso piano del legittimato apparente che otteneva solo una promessa di pagamento. Pertanto il passo ulpiano, negando la sussistenza del furto per il caso di assenza del delegante al pagamento indebito da lui delegato, ribadisce con forza l’esigenza della *contrectatio* per la configurabilità della responsabilità dell’accipiente in mala fede, nei medesimi termini in cui lo fa Pomponio in D. 47.2.76(75). Ma allora l’analogia tra la soluzione ulpiana e quella di Pomponio consente di avvicinare il caso della riscossione non dovuta da parte del falso creditore a quella da parte del falso procuratore. E ciò non può che corroborare quell’ipotesi, che costituisce uno dei presupposti di quest’indagine⁽⁹⁹⁾, per cui, nell’elaborazione giurisprudenziale classica, le due fattispecie, quella di chi non era titolare del credito e quella del terzo non legittimato a riscuotere il debito, erano affrontate e risolte con principi simili.

Sezione 2.

La simulazione della propria identità

23. *Il furto della somma data a mutuo.*

Con una struttura parallela allo studio delle fattispecie di riscossione del legittimato apparente, si intende ora procedere con l’esegesi di quei passi, in cui a riscuotere un pagamento era un soggetto che appariva titolare del credito tramite la simulazione dell’identità. Dopo aversi quindi considerati quei testi in cui un soggetto lasciava credere di essere titolare di un credito

⁽⁹⁹⁾ Cfr. *supra* § 2.

inesistente, si tratta ora di verificare se esistono fonti in cui un soggetto fingeva la propria identità al fine di riscuotere quanto in realtà spettava ad un altro, in termini analoghi a come il *falsus procurator* fingeva la propria identità per incassare quanto spettava al vero legittimato.

Tra i casi in cui un creditore simulava la propria identità al fine di riscuotere del danaro spettante ad un altro, risulta essere centrale la fattispecie, che sembra ricorrere in ben due testi del Digesto, uno tratto dal commentario *ad Plautium* di Paolo, D. 47.2.67.3 (Paul. 7 *ad Plaut.*), e l'altro dal commentario all'editto di Ulpiano, D. 47.2.52.21 (Ulp. 37 *ad ed.*). Nonostante la testimonianza paolina, risalente forse addirittura a Plauzio, sembri — almeno da quanto risulta dall'*inscriptio* — cronologicamente precedente rispetto a quella ulpiana, si procede qui innanzitutto all'esegesi del passo ulpiano, che dal punto di vista contenutistico — lo si vedrà ⁽¹⁰⁰⁾ — prospetta rispetto all'altra una soluzione espressa in termini più univoci:

D. 47.2.52.21 (Ulp. 37 *ad ed.*): *Cum Titio honesto viro pecuniam credere vellem, subiecisti mihi alium Titium egenum, quasi ille esset locuples, et nummos acceptos cum eo divisisti: furti tenearis, quasi ope tua consilioque furtum factum sit: sed et Titius furti tenebitur* ⁽¹⁰¹⁾.

Ulpiano descrive uno scaltro inganno posto in essere ai danni di *Ego*. *Tu* presentò infatti ad *Ego* un certo Tizio, descrivendoglielo come una persona ricca; *Ego*, convinto di avere a che fare con un altro Tizio a lui noto come persona onesta, con cui voleva concludere il contratto, consegnò il danaro all'impostore. *Tu* è l'impostore, d'accordo di spartirsi tra loro il danaro, non avevano poi ovviamente — come può facilmente arguirsi — nessuna intenzione di restituire ad *Ego* il danaro avuto in prestito. Il giurista non si pone il problema della validità o meno del contratto di mutuo concluso in presenza di un errore sulla persona ⁽¹⁰²⁾, ma piuttosto quello di come dovesse essere san-

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. *infra* § successivo.

⁽¹⁰¹⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 1042, c. 676.

⁽¹⁰²⁾ BETTI, qualificando la fattispecie come un caso di « reticenza fraudolenta dell'accipiente ed errore su qualità essenziale della persona nella costituzione di

zionata la condotta posta in essere a danno del mutuante ⁽¹⁰³⁾. Secondo Ulpiano era senz'altro stato commesso un furto e responsabile non era solo Tizio, colui che aveva ottenuto la consegna materiale del danaro, ma anche *Tu*, il mediatore mendace.

Invero il testo non ha mancato di destare sospetti di alterazione e soprattutto ha suscitato dubbi il fatto che *Tu* si dividesse il danaro con Tizio e poi venisse considerato responsabile del furto solo *ope consilio*. Infatti l'intermediario *Tu*, se entrava in possesso di una parte del danaro, avrebbe posto in essere una *contrectatio* e avrebbe dovuto quindi essere responsabile in via principale e non invece essere ritenuto semplicemente un soggetto che concorreva nel delitto. Questa circostanza porta BUCKLAND a ritenere il passo un « confused text ⁽¹⁰⁴⁾ » e a giudicare interpolate le parole da *quasi a factum sit* oppure, in alternativa, la parte di testo in cui viene descritta la divisione del danaro, cioè *nummos ... divisisti* ⁽¹⁰⁵⁾, sebbene l'autore non tralasci di considerare possibile che il testo conte-

mutuo » (*Esercitazioni cit.*, p. 59), ritiene che qui l'errore sulla persona risultasse irrilevante e che il contratto fosse valido (*Istituzioni cit.*, 1, p. 299); in realtà il silenzio del passo è di difficile interpretazione; la Glossa (gl. *furti tenearis* ad D. 47.2.52.21) ha inteso la fattispecie nel senso che si trattasse di un *error in substantiae personae*, quindi irrilevante ai fini dell'efficacia del contratto. Nel senso che ad Ulpiano qui non interessasse esaminare la questione della validità o meno del contratto di mutuo, né il problema dell'errore del creditore, si veda M.J. SCHERMAIER, *Vom Hochstaplern, schlechten Schuldern und vermeintlichen Jungfrauen. Historisches und Vergleichendes zum error in persona*, in M. SCHERMAIER-J.M. RÄINER-L.C. WINKEL cur., *Iurisprudentia universalis. Festschrift T. Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, 2002 Köln-Weimar-Wien 2002, p. 665: « Mehr als eine *condictio* gegen den Schuldner auf die Darlehenssumme kann er — wegen der Regeln über die Geldvermischung — nicht erhalten. Diese *condictio* hat er aber schon aus dem Darlehenvertrag, durch die bloße Hingabe des Geldes. Außerdem hülfe ihm ein schuldrechtlicher Anspruch gegen den vermögenslosen Schuldner ohnehin nicht weiter ».

⁽¹⁰³⁾ Nell'esegesi del passo in esame, così come in quella dei testi ad esso collegati, si è ritenuto opportuno — per semplicità espositiva — fare uso indifferentemente dei termini mutuante e mutuuario, anche qualora il momento preso in considerazione sia talvolta precedente a quello della nascita del vincolo obbligatorio, per cui a rigore, in tali casi, sarebbe stato più corretto parlare di potenziale mutuante e potenziale mutuuario; per l'uso di questa terminologia in relazione al passo in esame cfr. già BETTI, *Esercitazioni cit.*, 1, pp. 60 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ BUCKLAND, *Digest XLVII.2 cit.*, p. 127.

⁽¹⁰⁵⁾ BUCKLAND, *Digest XLVII.2 cit.*, p. 128.

nesse una discussione delle varie possibilità che si potevano profilare nella pratica ⁽¹⁰⁶⁾.

L'ipotesi dell'intervento della mano compilatoria sul testo ha avuto grande eco in dottrina ⁽¹⁰⁷⁾ ed è ripresa anche da HAYMANN che, oltre a ritenere sorprendente la locuzione *ope tua consilioque*, evidenzia altresì la scorrettezza linguistica della forma verbale al congiuntivo *tenearis* in luogo dell'indicativo *teneberis* ⁽¹⁰⁸⁾. Analogamente LONGO ⁽¹⁰⁹⁾ elimina dal testo tutta la parte finale da *quasi* a *tenebitur*, menzionando anche la possibilità del carattere insitico della divisione del danaro ⁽¹¹⁰⁾ e attribuendo quindi ai giustinianeî la menzione della responsabilità *ope consilio* dell'intermediario per il fatto di avere presentato al mutuante una persona insolubile.

Una posizione diversa dalle precedenti assunte dalla critica romanistica sul passo, ma comunque critica dal punto di vista testuale ⁽¹¹¹⁾, è presa da ALBANESE, che individua una differente via per giustificare la responsabilità *ope consilio* dell'intermediario ⁽¹¹²⁾. Con una suggestiva ipotesi interpretativa, che si fonda sulla sua complessiva ricostruzione delle vicende storiche della nozione di *furtum*, l'autorevole studioso riconosce nella testimonianza l'intervento di una duplice mano, attribuendo la soluzione delineata nel passo non ad Ulpiano, ma ad un suo « devancier » e precisamente a Mela, che viene citato nella parte immediatamente successiva del frammento 52 e cioè nei §§ 22 e

⁽¹⁰⁶⁾ Così BUCKLAND, *Digest XLVII.2 cit.*, p. 128.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. JÓLOWICZ, *D. XLVII.2 cit.*, p. 77 nt. 21, che ripropone esattamente l'idea di Buckland, senza però considerare affatto l'eventualità che il passo sia genuino, G. BESELER, *Romanistische Studien*, in TR, 10, 1930, p. 212, che crede ad un completo stravolgimento del testo, dubitando anche delle parole *honesto viro* e *Titium egenum*, nonché di *locuples*, PAMPALONI, *La complicità nel delitto di furto* cit., pp. 32 s. che ritiene interpolata la frase finale, perché sarebbe da attribuire ai giustinianeî la responsabilità nel furto per complicità successiva nella consumazione del delitto; dubita della frase *quasi ... factum sit* anche BETTI, *Esercitazioni* cit., p. 60.

⁽¹⁰⁸⁾ HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 36.

⁽¹⁰⁹⁾ G. LONGO, *La complicità nel diritto penale romano*, in BIDR, 61, 1958, pp. 168 s., ora in *Ricerche romanistiche*, Milano 1966, pp. 674 s.

⁽¹¹⁰⁾ G. LONGO, *La complicità* cit., p. 169 nt. 106.

⁽¹¹¹⁾ Anche ALBANESE, *La nozione del furto fino a Nerazio* cit., p. 49 nt. 17 taglia dal testo la frase *et nummos ... divisisti* e anche il finale *sed ... tenebitur*, a suo parere superfluo.

⁽¹¹²⁾ ALBANESE, *La nozione del furto fino a Nerazio* cit., p. 50 nt. 18a.

23 ⁽¹¹³⁾. Mela avrebbe qualificato come furto il solo atto di sostituire fraudolentemente un debitore insolubile con uno solvibile, mentre, in un'epoca successiva e a partire sicuramente dall'epoca di Gaio, questa condotta sarebbe stata sanzionata con l'*actio de dolo*. Sarebbe stato poi Ulpiano ad integrare il parere di un giurista antico con le nuove concezioni del suo tempo, in quanto la giurisprudenza in età severiana sarebbe arrivata ad elaborare una dottrina sulla complicità.

Tale interpretazione, se da alcuni è stata ben accolta ⁽¹¹⁴⁾, è stata giudicata poco persuasiva da MACCORMACK ⁽¹¹⁵⁾. L'autore scozzese infatti, credendo nella genuinità del testo ⁽¹¹⁶⁾, dubita che la divisione del danaro rendesse entrambe le parti responsabili per furto. Autore del furto sarebbe stato solo l'impostore Tizio nel momento in cui arrivava a contatto con il danaro « on the ground of *contrectatio* ⁽¹¹⁷⁾ ». La condotta di *Ego* non era invece da qualificarsi come quella di un ladro, bensì come quella di complice del ladro; che essa fosse da ritenersi tale, sarebbe dimostrato proprio dalla presenza nel testo delle parole *ope tua consilioque*. In sostanza la precisazione che fosse stata posta in essere la divisione del danaro non significa necessariamente che, secondo Ulpiano, tale divisione costituisse un requisito necessario della responsabilità per furto del complice, ma attesta semplicemente l'« existence of an intention to profit ⁽¹¹⁸⁾ » che, per la soluzione del caso, sarebbe stata giuridicamente

⁽¹¹³⁾ Così ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio* cit., pp. 50 s. nt. 18a. Per un'esegesi del § 22 cfr. *supra* § 18.

⁽¹¹⁴⁾ La condivide pienamente FLORIA HIDALGO, *La casuística* cit., p. 197, secondo la quale Ulpiano avrebbe modificato il testo originario di Mela, introducendovi l'istituto della complicità; della stessa opinione sembra essere anche FERRETTI, *Complicità* cit., p. 203, che propende per l'ipotesi che sarebbe stato Ulpiano a qualificare il caso come ipotesi di complicità.

⁽¹¹⁵⁾ G. MACCORMACK, *Ope consilio furtum factum*, in TR, 51, 1983, p. 290.

⁽¹¹⁶⁾ A favore della classicità testuale si vedano anche NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung* cit., p. 243, THOMAS, *Animus furandi* cit., p. 25 nt. 114, SCHERMAIER, *Vom Hochstaplern* cit., pp. 665 s. Sul passo cfr. anche SCHULZ, *Classical Roman Law* cit., p. 577, MITTELSTEN SCHEID, *Die Vorliebe* cit., p. 29 nt. 1, ZIMMERMAN, *The Law of Obligations* cit., p. 931 nt. 69 e J.L. BARTON, *Solutio and traditio*, in J.W. CAIRNS-O. ROBINSON *cur.*, *Critical Studies in Ancient Law and Legal History*, Oxford-Portland Oregon 2001, p. 23 nt. 20, FERRETTI, *Complicità* cit., p. 201.

⁽¹¹⁷⁾ MACCORMACK, *Ope consilio furtum factum* cit., p. 290.

⁽¹¹⁸⁾ MACCORMACK, *Ope consilio furtum* cit., p. 290 nt. 63.

irrilevante. In sostanza, Ulpiano avrebbe risolto il caso nello stesso modo anche nell'ipotesi in cui *Tu* non si fosse arricchito personalmente con la divisione del danaro ⁽¹¹⁹⁾. Ebbene, a favore dell'interpretazione di MacCormack sembra giocare la circostanza che nel passo la condotta tipica del furto sia stata posta in essere da Tizio e non da *Ego*, che entrò sì in contatto con il danaro, ma solo in un secondo momento. Pertanto sembra possibile interpretare il passo senza necessariamente ipotizzare la presenza di una duplice mano e immaginare un insegnamento risalente a Mela. L'espressione *ope tua consilioque* si spiegherebbe col fatto che, nel ragionamento di Ulpiano, Tizio era l'autore della condotta di furto e *Tu* il coautore.

Ora, si tratta a questo punto di capire, da un testo che descrive un caso alquanto originale, quale fosse il tipo di inganno posto in essere da chi percepiva il danaro. *Ego* pensava di avere a che fare con un certo Tizio, *vir honestus*, ma, in seguito all'inganno di *Tu*, si trovò a dare il danaro a credito ad un soggetto diverso da quello a cui credeva di consegnare il danaro. Sorprende peraltro la circostanza che subito all'inizio — la posizione iniziale pare metterne in risalto l'importanza — l'unica qualità di Tizio precisata nel testo sia l'onestà (*honesto viro*). Immediatamente dopo, tuttavia, l'*alius Titius* è definito come *egenus*, per cui viene contrapposta all'*honestas* la di lui povertà, coerentemente poi alla frase *quasi ille esset locuples*, che si riferisce anch'essa alla condizione economica. Sorge allora spontaneo l'interrogativo se la frode posta in essere dall'intermediario e dallo spiantato riguardasse l'onestà o se invece riguardasse la "dimensione del portafoglio" o ancora qualche altro profilo del mutuatario stesso.

È utile al riguardo il confronto del testo con il passo corrispondente dei Basilici:

B. 60.12.52.21: Ἐὰν μέλλοντός μου δανείζειν Πέτρῳ εὐπόρῳ οὐ ἕτερον Πέτρον ἄπορον ὑποβάλλης ὡς εὐπορον καὶ μερίση

⁽¹¹⁹⁾ Così precisa SCHERMAIER, *Von Hochstaplern* cit., p. 665, che, pur non citando l'opinione di MacCormack, sembra porsi su di un ordine di idee analogo nel non dare rilevanza al momento della divisione del danaro ai fini della risoluzione del caso.

μετ'αυτοῦ τὰ νομίματα, ἀμφοτέρω ἐνέχεσθε τῇ περὶ κλοπῆς ἀγωγῇ (120).

Il passo, più breve di quello contenuto nel Digesto, diverge da esso sotto alcuni profili, come per il fatto che, in luogo di *Titius*, viene menzionato Πέτρος, nonché per il riferimento ad un'obbligazione che vincolava in eguale misura Tizio ed *Ego*, senza contenere alcuna locuzione equivalente a *ope consilioque*. La fattispecie risulta semplificata anche sotto il profilo della descrizione del mutuatario. Infatti il testo bizantino contiene sì l'attributo εὖπορος e il suo contrario ἄπορος, aggettivi che fanno risalire alla presunta ricchezza e alla effettiva povertà del soggetto in questione, ma non contiene nessun riferimento al *vir honestus*. Da ciò sembra potersi arguire, almeno in un primo momento, che, anche nel testo latino, l'indigenza economica del mutuatario fosse più rilevante rispetto alla sua disonestà. L'acquirente non era *locuples* e quindi era inaffidabile dal punto di vista della solvibilità e della restituzione della somma (121).

Il testo dei Basilici può risultare utile anche in relazione alla comprensione della frase del testo latino *subiecisti ... alium Titium*, in cui l'uso dello stesso nome *Titius*, una volta da solo e una volta accanto ad *alius*, sembra lasciare intendere che *Tu* avesse posto in essere una vera e propria simulazione d'identità del soggetto. Nel testo bizantino si trova infatti un'espressione corrispondente ad *alium Titium* e cioè ἕτερον Πέτρον, che conferma come l'intermediario mendace avesse indicato al mutuante un soggetto diverso da quello che quest'ultimo pensava di incontrare. Si può quindi a ragione sostenere, come è stato proposto in letteratura (122), che Ulpiano descrivesse non già un caso di simulazione di una qualità del creditore apparente, ma un caso di simulazione della sua identità.

Ebbene, non solo l'assenza nel testo dei Basilici del riferi-

(120) SCHELTEMA-HOLWERDA-VAN DER WAL, *Basilicorum libri LX* cit., 8, p. 2838.

(121) *Locuples* può infatti anche intendersi come « zahlungsfähig »: cfr. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon* cit., p. 320.

(122) Interpreta così il testo ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 91; riconoscono nel passo una simulazione d'identità anche BETTI, *Esercitazioni* cit., p. 60, SCHERMAIER, *Von Hochstaplern* cit., p. 665 e J.D. HARKE, *Si error aliquis intervenit. Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht*, Berlin 2005, p. 123 nt. 156.

mento all'*honestas*, ma anche la presenza in esso di una forma corrispondente ad *alius Titius*, sembrano fornire la chiave interpretativa del passo ulpiano e fare propendere per l'ipotesi che la frode ivi descritta riguardasse non una qualità dell'accipiente — né la condizione economica né l'onestà —, bensì l'identità dell'accipiente stesso. È vero che il testo di Ulpiano prima menziona la presunta onestà del soggetto e poi in un secondo momento la povertà dello stesso, ma quanto sembra emergere da questa incongruenza, oltre che dal confronto con i Basilici, è che non rilevasse tanto quale fosse la qualità di Tizio presunta da *Ego* e se coincidesse o meno con quella promessa da *Tu*. Quello che importava era che il soggetto presentato per ricevere il credito fosse diverso da quello che il mutuante si aspettava, ovvero *alius Titius* fosse un soggetto diverso da *Titius*. Quindi non pare possibile pensare che *Tu* avesse solo nascosto la povertà di Tizio, senza mascherarne l'identità; egli avrebbe proprio ingannato *Ego*, facendogli credere che la persona presente fosse Tizio e cioè quella persona onesta che *Ego* stimava e della cui solvibilità si fidava.

24. (continua) *Il furto della somma data a mutuo.*

La fattispecie descritta in D. 47.2.52.21 sembra del tutto analoga a quella che Paolo riferisce nel commentario *Ad Plautium*:

D. 47.2.67.4 (Paul. 7 *ad Plaut.*): *Si tu Titium mihi commendaveris quasi idoneum, cui crederem, et ego in Titium inquisii, deinde tu alium adducas quasi Titium, furtum facies, quia Titium esse hunc credo, scilicet si et ille qui adducitur scit: quod si nesciat, non [facies] <faciet> furtum, nec hic qui adduxit opem tulisse potest videri, cum furtum factum non sit: sed dabitur actio in factum in eum qui adduxit* ⁽¹²³⁾.

Un soggetto chiese dettagliate informazioni a *Tu* sulla solvibilità e la reputazione commerciale di Tizio e, ricevute notizie rassicuranti, si decise di concedere credito a Tizio. Anche qui *Tu* compare pertanto nella qualità di intermediario ciarlatano nel

⁽¹²³⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 1, § 1141, c. 1159.

persuadere *Ego* a fare credito a Tizio. Tizio si presenta, invece, come colui che si sostituisce al mutuatario per ricevere al suo posto il danaro. Tuttavia, a differenza del passo ulpiano, non viene menzionata qui né la presunta *honestas* né la presunta ricchezza di Tizio. Paolo specifica soltanto che Tizio veniva prospettato *quasi idoneum*, riferendosi quindi specificamente alla sua idoneità a ricevere il danaro a credito e quindi alla sua solvibilità. Si profila quindi anche qui uno scambio fraudolento di persona, per cui, in luogo di *Titium ... idoneum*, viene presentato *alium ... quasi Titium*. Anzi, qui la circostanza che vi sia stata una simulazione d'identità è ben messa in evidenza dalla frase *quia Titium esse hunc credo* ⁽¹²⁴⁾, che è collocata a mo' di motivazione della decisione. Non è peraltro necessario credere che l'errore del mutuante sia stato indotto da un vero e proprio scambio di persona in presenza di un'omonimia, che cioè il primo Tizio e l'altro Tizio avessero tra loro in comune il nome ⁽¹²⁵⁾.

Esattamente come Ulpiano, anche Paolo individua qui quale soluzione del caso la responsabilità per furto. Invero se la fattispecie è descritta da Paolo con meno particolari rispetto a come la descrive Ulpiano, il responso riportato è più articolato rispetto a quello ulpiano e delinea confini precisi alla responsabilità per furto. Innanzitutto Paolo qualifica come furto la condotta di *Tu* e quindi dell'intermediario, ma in realtà prospetta una duplice possibilità a seconda se Tizio, l'accipiente del danaro a mutuo, fosse a conoscenza dell'inganno oppure ne fosse completamente all'oscuro.

⁽¹²⁴⁾ Sospetta della genuinità di questa frase ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio*, cit., p. 48, giudicandola, nel tentativo di estrapolare un nucleo classico in un passo a suo parere ampiamente rimaneggiato, un'aggiunta posteriore al testo originale; in tale senso già BETTI, *Esercitazioni* cit., p. 60. Nel senso che nel passo sia identificabile una simulazione d'identità, cfr. BUCKLAND, *Digest XLVII.2* cit., p. 128, SCHULZ, *Classical Roman Law* cit., p. 577 e ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio*, cit., p. 47 e IDEM, *La nozione di furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 91, SCHERMAIER, *Vom Hochstaplern* cit., p. 665, HARKE, *Si error aliquis intervenit* cit., p. 123 nt. 156.

⁽¹²⁵⁾ Così BETTI, *Esercitazioni* cit. p. 60 e ZIMMERMAN, *The Law of Obligations* cit., p. 931 nt. 69; prende esplicitamente posizione nel senso che nel passo non sia necessario ipotizzare un caso di omonimia, ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio*, cit., p. 47.

È questa seconda parte del testo a porre parecchie difficoltà interpretative, soprattutto per il cambio repentino di persona del verbo. Infatti, prima si ritrova una seconda persona singolare riferita all'intermediario disonesto, e poi lo stesso soggetto viene indicato per due volte in terza persona e denominato come *qui adduxit*. Gravi sospetti sono stati avanzati sulla genuinità del passo e in particolare sulle frasi *quia ... scilicet, nec ... furtum factum non sit, in eum qui adduxit* ⁽¹²⁶⁾ o addirittura su tutta la proposizione finale da *scilicet ad adduxit* ⁽¹²⁷⁾. Tuttavia, nonostante alcuni dissensi espressi dalla critica ⁽¹²⁸⁾, se con MOMMSEN si ipotizza che *facies* sia da sostituire con *faciet* ⁽¹²⁹⁾, il passo nel suo dettato, a prescindere da ipotesi di rimaneggia-

⁽¹²⁶⁾ In tale senso P. DE FRANCISCI, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, 2, Pavia 1916, pp. 121 s., BETTI, *Esercitazioni*, cit., p. 60; in termini simili ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio*, cit., p. 50 dubita della frase *nec hic ... adduxit* alla luce della scorrettezza del *potest videri*, dell'*hic qui adduxit* e dell'*eum qui adduxit*, che striderebbero gravemente con il *Tu* iniziale e sospetta altresì della frase *nec hic ... non sit*, che sarebbe solo una lungaggine al posto del conciso *non facies furtum* precedente; concorda coi sospetti interpolazionistici di Albanese THOMAS, *Animus furandi* cit., p. 25 nt. 114.

⁽¹²⁷⁾ Così HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 34 e G. LONGO, *La complicità* cit., p. 676; si esprimono genericamente nel senso di un testo « überarbeitet » NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung* cit. p. 243, JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. 103 nt. 4, affermando: « The latter part of the text is corrupt » e W. FLUME, *Irrtum und Rechtsgeschäft im römischen Recht*, in Festschrift F. Schulz, Weimar 1951, p. 244 nt. 2, che, giudicandolo interpolato, precisa come il testo poi non specifichi se il mutuo fosse stato o meno concluso. Si limitano a menzionare il passo senza dubitare della classicità testuale FERRINI, *Manuale di Pandette* cit., p. 308 nt. 5, FITTING, *Sciens indebitum accipiens* cit., p. 12 (specificando solo che è uno dei casi in cui l'errore viziava la *traditio*), KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 1, p. 614 nt. 3 e IDEM, *Grenzfragen* cit., p. 232 nt. 70, MITTELSTEN SCHEID, *Die Vorliebe* cit., p. 33 nt. 2, MILELLA, *Il consenso* cit., p. 391 nt. 1, K.P. MÜLLER-EISELT, *Divus Pius constituit. Kaiserliches Erbrecht*, Berlin 1982, p. 211 nt. 246, MACCORMACK, *Ope consilio furtum factum* cit., p. 273, LA ROSA, *La repressione* cit., p. 97 nt. 134, ZIMMERMAN, *The Law of Obligations* cit., p. 931 nt. 69, FERRETTI, *Complicità* cit., p. 203 nt. 116.

⁽¹²⁸⁾ Rigetta l'emendamento di Mommsen ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio*, cit., pp. 49 s., sostenendo che non vada eliminata la simmetria tra il *non facies furtum* e il perfettamente parallelo *furtum facies* di poco precedente; in tale senso cfr. anche FLORIA HIDALGO, *La casuística* cit., 197 nt. 15.

⁽¹²⁹⁾ A favore dell'emendamento proposto da Mommsen si esprime la maggior parte della letteratura che si è occupata del testo: cfr. DE FRANCISCI, *Synallagma* cit., p. 121, BUCKLAND, *Digest XLVII.2* cit., p. 128, JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. 103 nt. 4, G. LONGO, *La complicità* cit., p. 674; non prende posizione, sembrando rifiutare l'emendamento, FERRETTI, *Complicità* cit., p. 203 nt. 116.

mento compilatorio, acquista un suo significato ineccepibile. Infatti, con la sostituzione di *faciet* a *facies*, la negazione della responsabilità per furto risulta riferita non già all'intermediario, ma a Tizio. Quindi prima Paolo afferma la responsabilità dell'intermediario ciarlatano (*furtum facies*), poi esclude quella di Tizio, l'accipiente, in caso di ignoranza del raggiro (*si nesciat, non facies furtum*)⁽¹³⁰⁾, nella cui ipotesi era contemporaneamente da escludersi anche quella dell'intermediario stesso (*nec hic qui adduxit opem tulisse potest videri, cum furtum factum non sit*).

Nondimeno, anche credendo alla genuinità del testo, nonché alla correzione di *facies* in *faciet*, non si risolve la questione del cambio di soggetto delle forme verbali. Al riguardo ha avanzato un'interessante ipotesi interpretativa ALBANESE, che ha individuato nella testimonianza paolina un nucleo testuale da attribuirsi a Plauzio e uno a Paolo⁽¹³¹⁾. Di Plauzio sarebbe la parte iniziale da *Si tu* a *furtum facies*, mentre di Paolo sarebbe la decisione del caso da *scilicet* a *non facies furtum*. Ora, se si accoglie solo questa parte della proposta interpretativa di Albanese del testo, senza accettare cioè l'idea che il testo paolino sia stato corrotto dai giustiniani, si può credere che Paolo abbia commentato Plauzio e, nel farlo, abbia voluto aggiungere qualcosa di suo al pensiero del suo predecessore, completando la fattispecie con il riferimento alla responsabilità dell'intermediario e menzionando quest'ultimo non più con la seconda persona singolare, ma con la perifrasi: *hic qui adduxit opem tulisse potest videri*.

Ora, la fattispecie tramandata in D. 47.2.52.21 è troppo simile a quella di D. 47.2.67.4 per potere non essere considerata la stessa⁽¹³²⁾. In entrambe le testimonianze *Tu* è l'intermediario mendace, *Ego* il mutuante e Tizio l'accipiente in malafede.

⁽¹³⁰⁾ BETTI, *Esercitazioni* cit., 1, p. 60 esemplifica questa ipotesi con il caso in cui Tizio non era consapevole del raggiro e che avesse solo interessato l'intermediario con la promessa di una forte provvigione per la sua attività.

⁽¹³¹⁾ ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio*, cit., pp. 46 ss.

⁽¹³²⁾ In tale senso cfr. anche BETTI, *Esercitazioni* cit., p. 60, ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio* cit., p. 50, FLORIA HIDALGO, *La casuística* cit., pp. 196 s. Non ammettono invece esplicitamente l'identità di fattispecie G. LONGO, *La complicità* cit., p. 673 (parlando di casi caratteristicamente conformi) e THOMAS, *Animus furandi* cit., p. 25 nt. 114 (che giudica il § 52.21 un « similar case » rispetto al § 67.4).

Gli indizi sono tutti nel senso che « Paolo y Ulpiano han utilizado la misma fuente ⁽¹³³⁾ ». Si può in effetti congetturare che in origine il caso sia stato prospettato al giurista Plautio, che avrebbe subito riconosciuto la sussistenza del furto e l'esperibilità dell'azione sia contro l'accipiente sia contro colui che aveva orchestrato l'inganno. Ulpiano avrebbe ripreso questo caso nel suo commentario all'Editto e Paolo, nei *libri ad Plautium*, avrebbe aggiunto, da parte sua, l'ipotesi della mancata consapevolezza dell'accipiente ⁽¹³⁴⁾. È evidente però che la descrizione del caso è nei due passi formulata in modo leggermente diverso, ma soprattutto la relativa soluzione si presenta in termini diversi. Infatti, in entrambi è sancita la responsabilità per furto di Tizio e di *Tu*, ma nel passo ulpiano *Tu* corrisponde non all'autore del furto, bensì ad un complice. Tuttavia, per analogia tra i due casi, sembra potersi desumere che, pur mancando ogni riferimento alla complicità nel passo paolino, nell'ipotesi in cui l'accipiente fosse a conoscenza dell'inganno posto in essere, l'intermediario rispondeva per furto *ope consilio* ⁽¹³⁵⁾. Se l'accipiente ignorava però l'inganno, il delitto non poteva considerarsi commesso; tuttavia, visto che l'inganno era stato posto in essere da *Tu*, era *Tu* stesso a doverne rispondere, ma l'azione esperibile contro di lui era un'*actio in factum*.

⁽¹³³⁾ Così FLORIA HIDALGO, *La casuística* cit., p. 196.

⁽¹³⁴⁾ A proposito dell'ampiezza (18 volumi) del commento paolino all'opera di Plautio si veda già *supra* capitolo II nt. 135. Sulla stimolante ipotesi che Plautio sia autore di un'opera che in realtà costituiva un contenitore di opinioni di giuristi, approntato proprio nel momento in cui le *dissensiones* tra le due *sectae* augustee richiedevano un censimento dei *responsa*, che spiegherebbe come mai Plautio si astenesse da commenti suoi propri, si veda D. MANTOVANI, *Contardo Ferrini e le opere dei giuristi*, in D. MANTOVANI cur., *Contardo Ferrini nel I centenario della morte. Fede, vita universitaria e studio dei diritti antichi alla fine del XIX secolo*, Bologna 2003, p. 157 ss. e nt. 106.

⁽¹³⁵⁾ Sulla formula dell'*actio furti* diretta contro il complice e, in particolare, sulla controversa ipotesi che la stessa *actio furti nec manifesti*, descritta da Gai. 4.37, fosse in realtà diretta contro il complice del furto e non invece contro l'autore materiale e sulla *querelle* se esistessero nell'editto pretorio due formule autonome, una contro il complice e una contro l'autore materiale e ancora se esse fossero *in factum* o in *ius conceptae*, si vedano, da ultimo, LA ROSA, *La repressione* cit., pp. 89 ss., HACKL, *Gaius 4,37 und die Formeln der actio furti* cit., pp. 134 ss. e, per un'efficace sintesi delle varie posizioni assunte dalla letteratura più recente sulla struttura formulare dell'*actio furti nec manifesti*, cfr. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova 1999, pp. 62 s. nt. 204.

Rimane a questo punto da capire di che azione si trattasse, domandandosi in che modo Paolo, nella seconda ipotesi descritta alla fine del passo, ritenesse possibile ricorrere contro il “cattivo consigliere”. Invero, come sarà possibile desumere dal confronto del passo con altre due testimonianze desunte dal titolo *De dolo malo* del Digesto, D. 4.3.7.10 (Ulp. 11 *ad ed.*) e D. 4.3.8 (Gai. 4 *ad ed. prov.*)⁽¹³⁶⁾, non sembra che quest’azione possa essere diversa dall’azione pretoria per il dolo⁽¹³⁷⁾. Essa risulta qui esperibile per sanzionare la condotta dell’intermediario mendace nel caso di insussistenza del furto e quindi di assenza di responsabilità dell’accipiente. Infatti, l’accipiente non era responsabile per furto in ragione della sua buona fede e da ciò sembra potersi derivare che non potesse essere convenuto per furto *ope consilio* neanche chi aveva orchestrato l’inganno perché il furto venisse commesso. Ciononostante quest’ultimo aveva posto in essere l’inganno ai danni di *Ego* e l’*actio de dolo* poteva ben essere la via per punire la suddetta condotta.

Si potrebbe, a questo punto, intuire un parallelismo tra il caso del mutuatario nelle due diverse soluzioni di D. 47.2.52.21 e D. 47.2.67.3 a seconda della consapevolezza del mutuatario che riceveva danaro a credito grazie all’intermediazione di un terzo e il caso del comodatario nelle due diverse soluzioni di D. 47.2.52.22 (Ulp. 37 *ad ed.*) e D. 4.3.18.3 (Paul. 11 *ad ed.*)⁽¹³⁸⁾ a seconda della consapevolezza del comodatario dell’alterazione dei pesi utilizzati nella compravendita. Come per accertare la corresponsabilità per furto del comodante, era necessario che rispondesse per furto il comodatario, così il “cattivo consigliere” era coautore del furto se a tale titolo era convenibile il mutuatario. In entrambi i casi, in assenza di furto, ora il comodante, ora il “cattivo consigliere” erano autonomamente punibili per l’inganno perpetrato ed erano perseguibili tramite l’*actio de dolo*.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. *infra* § successivo.

⁽¹³⁷⁾ Nel senso che si tratti di un caso di applicazione dell’*actio de dolo* si veda già DE FRANCISCI, *Synallagma* cit., 2, p. 122.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. *supra* § 18.

25. (continua) *La responsabilità dell'intermediario disonesto.*

La fattispecie descritta da Plauzio, Paolo e Ulpiano, in D. 47.2.52.21 e in D. 47.2.67.4, sembra ritornare in due testi, collocati dai compilatori nel titolo 4.3 *De dolo malo*, che paiono corroborare l'ipotesi che l'*actio in factum* menzionata in D. 47.2.67.4 sia un'*actio de dolo*. Nel primo dei due Ulpiano cita un insegnamento di Pomponio:

D. 4.3.7.10 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Pomponius refert Caecidianum praetorem non dedisse de dolo actionem adversus eum, qui adfirmaverat idoneum esse eum, cui mutua pecunia dabatur, quod verum est: nam nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari* ⁽¹³⁹⁾.

Il passo riporta la decisione di un certo Cecidiano, un pretore menzionato in quest'unica fonte e di cui non si ha nessuna notizia ⁽¹⁴⁰⁾. Un mutuante si rivolse al magistrato per ottenere tutela contro colui che lo aveva fraudolentemente convinto della solvibilità di un terzo, al fine di persuaderlo a concedere allo stesso del danaro a mutuo. Al mutuante Cecidiano rispose risolutamente che non intendeva concedergli l'*actio de dolo* ⁽¹⁴¹⁾.

Si è invero discusso sulla classicità della testimonianza, che

⁽¹³⁹⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 385, c. 467.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr., in particolare, E. GROAG, *v. Caecidianus*, in PW, 3.1, Stuttgart 1958, c. 1172 che, a proposito di *Caecidianus*, si limita ad affermare: «*Praetor, von Pomponius erwähnt*».

⁽¹⁴¹⁾ Sulla *denegatio actionis* descritta in questo brano da Pomponio si veda, specificamente, A. METRO, *La "denegatio actionis"*, Milano 1972, p. 152 e nt. 185; sul passo, a proposito della motivazione *nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari*, cfr. J. LIFFE, *The Usufructuary as Plaintiff under the lex Aquilia According to the Classical Jurists*, in RIDA, 12, 1965, p. 337 nt. 4 e, con particolare riferimento alla presenza in esso della locuzione *quod verum est*, si veda GIARO, *Dogmatische Wahrheit* cit., p. 14 nt. 40 nonché, con puntualizzazione dei ristretti limiti applicativi dell'azione nel caso di specie, MACCORMACK, *Dolus in Decisions of the Mid-classical Jurists* cit., p. 90; menzionano il passo anche NAF-HOFMANN, *Zur objektiven Ausweitung der actio de dolo* cit., p. 25, M. MARRONE, *Contributi in tema di legittimazione passiva alla "rei vindicatio"*, in Studi G. Scherillo, Milano 1972, p. 351 nt. 36 e BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* cit., 2, p. 479 nt. 181; cfr. anche D. NÖRR, *Ethik und Recht im Widerstreit? Bemerkungen zu Paul. (29 ad ed.) D. 13,6,17,3*, in *Ars boni et aequi. Festschrift W. Waldstein*, Stuttgart 1993, p. 281 nt. 97.

è stata giudicata « notevolmente alterata ⁽¹⁴²⁾ ». In particolare, sarebbe la frase finale la parte del passo certamente di fattura compilatoria ⁽¹⁴³⁾, così come sarebbe giustiniano il *quod verum est*, che non avrebbe senso dopo la citazione di Pomponio, là dove la ragione sostanziale dell'interpolazione sarebbe la volontà compilatoria di restringere l'applicazione dell'*actio de dolo* ⁽¹⁴⁴⁾. Inoltre, alla luce dell'assenza di ogni riferimento all'azione per il furto, si è addirittura ipotizzato che, nel testo originario, alla citazione pomponiana relativa all'ignoto pretore, che non aveva concesso l'*actio de dolo*, si sarebbe aggiunta un'opinione di Labeone. Tale giurista, che risulta citato in alcuni dei precedenti §§ del frammento 7 (il § 7.3, 7.6 e 7.7), sarebbe stato menzionato anche nel § 10, ma tale riferimento sarebbe poi stato tagliato dai giustinianeî ⁽¹⁴⁵⁾. In sostanza, Labeone avrebbe qui affermato di essere favorevole all'applicazione dell'*actio de dolo*, « fondandosi sul dubbio della concedibilità dell'*actio furti*, ormai mal compatibile con una più evoluta nozione di *furtum* ⁽¹⁴⁶⁾ ».

Ora, non sembra che il testo offra sufficienti indizi che dimostrino la presenza in esso di un insegnamento del caposcuola augusteo ⁽¹⁴⁷⁾, né che, più in generale, consentano di riconoscervi un rimaneggiamento giustiniano. Si tratta a questo punto di capire il senso della decisione di Cecidiano, nonché della motivazione introdotta dal *nam*. Si è sostenuto che la ragione della *denegatio actionis* sia da individuarsi nell'assenza di una *iusta causa* dell'azione di dolo. Cecidiano non avrebbe in sostanza concesso l'azione al mutuante, perché l'inganno si sarebbe concretato solo nella semplice dichiarazione che la persona era solvibile, là dove il mutuante non avrebbe dovuto fare affidamento su di una informazione che era inattendi-

⁽¹⁴²⁾ ALBANESE, *La sussidiarietà* cit., p. 243.

⁽¹⁴³⁾ DE FRANCISCI, *Synallagma* cit., 2, p. 122, G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo* cit., p. 187, TH. MAYER MALLY, *Collusio im Zivilprozess*, in ZSS, 71, 1954, p. 251 nt. 27, ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 125 e IDEM, *La sussidiarietà* cit., p. 244, WACKE, *Circumscribere* cit., p. 197 nt. 54.

⁽¹⁴⁴⁾ COSÌ ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., *ibidem*.

⁽¹⁴⁵⁾ ALBANESE, *La sussidiarietà* cit., pp. 243 s.

⁽¹⁴⁶⁾ ALBANESE, *La sussidiarietà* cit., *ibidem*.

⁽¹⁴⁷⁾ Per una critica di tale ipotesi cfr. TER BEEK, *Dolus* cit., 2, pp. 694 s.: « Deze suggestie is ingenieus maar niet zeer waarshijnlijk ».

bile ⁽¹⁴⁸⁾. In effetti ancora prima di procedere al confronto del passo stesso con D. 47.2.52.21 e D. 47.2.67.4, nonché con D. 4.3.8 (Gai. 4 *ad ed. prov.*) ⁽¹⁴⁹⁾, è probabile che la condotta tenuta dal “cattivo consigliere” non presentasse i presupposti richiesti dall’editto per la concessione di tale azione ⁽¹⁵⁰⁾.

Si torni ora alla descrizione, contenuta nel passo, di chi sia il mancato legittimato passivo dell’azione di dolo, ovvero sia *qui adfirmaverat idoneum esse eum, cui mutua pecunia dabatur*. Autore della condotta sanzionata non è colui che ricevette il danaro a mutuo, bensì colui che aveva indotto altri a concedere la somma a prestito. Quindi la fattispecie, seppure brevemente delineata, sembra corrispondere a quella descritta negli altri due passi, inseriti dai compilatori nel titolo *De furtis*. In particolare, evidente è l’analogia terminologica tra la descrizione di tale condotta e quella delineata in D. 47.2.67.4 (Paul. 7 *ad Plaut.*), la quale esordisce con le parole: *Si tu Titium mihi commendaveris quasi idoneum, cui crederem*. Infatti in entrambe le testimonianze compare il medesimo aggettivo *idoneus*, nonché forme verbali dal significato molto simile: al verbo *commendare* usato in uno dei passi corrisponde, nell’altro, *adfirmare*, mentre a *mutuam pecuniam dare* corrisponde *credere*.

Alla luce dell’analogia tra i due passi, dalla menzione dell’*actio de dolo* in D. 4.3.7.10, pur in un’ipotesi di *denegatio actionis*, si può arguire che, anche in D. 47.2.67.4, l’*actio in factum* applicabile all’ipotesi di responsabilità dell’intermediario, in caso di mancata responsabilità per furto del mutuatario, fosse l’*actio de dolo*. Si può anche cercare di proseguire nel confronto tra i testi, leggendosi D. 4.3.7.10 alla luce di D. 47.2.67.4, nonché di D. 47.2.52.21. Si è ora visto che l’azione applicabile in luogo della denegata *actio de dolo* è stata ritenuta essere l’*actio furti* ⁽¹⁵¹⁾. In effetti è vero che la condotta dell’intermediario mendace in D. 47.2.52.21 è incontrovertibilmente

⁽¹⁴⁸⁾ Così G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo* cit., pp. 164 e 187, WACKE, *Sul concetto di “dolus”* cit., p. 39 e IDEM, *Circumscribere* cit., p. 196 nt. 54.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. *infra* questo §.

⁽¹⁵⁰⁾ Su tale interpretazione cfr. *infra* questo §.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr., in tale senso, ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio* cit., p. 51 nt. 18, IDEM, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., pp. 123 ss. e ancora IDEM, *La sussidiarietà* cit., p. 243 e p. 274.

sanzionata con un'*actio furti*, per cui le parole di Ulpiano sono: *sed et Titius furti tenebitur* ⁽¹⁵²⁾. Così anche in D. 47.2.67.4 il mutuatario e l'intermediario erano tenuti per furto, tranne che nella specifica ipotesi di mancata responsabilità per furto del mutuatario, in cui non risultava responsabile allo stesso titolo neanche l'intermediario, che avrebbe invece potuto essere convenuto appunto tramite l'*actio in factum*. Ma, a mio parere, dal dettato di D. 4.3.7.10 non vi sono elementi per arguire che l'intermediario mendace, una volta che fosse denegata al mutuante l'*actio de dolo*, rispondesse per furto. Se si ammette che il mutuatario non fosse a conoscenza dell'inganno architettato dall'intermediario, si può infatti supporre che l'intermediario stesso, che non avesse posto in essere una furberia degna di questo nome, sarebbe rimasto impunito e che al mutuante non rimanesse che agire contrattualmente contro il mutuatario.

Si confronti ora la fattispecie riportata da Pomponio-Ulpiano con un altro caso di un mutuatario prospettato slealmente come solvibile, descritto in un passo tratto dal commentario di Gaio all'editto provinciale:

D. 4.3.8 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): *Quod si cum scires eum* ⁽¹⁵³⁾ *facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo iudicium dandum est.*

La condotta appare descritta in termini del tutto analoghi a quella delineata in D. 4.3.7.10. Gaio prospetta infatti il caso di un consigliere mendace (*Tu*) che raccomandò a *Ego* un terzo come persona affidabile, a cui era possibile concedere un mutuo senza correre eccessivi rischi di non riavere quanto dato. Addirittura compare qui la stessa espressione di D. 4.3.7.10: *adfirmare idoneum esse*.

Invero, nel passo in esame, vi è qualche specificazione in più rispetto a quello pomponiano. Innanzitutto, mentre nel passo di Pomponio si fa riferimento solo alla menzogna nel momento in cui veniva posta in essere, nel passo gaiano viene aggiunta la

⁽¹⁵²⁾ Cfr. *supra* § 23.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. LENEL, *Paligenesia* cit., 1, § 99, c. 195, che dopo *eum* inserisce l'esplorazione *qui mutuum pecuniam rogavit*.

puntualizzazione che *Tu* era a conoscenza dell'indigenza del terzo (*scires eum facultatibus labi*), descrivendosi quindi non solo la menzogna, ma anche quanto stava dietro alla stessa. Proprio in tale specificazione è stata persuasivamente individuata la ragione della diversa decisione di Gaio rispetto a quella presa dal pretore Cecidiano in D. 4.3.7.10, in quanto nel *si scires eum facultatibus labi* sarebbe da individuare la *iusta causa* indicata nella clausola edittale⁽¹⁵⁴⁾. Questa *iusta causa* avrebbe indotto Gaio, secondo « una logica giuridica evidente, chiara, persuasiva⁽¹⁵⁵⁾ », ad accordare l'azione, che non sarebbe invece stata accordata da Cecidiano sulla base della semplice dichiarazione che la persona era solvibile⁽¹⁵⁶⁾.

In D. 4.3.8, mentre nulla si dice sul mutuatario e sulla sua conoscenza dell'inganno, si trova poi la precisazione sullo stato psicologico dell'imbroglione, che ricorre addirittura in due punti diversi del passo. Proprio per la vicinanza tra le due qualificazioni del cattivo consigliere, *lucris gratia* e *decipiendi gratia*, che sarebbero espressioni troppo simili e troppo vicine, si è sostenuto che la prima delle due sia ridondante e costituisca un glossema esemplificativo, che sarebbe stato introdotto da un annotatore interessato a configurarsi un esempio dell'inganno di cui si parlava nel testo⁽¹⁵⁷⁾. Tuttavia entrambe le locuzioni potrebbero essere classiche, se si crede che ognuna di esse abbia una sua autonoma funzione. Nel delineare la *quaestio*, Gaio evidenzia innanzitutto che l'impostore affermava l'idoneità del terzo come persona solvibile *lucris gratia*, mentre poi, nel responso, prima di delineare la soluzione, puntualizza che l'elogio del terzo era stato posto in essere dall'impostore *decipiendi*

⁽¹⁵⁴⁾ Sulla parte della clausola dell'Editto "*et iusta causa esse videbitur*", nonché sull'intera clausola ricostruita come *Verba autem edicti talia sunt: quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, intra annum, cum primum experiundi potestas fuerit, iudicium dabo*, si rinvia a LENEL, *Das Edictum* cit., § 40, p. 114.

⁽¹⁵⁵⁾ G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo* cit., p. 187.

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo* cit., pp. 164 e 187.

⁽¹⁵⁷⁾ Prospetta tale ipotesi ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 157; G. VON BESELER, *Beiträge* cit., 3, p. 62 espunge invece senza alcuna motivazione il *cum laudasti*, rifacendosi alla da lui sostenuta non classicità del *cum* causale in presenza dell'indicativo.

gratia. Del resto sulla classicità sostanziale del passo la letteratura è unanime ⁽¹⁵⁸⁾.

Alla luce della sua genuinità, la testimonianza è stata vista quale un argomento decisivo nella discussione sulla sussidiarietà dell'*actio de dolo* ⁽¹⁵⁹⁾ e in particolare contro la tesi che ritiene non classica l'interpretazione restrittiva della clausola *si alia actio non erit* ⁽¹⁶⁰⁾. Infatti la dottrina più risalente aveva

⁽¹⁵⁸⁾ In tale senso cfr. G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo cit.*, p. 187, ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio cit.*, p. 51 nt. 18a, IDEM, *La sussidiarietà cit.*, p. 211 e IDEM, *Ancora sulla sussidiarietà cit.*, p. 53. Nota che in ogni caso i sospetti sul passo non coinvolgono la *denegatio* dell'azione di dolo da parte del pretore Cecidiano, METRO, *La denegatio cit.*, p. 152 nt. 152; menziona il passo tra quelli in cui è presente la locuzione *iudicium dandum est*, MARRONE, *Contributi in tema di legittimazione cit.*, p. 351 nt. 37; lo cita tra le testimonianze in cui è fatto un impiego generico della nozione di *falsum* in rapporto al dolo, BRUTTI, *La problematica del dolo processuale cit.*, 2, p. 390 nt. 100; cfr. anche N. TANAKA, *Zur vertraglosen Haftung des Ratgebers*, in D. NÖRR-S. NISHIMURA *cur.*, *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin-Heidelberg-New York 1993, p. 194 nt. 6 e MACCORMACK, *Dolus in Decisions of the Mid-classical Jurists cit.*, p. 92.

⁽¹⁵⁹⁾ Particolarmente feconda di riflessioni in letteratura è sempre stata la giustificazione della sussidiarietà dell'*actio de dolo*, per lungo tempo ascritta alla gravità dell'azione, derivante dalla sua natura infamante: cfr. B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrarie e l'arbitrium iudicis*, 1, Palermo 1913, p. 103, G. LONGO, *Contributo alla dottrina del dolo cit.*, pp. 145 ss.; il problema della sussidiarietà dell'*actio de dolo* è stato poi prospettato in rapporto alla *causae cognitio* e alle azioni *in factum* decretali: si vedano per esempio NAF-HOFMANN, *Zur objektiven Ausweitung der actio de dolo cit.*, p. 10 e WATSON, *Actio de dolo cit.*, p. 392; è senz'altro da ascrivere ad ALBANESE (in *La sussidiarietà dell'actio de dolo cit.*, pp. 173 ss. e, nella replica a Guarino, *Ancora in tema di sussidiarietà dell'actio de dolo*, in *Labeo*, 9, 1963, pp. 42 ss.) il grande merito di avere sviscerato il problema e di avere messo in evidenza la insormontabile obiezione a questa spiegazione consistente nell'esistenza di altre azioni infamanti che non presentano affatto il fenomeno della sussidiarietà e, a volte, comportano addirittura una pena più grave con la previsione di una condanna ad un multiplo. L'autore ha quindi poi dimostrato persuasivamente come il carattere sussidiario dell'azione, mediante cui il dolo si persegue, dipenda piuttosto dalla genericità e dalla indeterminatezza di una fattispecie genericamente individuata come un atteggiamento malizioso; l'azione di dolo sarebbe sorta fin dall'inizio in stretta connessione implicita con le azioni preesistenti, essendo un mezzo generalissimo volto a garantire tutela a chi risultasse vittima di un altrui comportamento riprovevole; sul punto cfr. anche BRUTTI, *La problematica del dolo processuale cit.*, 1, p. 148 e nt. 37 e, da ultimo, TER BEEK, *Dolus cit.*, 2, p. 667 e nt. 8.

⁽¹⁶⁰⁾ In tale senso ALBANESE, *La sussidiarietà cit.*, p. 183, confutando, tramite un'approfondita esegesi di diversi passi tra cui quello di Gaio, una particolare interpretazione della sussidiarietà dell'azione di dolo prospettata da parte della letteratura e risalente al saggio di F. PRINGSHEIM, *Subsidiarität und Insolvenz*, in *ZSS*, 41, 1920, pp.

ritenuto che non potesse essere classica un'applicazione dell'azione di dolo, tale per cui essa fosse esercitabile anche quando sussistesse un'*alia actio* contro un terzo, se quest'ultima, a causa dell'insolvenza del terzo, non conduceva ad alcun risultato efficace per la vittima del dolo. Secondo tale letteratura, i classici avrebbero in realtà escluso l'azione di dolo se fosse stata esperibile l'azione contrattuale, e ciò a prescindere dalla solvibilità o meno del soggetto convenibile. Nondimeno, secondo la dottrina più recente, D. 4.3.8 confuta tale interpretazione delle fonti, attestando come l'insolvenza del terzo mutuatario consentisse tranquillamente — nel pieno dell'età classica — l'esperibilità da parte del mutuante dell'azione di dolo contro l'autore del dolo stesso. Il passo gaiano conferma, in sostanza, la classicità dell'applicazione restrittiva della clausola *si alia actio non erit*.

Ora, senza potersi qui operare, sulla sussidiarietà dell'*actio de dolo*, approfondimenti che esulano forzatamente dalla presente indagine, quanto importa capire è come siano giustificabili, da un lato, l'analogia tra i casi descritti da Ulpiano in D. 47.2.52.21, da Paolo in D. 47.2.67.4, da Pomponio in D. 4.3.7.10 e da Gaio in D. 4.3.8 e, dall'altro, l'antitesi delle soluzioni date dai quattro giuristi, che ora prevedono l'applicazione dell'*actio furti*, ora dell'*actio de dolo*, ora negano l'esperibilità dell'*actio de dolo*.

Si tratta a questo punto di capire la ragione delle differenti soluzioni, nonostante le forti corrispondenze testuali, prospettate nei quattro passi esaminati e, in particolare, se esse — come sostiene Albanese — siano spiegabili alla luce dello *ius controversum* e della storia evolutiva della nozione di furto, per cui l'*actio de dolo* subentrò via via nella sanzione di fattispecie prima rientranti nell'ambito applicativo dell'*actio furti* ⁽¹⁶¹⁾. Al fine di un più agile confronto fra le quattro testimonianze, le si riportano in parallelo:

252 ss., che tende ad una lettura estensiva della clausola edittale *si alia actio non erit*; sul punto cfr. anche GUARINO, *La sussidiarietà* cit., p. 276; sulla clausola edittale ricostruita cfr. LENEL, *Das Edictum* cit., § 40, p. 114.

⁽¹⁶¹⁾ Cfr., in relazione a questi testi in particolare, ALBANESE, *La sussidiarietà* cit., pp. 243 ss.

D. 47.2.52.21 (Ulp. 37 *ad ed.*): D. 47.2.67.4 (Paul. 7 *ad Plaut.*):
Cum Titio honesto viro pecuniam credere vellem, subiecisti mihi alium Titium egenum, quasi ille esset locuples, et nummos acceptos cum eo divisisti: furti tenearis, quasi opem tua consilioque furtum factum sit: sed et Titius furti tenebitur. *Si tu Titium mihi commendaveris quasi idoneum, cui credideris, et ego in Titium inquisii, deinde tu alium adducas quasi Titium, furtum facies, quia Titium esse hunc credo, scilicet si et ille qui adducitur scit: quod si nesciat, non faciet furtum, nec hic qui adduxit opem tulisse potest videri, cum furtum factum non sit: sed dabitur actio in factum in eum qui adduxit.*

D. 4.3.7.10 (Ulp. 11 *ad ed.*): D. 4.3.8 (Gai. 4 *ad ed. prov.*):
Idem Pomponius refert Caecilianum praetorem non dedisse de dolo actionem adversus eum, qui adfirmaverat idoneum esse eum, cui mutua pecunia dabitur, quod verum est: nam nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari. *Quod si cum scires eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo iudicium dandum est.*

Per quanto mi consta, dal confronto diretto emergono due aspetti che la letteratura su tali testi ha omesso di rilevare. Innanzitutto è vero che i quattro passi presentano notevoli analogie fra loro nelle descrizioni, ma è necessario mettere a fuoco che la fattispecie descritta nei primi due è diversa da quella descritta nei secondi due. Infatti è evidente, ed è un profilo sicuramente trapelato da quanto finora osservato, che, nei primi due, sia descritta fondamentalmente la condotta e la responsabilità del mutuatario e, solo in conseguenza di ciò, la condotta e la responsabilità dell'intermediario mendace. In D. 47.2.67.4 è poi affrontato esplicitamente lo stato di consapevolezza del mutuatario con le due ipotesi *si sciat* e *si nesciat*, così come, in D. 47.2.52.21, dalla responsabilità per furto del mutuatario si arguisce che lo stesso era a conoscenza dell'inganno. Nei secondi due passi invece non viene fatto alcun cenno al mutuatario ed oggetto della riflessione è solo il comportamento

dell'intermediario. Inoltre manca completamente in essi un riferimento allo stato psicologico del mutuatario, se fosse o meno a conoscenza dell'inganno.

Alla constatazione che la fattispecie è, nelle due coppie di passi, delineata con prospettive e approfondimenti diversi, ora considerandosi la condotta del mutuatario e dell'intermediario, ora la sola condotta dell'intermediario, si pone la diversa risoluzione dei casi. Senza dovere ipotizzare, come fa ALBANESE, che i passi rispecchino un momento di profonda rielaborazione giurisprudenziale sui confini dell'azione di furto e attestino quindi la presenza di uno *ius controversum*, mi sembra più plausibile sostenere che la fattispecie descritta in D. 4.3.7.10 e in D. 4.3.8 corrisponda in effetti alla seconda ipotesi delineata in D. 47.2.67.4, quella in cui il mutuatario era ignaro dell'inganno perpetrato. Per tale ragione nei due passi collocati sotto il titolo *De dolo malo* sarebbe stata presa in considerazione solo la condotta dell'intermediario e non quella del mutuatario. Se il mutuatario non era a conoscenza dell'inganno posto in essere dal "cattivo consigliere", non poteva infatti sussistere alcun furto perché mancava un elemento costitutivo di questo particolare caso di furto e cioè la malafede nella riscossione. Ma se non veniva in essere il furto, non poteva rispondere a tale titolo *ope consilio* neanche l'intermediario. Costui non risultava essere coautore di una fattispecie che non era venuta in essere. Allo stesso tempo tale intermediario, al momento della *traditio* del danaro al mutuatario, non veniva in contatto diretto con il danaro e, in mancanza di *contrectatio*, l'*actio furti* risultava senz'altro inespugnabile contro di lui.

Era in tale situazione che entrava in gioco il nuovo rimedio edittale. Constatatasi l'inapplicabilità dell'azione di furto, subentrava in via sussidiaria l'*actio in factum in eum qui adduxit* (così nella seconda fattispecie di D. 47.2.67.4). Tuttavia, prima di applicare tale mezzo processuale, era necessario verificare la sussistenza dei presupposti richiesti dall'editto che lo aveva concesso e appurare così l'intensità della *calliditas* di chi aveva posto in essere l'inganno. Capitava allora, come capitò nel caso descritto da Pomponio (D. 4.3.7.10), che in concreto tale requisito — magari per le modalità con cui le false informazioni erano state date — potesse essere considerato mancante. Poteva però anche accadere che un altro "cattivo consigliere" fosse

invece particolarmente astuto nell'indurre in errore il mutuante. Sarebbe stato Gaio (D. 4.3.8) a descriverci questo caso, specificando per ben due volte, con le espressioni *tui lucri gratia* e *cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti*, quanto intensa fosse la *calliditas* dell'imbrogliatore e prendendo poi chiara posizione nel senso che la relativa condotta era senz'altro da sanzionare tramite l'*actio de dolo*.

Alla luce di queste considerazioni si può allora osservare che, con l'introduzione dell'editto *de dolo* ⁽¹⁶²⁾, rimedio generalissimo volto a garantire tutela per chi risultava vittima di un altrui comportamento riprovevole, il furto venne sì subendo un lavoro di precisazione e di delimitazione ad opera dei *prudentes*, ma — per quanto mi consta — nel sanzionare la condotta di chi fraudolentemente percepiva una somma a mutuo i giureconsulti, così come i pretori, rimasero fedelmente ancorati all'*actio furti*. Tale azione era ritenuta esperibile anche contro il "cattivo consigliere", quando si fosse verificata un'ipotesi di accordo di quest'ultimo con il creditore apparente, entrambi consapevoli dell'inganno e in diverso modo attivi al fine di ottenere l'erogazione della somma di danaro da parte del mutuante (così in D. 47.2.52.21 e nella prima fattispecie descritta in D. 47.2.67.4).

In definitiva, dai quattro passi fra loro collegati emerge nitidamente come fosse punita la fattispecie che, nell'ambito di questa indagine, più rileva, quella del mutuatario *sciens* e cioè di colui che consapevolmente appariva quale un altro al fine di ottenere la somma a prestito: in seguito all'inganno, chi riceveva il denaro a credito commetteva furto. In linea con l'orientamento giurisprudenziale finora ricostruito, il creditore apparente risultava pertanto essere responsabile per furto; ma in questo caso non si trattava di una semplice apparenza, bensì di un soggetto che, per dare questa falsa rappresentazione della

(162) Sull'introduzione dell'*edictum de dolo* per l'intervento determinante di Aquilio Gallo, come risulta dalle testimonianze del suo famoso amico Cicerone (Cic. *De off.* 3.14.60 e *De nat. deor.* 3.30.74), si vedano, in particolare, G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo* cit., pp. 64 s., F. SERRAO, *La "iurisdictio" del pretore peregrino*, Milano 1954, pp. 106 ss., ALBANESE, *La sussidiarietà* cit., p. 308, BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* cit., 1, p. 135 e nt. 11 e, da ultimo, TER BEEK, *Dolus* cit., 2, pp. 615 ss., cui si rinvia per altre indicazioni bibliografiche. Sull'applicabilità dell'*actio de dolo* per punire lo *sciens indebitum accipiens* cfr. anche *infra* § 37.

realtà, ricorreva con la complicità di un altro ad un raggio tramite la finzione della sua identità. Che, nonostante l'introduzione dell'editto *de dolo*, tale fattispecie continuasse a rientrare — come attesta questa catena di passi — nell'ambito applicativo dell'*actio furti*, sembra già ora prospettarsi come un importante perno della riflessione giurisprudenziale sulla riscossione dell'accipiente in malafede ⁽¹⁶³⁾.

26. *Il criterio "nihil in persona sua mentitus est"*.

Da un altro passo si desume *a contrario* un caso di raggio sulla propria identità, posto in essere al fine di riscuotere una somma di danaro:

D. 47.2.43.3 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Si quis nihil in persona sua mentitus est, sed verbis fraudem adhibuit, fallax est magis quam furtum facit: ut puta si dixit se locupletem, si in merces se conlocaturum quod accepit, si fideiussores idoneos daturum vel pecuniam confestim se soluturum: nam ex his omnibus magis deceptus quam furtum fecit, et ideo furti non tenetur. sed quia dolo fecit, nisi sit alia adversus eum actio, de dolo dabitur* ⁽¹⁶⁴⁾.

Il frammento 43, già così centrale nell'indagine sul furto dell'accipiente in malafede, in quanto enuncia nel *principium* la regola del furto del falso creditore ⁽¹⁶⁵⁾ e nel § 1 la ben nota *distinctio* neraziana ⁽¹⁶⁶⁾, comprende un'altra basilare testimonianza per lo studio dell'argomento. Il passo inizia con la prospettiva della fattispecie in cui non vi è stata simulazione sull'identità di una persona, ma è stato perpetrato un inganno verbale su elementi diversi dalla propria identità. Ulpiano esemplifica questa enunciazione di principio con quattro casi, quello in cui uno millantava di essere ricco, quello di chi ostentava sfacciatamente di sapere trasformare in merce tutto quello che riceveva, nonché quello di chi prometteva fantomatici ga-

⁽¹⁶³⁾ Sul punto cfr. *infra* § 37.

⁽¹⁶⁴⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 2869, c. 1165.

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. *supra* § 2.

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. *supra* § 3.

ranti e infine quello di chi illudeva il tradente che avrebbe rapidamente restituito la somma ricevuta. Ora, secondo il giurista le fattispecie qui richiamate non erano da qualificarsi come furto, ma come ipotesi sanzionabili con l'*actio de dolo*. In ragione poi della natura sussidiaria dell'azione per il dolo, Ulpiano precisa che tale azione era esperibile solo se *nisi sit alia adversus eum actio*, cioè solo se non era possibile ricorrere a nessun'altra azione.

Il passo è stato martoriato dalla critica interpolazionistica, che lo ha giudicato completamente alterato in tutta la sua parte finale ⁽¹⁶⁷⁾ oppure ha ritenuto troppo « armselig » lo stile del passo per poterlo considerare classico, riconoscendo una manipolazione postclassica nel *nihil in persona sua mentitus*, contrapposto in modo insensato a *verbis fraudis adhibuit*, nonché nell'espressione *fallax magis quam furtum*, che non introdurrebbe nient'altro che una confusa distinzione ⁽¹⁶⁸⁾. Secondo ALBANESE il passo sarebbe invece interpolato da *nam ex his* fino alla fine, in quanto la parte da *nam ex his* a *furtum fecit* costituirebbe una ripetizione superflua, mentre quella da *et ideo* a *non tenetur* sarebbe un'ovvia conseguenza; allo stesso tempo la frase *sed ... dabitur* è secondo l'autore una dubbia asserzione, poiché sarebbe comunque stata esperibile la *condictio*, che avrebbe reso impensabile il ricorso all'*actio de dolo* ⁽¹⁶⁹⁾.

Peraltro non sembra che le obiezioni testuali ora riferite siano persuasive, né forniscano indizi concreti che inducano a non optare per la classicità del passo ⁽¹⁷⁰⁾. Ebbene, l'aspetto che

⁽¹⁶⁷⁾ VON BESELER, *Miszellen*, in ZSS, 45, 1925, p. 486; in termini simili JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. 54 nt. 3 ritiene strane le espressioni *in persona sua mentitus est* e *ex his omnibus*, condividendo il sospetto di Beseler, senza motivarlo.

⁽¹⁶⁸⁾ HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 41, secondo il quale tracce di testo classico sarebbero rinvenibili solo nella frase introdotta da *puta*.

⁽¹⁶⁹⁾ ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 234 nt. 335.

⁽¹⁷⁰⁾ La classicità sostanziale del testo è stata in ogni caso riconosciuta da SCHULZ, *Classical Roman Law* cit., p. 586 nt. 984 e dallo stesso ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio* cit., p. 90, nonché da NAF-HOFMANN, *Zur objektiven Ausweitung der actio de dolo* cit., pp. 27 s. Citano inoltre il passo senza accennare a dubbi sulla sua genuinità FITTING, *Sciens indebitum accipiens* cit., p. 12, STEIN, *Fault* cit., p. 39, WATSON, *Actio de dolo* cit., p. 400 nt. 37; lo menziona, evidenziando la contrapposizione tra colui che *in persona sua mentitus est* e chi solo *verbis fraudem adhibuit* FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto* cit., p. 158 nt. 1; lo indica tra i passi in cui la *contrectatio* si concreta tramite « wissentliche Annahme des irrümlich geleisteten *indebitum* » KASER, *Das römische*

maggiormente rileva della testimonianza ulpiana e che diventa centrale nella discussione sul furto dell'accipiente in malafede è non tanto l'applicabilità dell'azione per il dolo, quanto la negazione dell'esperibilità dell'azione per il furto. Si tratta infatti di una negazione del furto in tutti i casi in cui non sia stata posta in essere una simulazione d'identità.

In realtà il passo non precisa chi fosse l'accipiente, né nell'escludere la simulazione d'identità, né nel prospettare i casi in cui la frode si concretava con l'uso della favella. Tuttavia dall'esemplificazione fatta da Ulpiano sembra emergere che si trattasse comunque di qualcuno che si industriava scaltramente per ottenere del danaro che, se non avesse mentito, non avrebbe mai percepito. E, sebbene di mutuo il passo non faccia alcuna menzione, ai vari casi descritti sembra comune la menzogna al fine di ottenere del danaro a credito. Infatti ciò sembra chiaro per il primo dei casi, che descrive la condotta di chi si dichiarava *locuples*: si tratta di una fattispecie analoga a quella riportata nella catena dei quattro passi, in D. 47.2.52.21 (Ulp. 37 *ad ed.*), D. 47.2.67.4 (Paul. 7 *ad Plaut.*), D. 4.3.7.10 (Ulp. 11 *ad ed.*) e D. 4.3.8 (Gai. 4 *ad ed. prov.*), in precedenza esaminati ⁽¹⁷¹⁾. Se in questi testi era precisato che si trattava di denaro da dare a credito ad un soggetto fraudolentemente spacciato da un terzo per ricco, qui si specifica solo che l'inganno riguardava la situazione economica di colui che mentiva, dichiarandosi più ricco di quello che era. Quindi, sebbene qui manchi

Privatrecht cit., 1, p. 615 nt. 15; lo ricorda per la presenza in esso dell'espressione *est danda*, che indica il momento in cui il pretore concedeva l'azione MARRONE, *Contributi in tema di legittimazione passiva* cit., p. 193 nt. 37; V. POLÁČEK, *Comodato e furto: spunti d'interpretazione dialettica*, in Labeo, 19, 1973, p. 177 nt. 37 evidenzia come il brano attesti che le false dichiarazioni da sole non bastavano a costituire un furto; mette in rilievo che il passo costituisce uno dei pochi casi di esperibilità dell'*actio de dolo*, in cui è espressamente descritto il lato soggettivo dell'intenzione fraudolenta, A. WACKE, *Sul concetto di "dolos" nell'actio de dolo*, in Iura, 28, 1977, p. 17 (si veda anche *amplius* IDEM, *Zum dolus-Begriff der actio de dolo*, in RIDA, 27, 1980, p. 358); sulla testimonianza cfr. anche PRINGSHEIM, *Subsidiarität* cit., p. 256, WATSON, *Actio de dolo* cit., p. 400 nt. 37, MITTELSTEN SCHEID, *Die Vorliebe* cit., p. 29, MILELLA, *Il consenso* cit., p. 391 nt. 1, J.G. CAMIÑAS, *Presupuestos textuales para una aproximación al concepto de calumnia en el derecho privado romano*, in Seminarios complutenses de derecho romano, 3, 1992, p. 39 nt. 40 (che la menziona come un'ipotesi in cui emerge in tutta la sua chiarezza il carattere sussidiario del dolo) e, da ultimo, TER BEEK, *Dolus* cit., 2, pp. 755 ss.

⁽¹⁷¹⁾ Cfr. *supra* i tre §§ precedenti.

del tutto l'intervento del terzo, il dato comune è che la menzogna riguarda la capacità patrimoniale del mutuatario. Da questa analogia di fattispecie si può desumere che l'obiettivo della frode era anche nel § 43.3 il conseguimento di danaro a credito, esattamente come lo era nei quattro passi in precedenza esaminati ⁽¹⁷²⁾.

Il medesimo ragionamento può farsi per gli altri casi, descritti da Ulpiano, di false promesse fatte per carpire il danaro e cioè quella di chi millantava di *in mercem se conlocaturum quod accepit*, nonché quella di chi prometteva l'intervento di immaginari garanti: anche per esse non sembra potersi avanzare altra ipotesi che quella per cui lo scopo del raggirò fosse l'ottenimento di una somma di danaro a mutuo. Il riferimento al prestito di danaro è poi del tutto palese nel caso di *pecuniam confestim se soluturum*, in quanto viene specificato che l'accipiente prometteva la rapida restituzione della somma percepita, lasciando chiaramente intendere che la somma era stata data a prestito contro l'obbligo della restituzione.

Pertanto il passo in questione non prevede altro che, da un lato, l'assenza di inganno sull'identità del mutuatario e, dall'altro, alcune varianti possibili di inganno, concepite però sempre in vista del conseguimento di una somma a credito. Immediato è a questo punto l'interrogativo relativo a come sia possibile che, se l'accipiente simulava la sua identità, fosse riconosciuto responsabile di furto, mentre, se simulava una sua qualità, tale responsabilità era radicalmente esclusa e si concepiva solo la sua responsabilità di fronte all'*actio de dolo*.

Si è ritenuto che quello che giustifica la diversa soluzione sia l'intervento o meno della *traditio* ⁽¹⁷³⁾. La ragione per cui Ulpiano, nel passo in esame, nega la sussistenza del furto sarebbe la mancanza di un adempimento effettivo e quindi della « *Erfüllungshandlung* » ⁽¹⁷⁴⁾. In effetti il testo non fa riferimento

⁽¹⁷²⁾ Nel senso che, nel passo ulpiano, la dichiarazione di essere *locuples* fosse fatta allo scopo di ottenere più facilmente credito, cfr. già la Glossa "*locupletem*" ad D. 47.2.43.3: *Locuples ut facilius credatur*. Dà per scontato che lo scopo dei raggiri descritti da Ulpiano fosse l'ottenimento di danaro a mutuo ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 234 nt. 335.

⁽¹⁷³⁾ In tale senso HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 41.

⁽¹⁷⁴⁾ HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 41.

a nessuna consegna, ma tale circostanza non sembra di per sé giustificare questa interpretazione, visto che anche altri passi esaminati, come per esempio D. 47.2.52.21 e D. 47.2.67.4, pur essendo privi di un esplicito riferimento alla consegna, prevedono l'applicazione dell'*actio furti*.

Invero — a mio modo di vedere — la chiave risolutiva della questione può individuarsi nella consegna, ma deve soprattutto ricercarsi nell'esordio della testimonianza ulpiana e cioè nella frase: *Si quis nihil in persona sua mentitus est*. Infatti quella che potrebbe apparire come un'esclusione della responsabilità per furto, su cui poi Ulpiano non si sofferma più per concentrarsi sull'esperibilità dell'*actio de dolo*, è in realtà un punto nevralgico. Invero il giurista distingue tra la menzogna *in persona sua* e la *fraus verbis*, che in un primo momento non sembrano molto diverse tra loro. In entrambe le ipotesi vi è un raggirò posto in essere tramite la pronuncia di parole; nel primo caso ciò è espresso con il verbo *mentiri* e nel secondo con l'espressione *verbis fraudem adhibere*. Tuttavia, nel secondo caso, il giurista non solo nega il furto, ma afferma addirittura che l'agente in questo caso *fallax est magis quam furtum facit*, identificando così l'inganno, quale condotta diversa da quella punibile come furto. Del resto, in particolare in D. 4.3.7.10, è emerso che la *calliditas* fosse uno dei criteri di applicabilità dell'*actio de dolo*, là dove la non sufficiente intensità della stessa determinava la *denegatio* dell'azione. La differenza tra le due ipotesi descritte da Ulpiano è, in realtà, da individuarsi più che nelle espressioni *mentiri* e *verbis fraudis adhibere*, nella precisazione *in persona sua*: l'agente non commetteva furto se l'inganno non riguardava la sua individualità. In sostanza, solo se il raggirò avesse portato a mascherare la propria identità⁽¹⁷⁵⁾, si sarebbe trattato di furto. E se invece l'inganno aveva per oggetto la sua situazione economica o qualche altra sua qualità, la sua responsabilità era non per furto, ma per dolo.

⁽¹⁷⁵⁾ Sul'appassionante "avventura semantica" del vocabolo latino *persona*, dal suo originario significato di "maschera" a quello odierno di "essere umano", passando per quello intermedio di "persona umana in senso astratto", si rinvia al recente contributo di G. MAININO, *Dalla persona alla persona giuridica: la persona in Gaio e il caso delle "Istituzioni" alimentari nell'esperienza giuridica romana*, in SDHI, 70, 2004, pp. 481 ss.

Con l'espressione *in persona sua mentiri*, dunque, Ulpiano avrebbe formulato un criterio discretivo per distinguere, nel percepimento di una somma di danaro, il furto dal dolo.

Si tratta ora di capire come potesse operare il criterio della simulazione d'identità nell'ambito della generalità delle fonti in tema di creditore apparente. Accennando alla risoluzione del passo, ALBANESE ha evidenziato che il furto, nel caso descritto, non sussistesse per il mancato intervento di una accettazione del danaro *invito domino*, per cui il mutuante, sebbene ingannato, intendeva comunque trasferire il dominio dei *nummi* al mutuatario⁽¹⁷⁶⁾. In effetti, riprendendo l'intuizione dell'autorevole autore, ritengo che la ragione, per cui la simulazione d'identità cambiava le carte in tavola ai fini della sussistenza del furto, possa essere individuata ancora una volta nella volontà del tradente. Se il tradente non intendeva trasferire la somma a quella persona, ma ad un'altra, lo stesso errava sulla persona e la *traditio* risultava viziata. E l'accipiente, non diventando proprietario, commetteva senz'altro furto. Se invece veniva posto in essere un inganno a parole, la *contractatio* poteva anche non intervenire e per punire tale condotta — se la *calliditas* dell'autore era adeguata — veniva concessa contro il mendace l'*actio de dolo*.

27. *Il servo e il figlio millantatori della loro capacità patrimoniale.*

La fattispecie del danaro dato a mutuo in presenza di un inganno sulla solvibilità del mutuatario ritorna anche in un altro passo di Ulpiano, tratto questa volta dal suo commentario all'Editto:

D. 47.2.52.15 (Ulp. 37 *ad ed.*): *Servus, qui se liberum adfirmavit, ut sibi pecunia crederetur, furtum non facit: namque hic nihil amplius quam idoneum se debitorem adfirmat. idem est et in eo, qui se patrem familias finxit, cum esset filius familias, ut sibi promptius pecunia crederetur* (177).

(176) Così ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 234 nt. 335. Sul criterio di simulazione d'identità cfr. anche *infra* § 37.

(177) LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 1042, c. 676.

Nel passo Ulpiano descrive il caso di un servo ⁽¹⁷⁸⁾ che, al fine di ricevere del danaro a credito, fingeva di essere una persona libera. Lo schiavo, consapevole che nessuno gli avrebbe prestato del danaro, aveva occultato la sua totale incapacità sul piano patrimoniale, che lo avrebbe vincolato alla restituzione solamente con un'obbligazione naturale ⁽¹⁷⁹⁾. Ulpiano, prospettando la fattispecie, non si sofferma su nessun altro profilo di essa se non sul problema della sussistenza o meno del furto, domandandosi se lo schiavo era da ritenersi responsabile di furto nei confronti del mutuante ignaro.

Dopo avere formulato una laconica risposta negativa (*furtum non facit*), il giurista descrive l'analogo caso di un figlio *alieni iuris* che, sempre al fine di ricevere un credito, fingeva di essere *paterfamilias*. In effetti, pur essendo il figlio rispetto allo schiavo considerato capace di assumere obbligazioni *pro suo*, proprio per le obbligazioni da mutuo viveva — come è noto — il divieto del senatoconsulto Macedoniano di prestare danaro ai *filiifamilias* ⁽¹⁸⁰⁾. Perciò il figlio era ricorso all'inganno sul suo

⁽¹⁷⁸⁾ Nel corso dell'indagine si è avuto modo di incontrare testi che descrivono la condotta di un servo che non simulava però la propria qualità di creditore capace, bensì la propria legittimazione a riscuotere un pagamento per altri, operando quindi come legittimato apparente: in D. 9.4.38.3 (Ulp. 37 *ad ed.*) un servo riscuoteva per conto del padrone, ma tratteneva per sé il danaro (cfr. *supra* § 9), nonché in D. 47.2.67.3 (Paul. 7 *ad Plaut.*) e in D. 46.3.18 (Ulp. 41 *ad Sab.*) un servo manomesso fingeva di essere legittimato a percepire quello che, in seguito alla manomissione, non era più legittimato a ricevere (cfr. *supra* § 13 e § 14).

⁽¹⁷⁹⁾ Su tale mero vincolo di fatto, risultato della faticosa mediazione tra le rigide regole del *ius civile* e la realtà del *subiectus*, che partecipava di fatto alla vita commerciale, si vedano i recenti contributi di S. LONGO, *Naturalis obligatio e debitum servi in Gai 3.119a*, in Iura, 46, 1995, pp. 53 ss., EADEM, *Actio contro il fideiussor servi e actio de peculio contro il dominus*, in Labeo, 44, 1998, pp. 377 ss., EADEM, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Milano 2003, pp. 1 ss., di P.L. LANDOLT, *Naturalis obligatio and Bare Social Duty*, Köln-Weimar-Wien 2000, di E. HONSELL, "Naturalis obligatio", in Iuris vincula. Studi M. Talamanca, 4, Napoli 2001, p. 374 ss. e di L. DI CINTIO, "Naturalis obligatio" e coercibilità in Paolo, in Labeo, 49, 2003, pp. 332 ss., alla cui nota 1 si rinvia per un quadro bibliografico sul tema.

⁽¹⁸⁰⁾ Sul testo e sui contenuti del senatoconsulto che prevedeva una sanzione sul piano del diritto onorario tramite la denegazione dell'azione del creditore, ma soprattutto tramite l'eccezione opponibile dal figlio volta a paralizzare la pretesa del creditore stesso alla restituzione del danaro, si veda, anche per un completo quadro bibliografico sull'argomento, F. LUCREZI, *Senatusconsultum Macedonianum*, Napoli 1992, p. 47 ss. e, più di recente, A. WACKE, *Das Verbot der Darlehensgewährung an Hauskinder und die*

stato, al fine di trovare qualcuno disposto a fargli credito. Pure questo caso merita secondo Ulpiano la medesima soluzione di quello del servo, cioè la non responsabilità per furto del figlio.

È immediatamente evidente che la soluzione di negare il furto del figlio e del servo, che fraudolentemente si presentavano al tradente con una capacità patrimoniale che non avevano, sembrerebbe contraddire quanto emerso finora dalle testimonianze prese in esame e cioè che chi percepiva in malafede un indebitore era sempre responsabile per furto⁽¹⁸¹⁾. Della sua concisa decisione Ulpiano abbozza invero una motivazione, esprimendosi con la frase *namque hic nihil amplius quam idoneum se debitorem adfirmat*, che riferisce poi anche al figlio mendace con le parole *idem est et in eo*. Secondo il giurista il servo e il figlio non commettevano furto, perché non avevano fatto altro che dichiararsi dei validi debitori nel momento in cui non lo erano. Tuttavia questa motivazione non sembra chiarire — almeno a prima vista — per quale ragione qui l'accipiente, pur avendo ricevuto in malafede quanto non gli era dovuto, non rispondesse per furto.

Per comprendere il senso della testimonianza ulpiana sono state avanzate le interpretazioni più diverse del contenuto del passo, ritenuto anche dalla letteratura più risalente come genuino, tranne che per la frase da *nam* ad *adfirmat*, giudicata da alcuni un glossema esplicativo⁽¹⁸²⁾. Secondo POTHIER non sarebbe nel passo riconoscibile una condotta posta in essere con-

Gebote wirtschaftlicher Vernunft. Der Macedonianische Senatsbeschluss in Theorie und Praxis, in ZSS, 112, 1995, p. 239 ss. (cfr. anche la « stark komprimierte Kurzfassung »: IDEM, *La prohibición del crédito para los hijos de familia y el dictado de la razón económica. El Senadoconsulto Macedoniano en la teoría y en la práctica*, in Seminarios Complutenses de derecho romano, 6, Madrid 1994, pp. 157 ss. = Estudios de derecho romano y moderno en cuatro idiomas, Madrid 1996, pp. 183 ss.), B. PERIÑAN GÓMEZ, *Antecedentes y consecuencias del Sc. Macedoniano*, Valencia 2000 e S. LONGO, *Filius familias* cit., pp. 191 ss.

⁽¹⁸¹⁾ Interessante il rilievo di BETTI, *Esercitazioni* cit., pp. 62 ss. sull'invalidità del mutuo concluso in presenza dell'errore del mutuante sulla capacità patrimoniale del mutuatario: la fattispecie di D. 47.2.52.15 risulta in effetti prevedere un'operazione di credito viziata dall'errore su di una qualità essenziale della persona, da cui è da desumersi che, se tale operazione fosse stata conclusa, sarebbe risultata invalida.

⁽¹⁸²⁾ Così BETTI, *Esercitazioni* cit., p. 62 e ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 228 nt. 320 che, pur giudicando il passo genuino, alla luce della presenza dell'*hic* lascia aperta la possibilità che la suddetta frase sia un glossema.

tro la volontà del mutuante, in quanto quest'ultimo era stato indotto dolosamente a concedere il danaro a credito e ignorando che il figlio e il servo non avevano capacità patrimoniale, non poteva essere contrario a concederlo. Dalla mancanza del requisito *invito domino* dipenderebbe quindi l'insussistenza del furto nella fattispecie *ulpiana* ⁽¹⁸³⁾. Peraltro l'ipotesi di Pothier per cui la diversa soluzione data da Ulpiano al caso di specie dipenda dall'assenza nella fattispecie di una condotta posta in essere *invito domino*, non ha convinto e non ha avuto nessuna eco nella letteratura successiva.

Prospetta una diversa lettura del passo HAYMANN ⁽¹⁸⁴⁾, che individua una nuova chiave di lettura del passo: « nur der Entschluss des Gebers, mit dem Betrüger das Darlehnsgeschäft zu schliessen, ihn durch Hingabe des Geldes zu verpflichten, auf der Vorspiegelung seiner angeblichen Kreditwürdigkeit beruht, nicht aber die dingliche Hingabe des Geldes selbst ⁽¹⁸⁵⁾ ». È vero, secondo l'autore, che il servo e il figlio, ingannando sulla propria capacità patrimoniale, volevano farsi dare una somma a mutuo, ma il testo non conterrebbe nessun riferimento al successivo intervento della dazione. Ulpiano in sostanza descriverebbe l'inganno posto in essere per ottenere del danaro a mutuo, ma non accennerebbe affatto al momento in cui tale danaro veniva poi loro consegnato. Quindi, ora il servo, ora il figlio, se avessero materialmente riscosso la somma a mutuo, avrebbero senz'altro commesso furto.

Tuttavia neanche questa spiegazione del passo — almeno nei termini in cui è formulata — sembra condivisibile. Si constata invero che il brano non contiene nessun riferimento alla dazione, ma tale riferimento può ben sottintendersi. La semplice dichiarazione mendace di un servo o di un figlio ai fini del percepimento di danaro a mutuo, senza che poi tale percepimento si concretasse, non avrebbe potuto costituire furto per mancanza di *contrectatio* e quindi del contatto tra l'agente e la cosa, ma tale condotta non avrebbe verosimilmente attirato l'attenzione di un giurista, né avrebbe comportato la necessità di elaborare una soluzione degna di menzione in un'opera giu-

⁽¹⁸³⁾ POTHIER, *Pandectae* cit., li. 47, tit. 2, art. 4, § 27.2.

⁽¹⁸⁴⁾ HAYMANN, *Grenzen* cit., pp. 38 s.

⁽¹⁸⁵⁾ HAYMANN, *Grenzen* cit., p. 39.

ridica. In sostanza, se il servo e il figlio non avessero ricevuto il danaro, sarebbe stato pacifico che essi non commettessero furto; che in questo caso mancasse la *traditio* è insomma possibile, ma ciò non consente di capire perchè Ulpiano avrebbe sentito l'esigenza di illustrare il caso e di motivarlo con la frase *namque hic nihil amplius quam idoneum se debitorem adfirmat*.

Nell'interpretazione del passo ulpiano la dottrina più recente si è poi perlopiù arroccata su di una cauta posizione che si limita a riconoscere, nell'elaborazione giurisprudenziale romana sull'argomento, lo *ius controversum*, sostenendo che la soluzione ulpiana di D. 47.2.52.15 farebbe parte di un orientamento che si discostava dalla regola generale per cui lo *sciens indebitum accipiens* commetteva sempre furto, come emerge chiaramente da D. 13.1.18 (Scaev. 4 *quaest.*)⁽¹⁸⁶⁾. In questi termini si esprime anche JOLOWICZ che, pur non assumendo una chiara posizione sul significato del passo, afferma che si tratta di un'ipotesi di « fraudulent methods of obtaining property which do not amount to theft⁽¹⁸⁷⁾ ». Invero FITTING, il propugnatore della tesi che individua i due distinti orientamenti maturati nell'ambito dell'elaborazione giurisprudenziale classica in tema di furto dell'*indebitum sciens accipiens*⁽¹⁸⁸⁾, con grande sorpresa del lettore tralascia del tutto di considerare il passo in questione.

Che non si debba accettare aprioristicamente la diversità della decisione di Ulpiano rispetto ad altre soluzioni altrove attestate sul tema, è stato però posto correttamente in evidenza

⁽¹⁸⁶⁾ Si limita a puntualizzare come siano attestate delle fattispecie che si discostano dal principio della responsabilità per furto dello *sciens indebitum accipiens* attestato in D. 13.1.18 (Scaev. 4 *quaest.*), KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 1, p. 615 nt. 15; in tema di false dichiarazioni che a volte non costituivano furto, menzionano il passo POLÁČEK, *Comodato e furto* cit., p. 177 nt. 37 e, in relazione a testimonianze di schiavi che si dichiaravano uomini liberi in piena coscienza dell'usurpazione del titolo, M. MORABITO, *Les esclaves privilégiés à travers le Digest témoins et acteurs d'une société en crise*, in Index, 13, 1985, p. 490 nt. 83 e 84; citano il passo anche MITTELSTEN SCHEID, *Die Vorliebe* cit., p. 33 nt. 2 tra i testi che riconoscono senza dubbio la responsabilità per furto del falso procuratore, e MILELLA, *Il consenso* cit., p. 391 nt. 1 tra le numerose testimonianze del titolo 47.2 che contengono richiami all'elemento intenzionale. Su D. 13.1.18 cfr. *supra* § 4.

⁽¹⁸⁷⁾ JOLOWICZ, *Digest LXVII.2* cit., p. xxv.

⁽¹⁸⁸⁾ Cfr. *supra* § 1.

da ALBANESE⁽¹⁸⁹⁾. Lo studioso infatti accenna alla possibilità di giustificare la non responsabilità per furto del servo e del figlio alla luce del fatto che, nel caso di specie, mancava un inganno sull'identità della persona, nonché sul loro titolo a ricevere. Infatti il servo e il figlio mentivano solo sulla loro capacità ad obbligarsi. Ma se davvero l'oggetto della menzogna può essere la chiave interpretativa del passo, è necessario focalizzare un aspetto che non pare essere stato approfondito in letteratura e cioè per quale ragione l'inganno sulla capacità patrimoniale del mutuuario non determinasse la responsabilità per furto.

Per comprendere il passo, è necessario — a mio modo di vedere — tornare sulla frase *namque hic nihil amplius quam idoneum se debitorem adfirmat*. Invero essa acquista un suo significato se la si legge nel senso che la mancata responsabilità per furto del servo dipendeva dall'intervento di una mera menzogna verbale. È essenziale infatti confrontare il passo in questione con il già esaminato D. 47.2.43.3 (Ulp. 41 *ad Sab.*)⁽¹⁹⁰⁾, che distingue chiaramente tra condotta di *verbis fraudis adhibere* e quella di *in persona sua mentiri*. Ulpiano denomina *verbis fraudem adhibere* la menzogna tramite le parole, chiarendo che essa, a differenza del caso di simulazione della propria identità, non costituiva furto, ma era punibile con l'*actio de dolo*. Il giurista riporta poi una serie di esempi di tale condotta, tutti volti all'ottenimento di una somma a titolo di mutuo e precisamente quello in cui uno millantava di essere ricco, quello di chi ostentava sfacciatamente di sapere trasformare in merce tutto quello che riceveva, nonché quello che prometteva fantomatici garanti e infine chi illudeva il tradente che avrebbe rapidamente restituito la somma ricevuta. Non può negarsi che le fandonie ivi descritte, raccontate al fine del conseguimento di danaro a credito, sono del tutto simili alla menzogna del servo e del figlio relativa alla loro capacità patrimoniale, quale delineata nel passo in esame.

⁽¹⁸⁹⁾ ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 228 nt. 320; ritiene questa interpretazione quella corretta anche MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., p. 214 nt. 3, sottolineando come il furto fosse riconosciuto sussistente solo quando il comportamento ingannevole riguardasse qualcosa più della semplice « Zahlungsfähigkeit ».

⁽¹⁹⁰⁾ Cfr. *supra* § precedente.

Ma allora il servo e il figlio non erano responsabili di furto non perché mancava il requisito dell'*invito domino* (come sostiene Pothier), né perché — o perlomeno non solo perché — non era successivamente intervenuta la dazione (come afferma Haymann), né perché il passo in esame riferisse un insegnamento isolato rispetto all'opinione ampiamente diffusa in giurisprudenza (come ritengono Jolowicz e Fitting), bensì ben più semplicemente, perché entrambi i soggetti si erano limitati a mentire a parole. E tale condotta non costituiva una simulazione della propria identità e quindi non era configurabile quale furto. Solo la simulazione d'identità avrebbe viziato la *traditio*, in quanto il tradente avrebbe voluto consegnare il danaro non a quell'accipiente, ma ad un altro soggetto e in presenza dell'errore non poteva trasferire la proprietà. Si può allora estendere quanto afferma Ulpiano in D. 47.2.43.3 anche alla condotta del servo e del figlio e cioè che ciascuno di essi *fallax est magis quam furtum facit*.

Se con queste osservazioni si coglie nel vero, ci si chiede, a questo punto, se le condotte del servo e del figlio restassero del tutto impunte. Invero, se si ammette che la fattispecie descritta sia, alla luce del contenuto di D. 47.2.43.3, un caso di *verbis fraudem adhibere*, mi sembra verosimile sottintendere che — in mancanza di altri rimedi esperibili — il mutuante potesse agire con un'*actio de dolo* ora contro il servo, ora contro il figlio.

28. Conclusioni sul furto del creditore apparente.

Nell'indagine sulla riscossione del presunto creditore si tratta ora di verificare, alla luce delle esegesi proposte, se e in che termini il principio enunciato da Ulpiano in D. 47.2.43 pr. sia anche altrove attestato nelle fonti. Il sintagma *falsus creditor* infatti non risulta da nessun'altra testimonianza del Digesto. Tuttavia sembrano essere diversi i passi che descrivono casi di riscossione di quanto non dovuto da parte di chi appariva essere il titolare del credito.

Esattamente come per i passi in tema di *falsus procurator*, anche l'analisi delle testimonianze aventi per protagonista il *falsus creditor* è stata condotta, dividendo le stesse in due gruppi, a seconda se l'inganno posto in essere dall'accipiente

consistesse nella simulazione del proprio titolo a ricevere o invece nella simulazione della propria identità. Si sono quindi prese le mosse dai passi in cui l'accipiente simulava il proprio titolo, in cui, in particolare, il creditore lasciava credere di essere titolare di un credito in realtà inesistente. Le fonti attestano invero sia l'ipotesi di un credito del tutto inesistente sia quella di un credito solo parzialmente esistente.

Particolarmente significative in questo ambito è una testimonianza in tema di ammontare parzialmente non dovuto e cioè D. 47.2.52.22 (Ulp. 37 *ad ed.*)⁽¹⁹¹⁾. Oggetto della riflessione del giurista Mela è una fattispecie di comodato. Ebbene, qui la falsa rappresentazione del reale è da imputarsi non all'accipiente della somma non dovuta, che era poi il comodatario, ma ad un soggetto che non era né tradente né accipiente della somma controversa, bensì era il comodante dei pesi contraffatti. Infatti costui aveva orchestrato di dare in comodato dei pesi alterati in modo che il comodatario degli stessi andasse da un venditore e riuscisse ad acquistare, grazie alla contraffazione dei pesi, più merce di quanto il venditore pensasse di vendergli contro un prezzo determinato. Nonostante la fattispecie sia qui più articolata rispetto ad altre in precedenza descritte, si verifica anche in essa il percepimento consapevole di un ammontare non dovuto. E la responsabilità dell'accipiente era per furto, con una specificazione particolarmente eloquente: *non ex voluntate venditoris accipis, cum erret in pondere*. L'esperibilità dell'*actio furti* contro l'accipiente sembra infatti venire motivata nel passo proprio con l'*error in pondere* del venditore, che faceva sì che il trasferimento della parte non dovuta di merce fosse da lui certamente non voluto (*non ex voluntate*). In modo decisamente esplicito, la responsabilità per furto dell'accipiente viene fatta dipendere, oltre che dalla *scientia* dello stesso, dalla mancata volontà del tradente di trasferire a lui una certa quantità di merce.

La fattispecie prospettata da Mela presenta particolare interesse nell'ambito di questa indagine per un ulteriore aspetto e cioè perché essa pare descritta — in termini decisamente simili — anche in un passo di Trebazio, in D. 4.3.18.3

⁽¹⁹¹⁾ Si veda *supra* § 18.

(Paul. 11 *ad ed.*). Infatti, pure in questo brano collocato dai compilatori sotto il titolo *De dolo malo*, viene delineato il caso del comodato di pesi contraffatti. E qui non si fa affatto riferimento alla responsabilità del comodatario e accipiente della merce, ma esclusivamente a quella del comodante. E quest'ultimo risulta essere convenibile non più con l'*actio furti*, bensì con l'*actio de dolo*. La ragione di questa differente soluzione adottata per un caso apparentemente identico sembra, a mio parere, potersi individuare — anche alla luce della fattispecie prospettata nella catena di passi di D. 47.2.52.21 (Ulp. 37 *ad ed.*)⁽¹⁹²⁾, D. 47.2.67.4 (Paul. 7 *ad Plaut.*)⁽¹⁹³⁾, D. 4.3.7.10 (Ulp. 11 *ad ed.*) e D. 4.3.8 (Gai. 4 *ad ed. prov.*)⁽¹⁹⁴⁾ — nel fatto che, in D. 4.3.18.3, il comodatario non era a conoscenza dell'inganno. Proprio perché mancava la sua responsabilità per furto, non poteva configurarsi neanche quella *ope consilio* del comodante, che quindi, in mancanza di altre azioni esperibili, era convenibile con l'*actio de dolo*.

Un'altra testimonianza, forse ascrivibile a Sabino, prevede il percepimento di un ammontare solo parzialmente non dovuto. Infatti, in D. 47.2.21.1 ([Paul.] <Ulp.> 40 *ad Sab.*), è descritto un caso di un depositante che ben sapeva come il sacco di danaro da lui ricevuto non fosse quello da lui in precedenza depositato⁽¹⁹⁵⁾. Egli è ritenuto da Sabino-Ulpiano responsabile per furto per sole dieci monete, per la differenza cioè tra quanto da lui depositato e quanto contenuto nel sacco ritirato. La soluzione tiene allora conto della parziale *inscientia* del depositante, il quale pensava che nel sacco consegnatogli fossero contenute anche le monete di sua proprietà (*putavit autem illic sua viginti esse*). Per questa ragione egli non viene considerato responsabile di furto dell'intero sacco sottratto, ma solo di dieci monete, che quindi a suo favore vengono considerate nella loro individualità e non invece come contenuto di un sacco considerato nella sua unitarietà. Contro il depositante è quindi senz'altro esperibile l'*actio furti*, da cui si desume la conferma che non fosse necessario uno specifico inganno posto in essere dall'acci-

⁽¹⁹²⁾ Cfr. *supra* § 23.

⁽¹⁹³⁾ Cfr. *supra* § 24.

⁽¹⁹⁴⁾ Si veda *supra* § 25.

⁽¹⁹⁵⁾ Cfr. *supra* § 19.

piante, ma fosse sufficiente la sua semplice malafede nel percepire quanto non gli era dovuto. E anche qui si può riflettere sul trasferimento della proprietà fra tradente ed accipiente. Infatti l'*error in re* del tradente, in concomitanza con la malafede dell'accipiente, faceva sì che fosse consegnato un sacco, di cui quest'ultimo non era affatto creditore. Quindi anche in tale fattispecie il tradente non intendeva trasferire la proprietà di qualcosa, ma semplicemente restituire ciò che pensava di avere in detenzione, sbagliandosi poi sull'oggetto della detenzione stessa. Ma allora ancora una volta la responsabilità dell'accipiente per furto si ha in un caso in cui il tradente non intendeva affatto trasferire all'altro la proprietà di alcunché.

Una fattispecie di percepimento di un credito del tutto inesistente è delineata da Pomponio in D. 47.2.44.1 (19 *ad Sab.*)⁽¹⁹⁶⁾, in cui oggetto della riflessione giuridica è la consegna all'accipiente in malafede di una cosa appartenente al tradente, il quale per errore riteneva proprio l'accipiente proprietario della sua cosa. Il mero ricevimento consapevole della cosa, comporta, a giudizio di Pomponio, la responsabilità per furto del ricevente stesso. Quanto di questa testimonianza presenta qui maggiore interesse è la circostanza che l'accipiente era ritenuto responsabile del delitto se era consapevole dell'inesistenza del credito e se il tradente, che era in errore sull'appartenenza della cosa, non intendeva affatto trasferirgliene la proprietà. Infatti, così inteso, il passo non fa che confermare quanto già emerso dai frammenti esaminati in materia di *falsus procurator*, ovvero la funzione strutturale della volontà del tradente nella disciplina della responsabilità per furto dell'accipiente in malafede.

Che una delle due travi portanti di questa particolare figura di furto sia, nel pensiero della giurisprudenza classica, la volontà del tradente risulta avvalorato da un altro passo di Ulpiano, D. 47.2.52.17 (Ulp. 37 *ad ed.*)⁽¹⁹⁷⁾, in cui il momento traslativo gioca un ruolo chiave. In esso sembra, almeno in un primo momento, essere riconosciuta l'insussistenza del furto di un falso creditore, in quanto viene negata la responsabilità a tale titolo di chi, vendendo la cosa altrui, riscuoteva il prezzo dal

⁽¹⁹⁶⁾ Cfr. *supra* § 20.

⁽¹⁹⁷⁾ Cfr. *supra* § 21.

compratore. Tuttavia, in seguito al trasferimento della cosa, il prezzo era dovuto. Infatti con la *solutio* il compratore non faceva che trasferire al venditore qualcosa di dovuto, con la conseguenza di trasferirgli la proprietà sul prezzo stesso. Per tale ragione, e non per un principio di non responsabilità per furto del falso accipiente, il furto del prezzo non poteva venire in essere.

Un'altra fattispecie di furto del creditore apparente è descritta in D. 47.2.43.2 (Ulp. 41 *ad Sab.*)⁽¹⁹⁸⁾ ed è in tema di delegazione. Il delegante è riconosciuto responsabile per furto se il pagamento è effettuato dal delegato al delegatario in presenza sua, mentre il furto non sussisteva se lo stesso pagamento veniva effettuato in sua assenza. Solo se ci fosse stata la presenza del delegante, sarebbe quindi intervenuta quella acquisizione intermedia del danaro che poneva in essere una *contractatio* direttamente riferibile al delegante, da cui derivava la risoluzione nel senso della sua responsabilità per furto. La specificità dell'ipotesi e la sua decisione lasciano intuire che il ragionamento del giurista partiva dal presupposto della sussistenza del furto di chi riscuoteva consapevolmente quanto non gli spettasse.

In sostanza, dall'analisi di queste testimonianze si delinea la conferma della responsabilità per furto del creditore, purché fosse in malafede, sia che quanto percepito non gli fosse affatto dovuto sia che gli fosse dovuto in misura inferiore a quella poi effettivamente consegnatagli. È importante rilevare come i passi esaminati in tema di simulazione del proprio titolo non prevedano mai ipotesi di condotta attiva dell'accipiente volta ad indurre in errore il tradente, ma sempre casi di comportamento reticente dell'accipiente stesso che, apparendo il vero creditore, si limitava a percepire quanto gli veniva consegnato in virtù di tale apparenza. Da ciò si arguisce pertanto che, ai fini della sua responsabilità, fosse sufficiente la sua mera consapevolezza dell'inesistenza del debito e che non fosse necessaria una sua condotta attiva volta a porre in essere l'inganno o ad indurre in errore il presunto debitore sull'esistenza del debito stesso. Particolarmente evidente è ciò nel caso di restituzione del sacco

⁽¹⁹⁸⁾ Cfr. *supra* § 22.

depositato descritto in D. 47.2.21.1, in cui la parziale *scientia* del depositante, che non aveva posto in essere nessun raggiro, comporta la sua responsabilità per il furto solo delle monete che sapeva non essergli dovute. Dalla circostanza che l'accipiente veniva considerato responsabile per furto solo ed esclusivamente dell'eccedenza che avesse consapevolmente percepito, si desume ben chiaramente il ruolo chiave della *scientia* e dell'esatto oggetto della *scientia* stessa e l'irrilevanza invece di un vero e proprio raggiro posto in essere per indurre in errore il tradente.

L'indagine è poi proseguita con l'esegesi di diversi casi in cui, pur senza l'esplicito riferimento ad un *falsus creditor*, si prospettano ipotesi di simulazione d'identità al fine di riscuotere una somma di danaro. Si è pertanto esaminata quella fattispecie, che risulta attestata in più fonti, dell'inganno perpetrato ai danni del mutuante, riferita da una catena di quattro passi, due contenuti nel titolo *De furtis*, D. 47.2.52.21 (Ulp. 37 *ad ed.*)⁽¹⁹⁹⁾ e D. 47.2.67.4 (Paul. 7 *ad Plaut.*)⁽²⁰⁰⁾ e due nel titolo *De dolo malo*, D. 4.3.7.10 (Ulp. 11 *ad ed.*) e D. 4.3.8 (Gai. 4 *ad ed. prov.*)⁽²⁰¹⁾. I primi due descrivono la condotta del mutuatario, che riusciva a farsi dare del danaro a mutuo, essendo stato fraudolentemente sostituito ad un soggetto noto per la sua solvibilità. Entrambi i passi riconoscono la responsabilità per furto dell'accipiente che, con l'aiuto di altri, fingeva di essere una persona che non era, a cui si aggiunge la responsabilità allo stesso titolo del millantatore, di colui cioè che era da considerarsi come un coautore di tale condotta. D. 47.2.67.4 prospetta poi anche l'ipotesi in cui il mutuatario fosse in buona fede, ignorando il sotterfugio dell'intermediario. In questo caso egli non rispondeva di furto, per cui non ne rispondeva neanche il terzo che, a quel punto, per l'inganno perpetrato poteva essere convenuto con l'*actio de dolo*. Gli altri due passi, tratti dal titolo del Digesto *De dolo malo*, sembrano poi riprendere la stessa fattispecie, riferendosi però solo alla condotta dell'intermediario che, in D. 4.3.8, risulta senz'altro punibile, mentre, in

⁽¹⁹⁹⁾ Cfr. *supra* § 23.

⁽²⁰⁰⁾ Cfr. *supra* § 24.

⁽²⁰¹⁾ Si veda *supra* § 25.

D. 4.3.7.10, non lo era per mancata ricorrenza del presupposto essenziale della *calliditas*.

Ma è soprattutto il passo di D. 47.2.43.3 (Ulp. 41 *ad Sab.*)⁽²⁰²⁾ quello che porta direttamente al fulcro dell'indagine che si sta conducendo. In esso Ulpiano afferma esplicitamente che responsabile per furto era solo chi avesse mascherato la propria identità; invece la mera frode verbale era punibile con l'azione per il dolo. Il giurista enumera quindi una serie di casi in cui il tradente venne indotto in errore, ma fa intendere che, se la falsa rappresentazione non riguardava l'identità del creditore, la fattispecie non era configurabile come furto. In sostanza viene formulato un nuovo criterio per verificare la sussistenza del furto e cioè quello della simulazione d'identità. Che a tale criterio si ispirasse la risoluzione dei casi, trova per esempio conferma in D. 47.2.52.15 (Ulp. 37 *ad ed.*)⁽²⁰³⁾, in cui il servo e il *filiusfamilias* non erano responsabili di furto perché non apparivano soggetti diversi da quello che erano, ma solo dotati di una capacità patrimoniale di cui non disponevano.

Pertanto, quello che pare delinarsi dalla lettura di questo mosaico di testimonianze giurisprudenziali è un quadro che continua a presentarsi confuso, una matassa che risulta ancora alquanto aggrovigliata. Da un lato, in D. 47.2.43 pr. e in D. 13.1.18, si profila la *regula iuris* della sussistenza del furto, ammessa in via generale e senza alcuna distinzione tra simulazione del titolo dell'accipiente e d'identità dello stesso, né tra semplice malafede e inganno posto in essere dall'accipiente stesso. In realtà, in un caso il principio è enunciato con riferimento al falso creditore, mentre nell'altro con riferimento allo *sciens indebitum accipiens*, là dove rimane da capire quando per la giurisprudenza romana un soggetto fosse da qualificare *falsus creditor* e quando fosse invece *sciens indebitum accipiens*⁽²⁰⁴⁾. Dall'altro, da alcuni testi, in particolare da D. 47.2.52.15, da D. 47.2.52.21, da D. 47.2.67.4, forse da D. 4.3.7.10, e da D. 47.2.43.3, emerge che il creditore abusivo commetteva furto nel riscuotere quanto non gli fosse dovuto solo nella specifica ipotesi di finzione della propria identità e in

⁽²⁰²⁾ Cfr. *supra* § 26.

⁽²⁰³⁾ Si veda *supra* § 27.

⁽²⁰⁴⁾ Sul punto cfr. *infra* § 35.

nessun altro caso. Del resto è evidente che l'atto di mascherare la propria identità costituisca un vero e proprio raggirio, una condotta attiva volta a fare cadere in errore il tradente.

In realtà proprio la struttura bipolare che è stata data a quest'indagine, da un lato, la simulazione del proprio titolo e, dall'altro, quella della propria identità, consente di mettere a fuoco i due differenti risultati. Dal primo gruppo di fattispecie deriva in sostanza che, perché fosse configurata la responsabilità per furto, era sufficiente la mera falsa rappresentazione della realtà. Nel secondo gruppo di casi invece era l'inganno sull'identità a comportare la responsabilità per furto. Di tale antitesi si può invero trovare una giustificazione. Dall'esegesi del primo gruppo di passi è infatti emerso che la mera falsa rappresentazione della realtà era sì sufficiente a rendere l'autore responsabile di furto, ma alla falsa rappresentazione doveva accompagnarsi la mancata intenzione del tradente di trasferire la proprietà a quell'accipiente e quindi l'invalidità della *traditio* ⁽²⁰⁵⁾. In questo ambito si può ritenere emblematica la frase riportata in D. 47.2.52.22 (Ulp. 37 *ad ed.*), che motiva la responsabilità per furto con la frase *non ex voluntate venditoris accipis, cum erret in pondere*. Si capisce allora anche — come è emerso dall'esegesi del secondo gruppo di ipotesi — quanto la simulazione d'identità cambiasse “le carte in tavola” ai fini della sussistenza del delitto. Infatti, in ogni caso di sostituzione di persona o di chi si presentava come terzo legittimato a ricevere o di chi si presentava come creditore, se il tradente non intendeva trasferire la somma a quella persona, ma ad un'altra, il negozio era privo di efficacia. E l'accipiente, non diventando proprietario, commetteva senz'altro furto. Pertanto, in caso di simulazione d'identità, era inutile verificare, ai fini della responsabilità per furto dell'accipiente, la mancanza della volontà del tradente di trasferire la proprietà all'acci-

⁽²⁰⁵⁾ Sull'invalidità della *traditio* nel particolare caso dell'*error in dominio*, nonché sulla ragione equitativa di siffatta invalidità, da individuarsi nella preoccupazione di evitare al proprietario una perdita della proprietà che egli non aveva in realtà voluto, chiaramente espressa nella massima *nemo errans rem suam amittit*, si rinvia a A. BURDESE, *Il c.d. error in dominio nella traditio classica*, in *Annali Università di Ferrara*, 2, sez. Scienze giuridiche, 1953, pp. 102 ss., ora in *Ekdidomenos pros timein Phrderikou Pringsheim, J.N. ZACHAROPOULOS cur.*, Athènes 1953, estr. di *Archives de droit privé* 16, pp. 44 s.

piante stesso, visto che, se ricorreva l'errore del tradente, tale volontà era in ogni caso assente.

Ne deriva che, per determinare se sussistesse o meno il delitto, non bisognava guardare all'intensità dello stato psicologico dell'accipiente. Ai fini della responsabilità era sempre sufficiente apparire creditore, senza avere fatto nulla per creare tale apparenza, purché mancasse la volontà del tradente di trasferire la proprietà a quel preciso soggetto. Se invece ci fosse stata la simulazione d'identità, sorgeva comunque la responsabilità per furto, ma ciò non contraddiceva la sufficienza dell'apparenza, bensì confermava il suo stretto intreccio con la volontà del tradente. Infatti, in tali casi, il tradente pensava di avere a che fare con il vero creditore, per cui, a prescindere da qualsiasi ulteriore verifica, mancava sempre e comunque la sua volontà di trasferire la proprietà all'impostore.

Giuffrè, Editore

Giuffrè, Editore

CAPITOLO IV
SPUNTI RICOSTRUTTIVI
IN TEMA DI RISCOSSIONE CONSAPEVOLE
DEL NON DOVUTO

29. *Critica del criterio dell'indagine sullo stato soggettivo dell'accipiente.*

È giunto ora il momento di tirare le fila del discorso finora condotto e di assumere una posizione nei confronti di ognuno dei quattro orientamenti in cui si è tentato all'inizio di semplificare il quadro delle discussioni *ad infinitum* che la critica romanistica del XIX secolo e dell'inizio del XX ha sviluppato sul tema della riscossione dell'accipiente in malafede⁽¹⁾. L'indagine sull'intricato coacervo di testimonianze giurisprudenziali, al fine di verificare in quali casi chi riscuoteva consapevolmente quanto non dovuto era considerato responsabile di furto, è stata condotta lungo due direttrici fondamentali. Primariamente si sono esaminati i casi in cui a percepire quanto non dovuto era un presunto legittimato, denominato in molti passi esplicitamente *falsus procurator*; successivamente si sono presi in considerazione i casi in cui autore della condotta lesiva era chi appariva il titolare a percepire il pagamento, chiamato in un unico passo esplicitamente *falsus creditor*.

In realtà ciascuno dei capitoli in cui è stata suddivisa la materia equivale ad una fattispecie di pagamento indebito, considerata però sotto il profilo della sua rilevanza penale, nell'ipotesi eventuale cioè in cui l'accipiente di quanto indebitamente riscosso fosse riconosciuto come ladro. Tenendosi presente la distinzione tra "indebito soggettivo" e "indebito ogget-

⁽¹⁾ « These texts have been discussed almost *ad infinitum* », così si esprime BUCKLAND, *Digest XLVII.2* cit., p. 133 per definire la mai sopita « querelle », su cui cfr. *supra* § 1.

tivo” descritta in D. 12.6.65.9 (17 *ad Plaut.*) (2), prevedono casi di “indebito soggettivo” — quelli che Paolo definisce come *quod alii debetur, si alii solvatur* — il secondo capitolo di quest’indagine, riguardante il legittimato apparente che simulava la propria legittimazione o la propria identità, e la seconda sezione del terzo capitolo, riguardante il creditore apparente che simulava la propria identità. La prima sezione del terzo capitolo, che concerne il creditore, il quale simulava il proprio titolo, prevede invece il caso corrispondente all’indebito non “soggettivo”, ma “oggettivo”, quello che lo stesso giurista severiano tratta con la frase *quod omnino non debetur*. A dire il vero, in D. 12.6.65.9, Paolo prospetta anche un’ulteriore ipotesi di “indebito soggettivo”, che definisce come *si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat*, facendo riferimento a chi percepiva fraudolentemente quanto sapeva essergli dovuto non dal *solvens*, ma da un terzo; peraltro l’ipotesi penalmente rilevante corrispondente a tale fattispecie non risulta, nelle fonti di cui disponiamo, essere stata prospettata tra le ipotesi di furto.

Ebbene, sulla base di quanto è emerso da questi due diversi gruppi di fonti esaminate, mi sembra innanzitutto non da condividere l’interpretazione più antica, quella risalente a Cuiacio (3). Infatti, secondo questa tesi, seguita da una parte della letteratura soprattutto pandettistica (4), la giurisprudenza romana avrebbe ritenuto necessario indagare ogni volta su quale fosse la condizione psicologica dell’accipiente al fine di decidere se la condotta della riscossione dell’indebito fosse o meno da qualificarsi come furto. Pertanto, perché fosse commesso il furto, si trattava di verificare caso per caso se il falso accipiente avesse posto in essere un inganno per indurre in errore il tradente o se, invece, lo stesso fosse semplicemente in malafede, senza peraltro avere posto in essere nessun comportamento attivo perché il tradente cadesse in errore. Orbene, solo la presenza in capo all’accipiente del più grave di questi due stati soggettivi avrebbe comportato l’applicazione della sanzione del furto. A sostegno di tale lettura sono stati portati, in

(2) Sul passo paolino cfr. *supra* capitolo II nt. 221.

(3) CUIACIUS, *Commentarius* cit., pp. 346 s.

(4) Cfr. HÖPFNER, *Commentar* cit., p. 707, § 953 nt. 2, BARON, *Pandekten* cit., § 281, p. 504.

particolare, due testi, quello di D. 47.2.81(80).6 (Pap. 12 *quaest.*), in cui il falso procuratore era considerato ladro solo se avesse falsamente assunto di fronte al debitore il nome del vero legittimato ⁽⁵⁾, nonché quello di D. 47.2.43.3 (Ulp. 41 *ad Sab.*), dove solo ed esclusivamente l'ipotesi di raggio del falso creditore sulla propria identità rappresentava un caso di furto ⁽⁶⁾.

Tuttavia, che l'inganno non fosse sempre presente nei casi a noi pervenuti in cui era riconosciuta la sussistenza del furto, risulterebbe particolarmente evidente nel celebre esordio della testimonianza scevoliana di D. 13.1.18 (Scaev. 4 *quaest.*): *Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit*, dove la responsabilità per furto dello *sciens indebitum accipiens* non sembra soffrire limitazioni di alcun tipo ⁽⁷⁾, nonché in D. 47.2.43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*), che enuncia analogamente la responsabilità per furto del *falsus creditor* ⁽⁸⁾. Dall'esegesi condotta è emerso che la maggior parte dei testi riconosce l'esistenza del furto senza fare alcuna menzione di un eventuale raggio. Così accade per esempio in D. 47.2.67.3 (Paul. 7 *ad Plaut.*), in cui, a prescindere da un'esplicita volontà di ingannare, il servo manomesso che percepiva il pagamento, pur non agendo più per conto del suo *dominus*, commetteva senz'altro furto ⁽⁹⁾. Riconoscono nitidamente la responsabilità per furto dell'accipiente anche in assenza di un raggio orchestrato per indurre in errore il tradente, pure altri passi, tra cui D. 47.2.44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*), in cui il pagamento effettuato per ordine del debitore ad un procuratore, che era consapevole della sua non legittimazione a riceverlo, comportava chiaramente la sua responsabilità per furto, senza che vi fosse alcun riferimento ad indagini da effettuare sul suo stato soggettivo ⁽¹⁰⁾.

⁽⁵⁾ Cfr. *supra* § 16.

⁽⁶⁾ Cfr. *supra* § 26.

⁽⁷⁾ Cfr. *supra* § 4.

⁽⁸⁾ Cfr. *supra* § 2.

⁽⁹⁾ Cfr. *supra* § 13.

⁽¹⁰⁾ Cfr. *supra* § 7.

30. *Critica del criterio della malafede dell'accipiente.*

Per analoghe ragioni non può — a mio parere — condividersi neanche l'altro orientamento, che fa dello stato soggettivo dell'accipiente il criterio discretivo per riconoscere la responsabilità dello stesso per furto. Infatti la tesi di VON VANGEROW⁽¹¹⁾, che tanto plauso ha ricevuto in letteratura⁽¹²⁾, individua quale principio risolutorio della fattispecie lo stato di semplice malafede dell'accipiente. La mera consapevolezza che il pagamento o la *res* percepiti non gli fossero dovuti rendeva l'accipiente legittimato passivo all'*actio furti*, a prescindere dalla presenza di qualsiasi altro requisito.

Ebbene, tale interpretazione riceve decise conferme da alcuni testi, ma risulta inevitabilmente smentita da altri. In modo esattamente speculare a quanto precisatosi a proposito della tesi di Cuiacio⁽¹³⁾, sono proprio, da un lato, l'appena citato passo di D. 13.1.18 (Scaev. 4 *quaest.*)⁽¹⁴⁾, nonché D. 47.2.43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*)⁽¹⁵⁾, ad attestare in modo esplicito che era sufficiente la malafede perché si configurasse la responsabilità per furto del presunto accipiente. Dall'altro lato esistono testimonianze, da cui si desume come la malafede dell'accipiente non bastasse affatto alla configurabilità del delitto. Questi passi, se costituiscono il punto di forza della prima citata tesi di Cuiacio, rappresentano invece un argomento probante contrario all'interpretazione del pandettista tedesco: si tratta di D. 47.2.81(80).6 (Pap. 12 *quaest.*), in cui il falso procuratore era considerato ladro solo se avesse assunto falsamente di fronte al debitore il nome del vero legittimato⁽¹⁶⁾ e di D. 47.2.43.3 (Ulp.

(11) VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandecten* cit., 3, § 625, pp. 412 ss.

(12) In tale senso si vedano THIBAUT, *System* cit., 1, p. 366, § 975, VOIGT, *Ueber die conditiones* cit., p. 770 nt. 724, MOLITOR, *Les obligations* cit., 2, § 851, p. 248, H. FITTING, *Ueber das Wesen* cit., p. 407, WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* cit., 2, § 426 nt. 16, p. 600, DERNBURG-SOKOLOWSKI, *System* cit., p. 840, GIRARD, *Manuale* cit., p. 417 nt. 1, BONFANTE, *Le singole "iustae causae usucapionis"* cit., p. 559 nt. 2, HUVELIN, *Études* cit., 1, pp. 496 ss.; sul punto si rinvia a *supra* § 1.

(13) Cfr. *supra* § precedente.

(14) Cfr. *supra* § 4.

(15) Cfr. *supra* § 2.

(16) Cfr. *supra* § 16.

41 *ad Sab.*), dove solo l'ipotesi di raggiro sulla propria identità integrava un caso di furto ⁽¹⁷⁾.

In realtà altro importante ostacolo alla lettura del criterio della mera malafede dell'accipiente quale chiave interpretativa delle fonti è rappresentato dalla testimonianza di Nerazio in D. 47.2.43.1. Von Vangerow è costretto allora a trovare una giustificazione alla distinzione del giurista sannita a proposito del pagamento al *falsus procurator*, riconducendola alla differenziazione tra una *datio ex causa* e una *datio ob rem*, a seconda se il falso procuratore avesse voluto trasferire la proprietà della cosa all'accipiente oppure intendesse consegnare la cosa all'accipiente al fine di farla poi arrivare al vero creditore ⁽¹⁸⁾. Solo in questo secondo caso l'accipiente commetteva furto, proprio perché percepiva qualcosa da un tradente che intendeva effettuare la consegna non a lui, ma al suo *dominus*, con la conseguenza quindi che la causa del trasferimento si rivelava non presente ⁽¹⁹⁾. Peraltro tale differenziazione, basata sulla finalità della *datio*, non riceve alcuna conferma dall'esame delle singole testimonianze giurisprudenziali in tema di furto, che non lasciano mai intendere l'uso di un sì raffinato tecnicismo ⁽²⁰⁾.

È necessario, a questo punto, accennare ai due passi in tema di usucapione, D. 41.10.3 (Pomp. 22 *ad Sab.*) e D. 41.3.48 (Paul. 2 *manual.*), che, secondo von Vangerow, costituiscono la "pietra d'angolo" della tesi da lui sostenuta ⁽²¹⁾. Il ragionamento fatto dall'autore è il seguente. Sia dato un presunto debitore che aveva *ex causa solvendi* l'intenzione di trasferire la proprietà del danaro da lui ritenuto dovuto. Se l'accipiente era a conoscenza che tale pagamento non era dovuto, in quel preciso momento mancava per lui la causa della *traditio*. Per tale ragione l'accipiente stesso non poteva ricevere il danaro *pro soluto*, ma solo *sine omni causa* e non sarebbe mai potuto diventare proprietario del danaro stesso. La conferma che si trattasse di una *traditio sine omni causa* deriverebbe poi dalla

⁽¹⁷⁾ Cfr. *supra* § 26.

⁽¹⁸⁾ Sul punto si veda *supra* § 2.

⁽¹⁹⁾ VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* cit., 3, § 625, p. 416.

⁽²⁰⁾ Sul punto e su quella che sembra essere la più corretta interpretazione di D. 47.2.43.1, si veda *infra* § 34.

⁽²¹⁾ VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* cit., 3, § 625, p. 414.

inusucapibilità di quanto indebitamente ricevuto. E che l'accipiente non potesse usucapire l'indebito si desumerebbe chiaramente dalle due testimonianze menzionate.

In effetti il primo di questi due passi cita un'altra opinione di Nerazio riportata non da Ulpiano, come accade per la *distinctio* di Nerazio riferita in D. 47.2.43.1, ma da Pomponio:

D. 41.10.3 (Pomp. 22 ad Sab.): *Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi: si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam: quod si nescio, verius est, ut usucapiam, quia ipsa traditio ex causa quam vera esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id quod mihi traditum est pro meo possideam, et ita Neratius scripsit idque verum puto* ⁽²²⁾.

Nella testimonianza, collocata dai compilatori nel titolo *Pro suo*, viene descritta la *traditio* di uno schiavo che *Tu* credeva di dovere ad *Ego* a seguito di *stipulatio*. Ma *Ego* era ben a conoscenza del carattere non dovuto di questa consegna, con la conseguenza che, proprio in quanto era in malafede, non poteva arrivare ad usucapire lo schiavo (*si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam*). Pomponio prospetta poi, citando Nerazio, l'antitetico caso in cui l'accipiente fosse invece in buona fede nel momento in cui riceveva lo schiavo; la soluzione, espressa con le parole *verius est, ut usucapiam*, è nel senso che l'accipiente potesse senz'altro usucapire. Pertanto viene qui ammessa la possibilità di un'usucapione a favore di chi si fosse immesso nel possesso della cosa, pur senza una *iusta causa*, ma nella convinzione, giustificata da varie circostanze obiettive, di essere proprietario ⁽²³⁾. In sostanza, secondo Nerazio, il titolo putativo,

⁽²²⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 696, c. 131.

⁽²³⁾ Su questo passo tormentatissimo nell'ambito della critica romanistica che si è occupata della possibilità per il possessore di usucapire sulla base del suo mero convincimento che la cosa gli appartenesse, si vedano in particolare: TH. MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem bei der usucapio*, Graz-Köln 1962, pp. 62 ss., H. HAUSMANINGER, *Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht*, Wien-München 1964, pp. 49 ss., H.H. JAKOBS, *Error falsae causae*, in *Festschrift W. Flume* 1, Köln 1978, pp. 47 ss., L. VACCA, "Derelictio" e acquisto della "res pro derelicto habitae". *Lettura delle fonti e tradizione sistematica*, Milano 1984, p. 99 nt. 14 e EADEM, "Iusta causa" e "bona fides" nell'"usucapio" romana a proposito del titolo "pro suo", in *Sodalitas*. Scritti in

e quindi il titolo che non esisteva se non nella mente del possessore, era ritenuto assolutamente sufficiente al fine di consolidare il possesso sulla cosa ⁽²⁴⁾.

Ebbene, secondo von Vangerow, nel testo l'impossibilità per l'accipiente in malafede di usucapire lo schiavo conferma l'impossibilità per l'accipiente stesso di diventare proprietario di quanto sapeva non essergli dovuto. Come non sarebbe stato possibile per chi era in malafede usucapire la cosa altrui, così non sarebbe stato possibile per il soggetto in malafede ricevere quanto non dovuto senza essere responsabile per furto.

Tuttavia è evidente che, nel passo di Pomponio, manchi ogni esplicito riferimento al furto. Come è già stato opportunamente osservato ⁽²⁵⁾, il giurista precisa chiaramente che l'usucapione era impedita per mancanza della buona fede, mentre nulla dice sulla necessità della malafede dell'accipiente ai fini della sussistenza del furto. Invero, senza potersi qui soffermare, perché esulerebbe ovviamente dagli obiettivi che questo lavoro si propone di raggiungere, sulle regole in materia di usucapione e, in particolare, sulla diverse *causae usucapionis* ⁽²⁶⁾, si può osservare che pare azzardato fondare una tesi sulla responsa-

onore di A. Guarino, 4, Napoli 1984, pp. 1959 ss., M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in Iura 39, 1988, p. 67, W. FLUME, *Die iusta causa traditionis und usucapionis*, in Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken, Paderborn-München-Wien-Zürich 1990, pp. 59 s., CANNATA, *Atto cit.*, p. 347, SCHANBACHER, *Zur Bedeutung der Leistungszwecksbestimmung cit.*, p. 15 nt. 78, MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio cit.*, pp. 76 s.; citano il passo anche FERRINI, *Manuale cit.*, p. 316 nt. 6, KASER, *Das römische Privatrecht cit.*, 1, p. 421 nt. 28.

⁽²⁴⁾ L'attribuibilità a Nerazio di questa regola ha fatto pensare addirittura ad un tentativo del giurista sannita di dare un fondamento teorico all'usucapione fondata sulla sola buona fede: in tale senso cfr. soprattutto SCARANO USSANI, *Ermeneutica, diritto e "valori"* cit., pp. 150 ss. e, sebbene in termini molto più prudenti, anche MITTELSTEN SCHEID, *Die Vorliebe cit.*, pp. 224 ss. e MAIFELD, *Die aequitas cit.*, p. 122; si limita a menzionare il passo come uno di quelli in cui Pomponio citava Nerazio, T. HONORÉ, *The "Fragmentum Dositheanum"*, in RIDA, 12, 1965, p. 307 nt. 32.

⁽²⁵⁾ In tale senso FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto cit.*, p. 152: «Ma qui l'usucapione è impedita perché essa esige naturalmente la buona fede; ed è chiaro che nel caso nostro di buona fede dell'accipiente non si può discorrere».

⁽²⁶⁾ Si rinvia, per un quadro delle singole situazioni tipizzate, che venivano considerate cause sufficienti per giustificare l'usucapione, a L. VACCA, *Usucapione. Diritto romano*, in ED, 45, 1992, c. 1003 ss. e, per le indicazioni bibliografiche sul tema, c. 1020 ss.

bilità per furto dell'accipiente in malafede su un passo, in cui la fattispecie di furto è da sottintendere quale passaggio successivo o quale elemento concatenato di un ragionamento, che si limita invece a specificare la sola inusucapibilità della cosa posseduta in malafede.

Del resto, anche il secondo passo, citato da von Vangerow a sostegno della sua tesi, non fa alcuna menzione del delitto di furto:

D. 41.3.48 (Paul. 2 *manual.*): *Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse aliud, si putem me ex causa venditi teneri et ideo tradam: hic enim nisi emptio praecedat, pro emptore usucapio locum non habet. diversitatis causa in illo est, quod in ceteris causis solutionis tempus inspicitur neque interest, cum stipulor, sciam alienum esse nec ne: sufficit enim me putare tuum esse, cum solvis: in emptione autem et contractus tempus inspicitur et quo solvitur: nec potest pro emptore usucapere, qui non emit, nec pro soluto, sicut in ceteris contractibus* ⁽²⁷⁾.

Qui Paolo si pone una fondamentale questione sempre in materia di usucapione, chiedendosi perché chi avesse ricevuto *pro soluto* una cosa non promessa potesse usucapire, mentre non potesse farlo chi avesse ricevuto *pro empto* una cosa non venduta. Infatti l'accipiente in buona fede usucapiva *pro soluto*, anche se non fosse esistita una *stipulatio* valida, mentre lo stesso non avrebbe potuto usucapire nulla in assenza di una vendita valida. Per rispondere all'interrogativo postosi, il giuriconsulto si basa su una considerazione relativa alla buona fede nell'acquisto, sostenendo che l'accipiente in malafede non potesse mai usucapire e quindi né *pro soluto* né *pro empto* ⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ LENEL, *Palingenesia* cit., 1, § 1010, c. 1138.

⁽²⁸⁾ Sul passo e sulla complessa questione di quale era il momento in cui l'acquirente doveva essere in buona fede al fine di perfezionare l'acquisto, si vedano FERRINI, *Manuale* cit., p. 316 nt. 6, KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 1, p. 421 nt. 28, MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem* cit., pp. 89 ss., JAKOBS, *Error falsae causae* cit., pp. 47 ss., P. APATHY, *Die actio Publiciana beim Doppelkauf vom Nichteigentümer*, in ZSS, 99, 1982, p. 164 nt. 24, VACCA, "Iusta causa" e "bona fides" nell'"usucapio" romana cit.,

Ma è soprattutto la frase iniziale quella che presenta interesse nella ricostruzione di von Vangerow: *Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse* (29). Infatti chi fosse stato in buona fede, avrebbe potuto usucapire la cosa, da cui deriva che solo la *traditio ex causa* avrebbe legittimato l'accipiente a possedere *pro suo*. L'autore tedesco sostiene quindi che si sarebbe verificato lo stesso nell'ipotesi dell'accipiente in malafede: in ragione dell'assenza di causa del trasferimento, l'accipiente stesso sarebbe stato da ritenersi responsabile di furto. Nondimeno anche in questo caso sembrano mancare del tutto gli elementi per desumere una regola relativa al furto dell'accipiente in malafede da un passo, che cerca invece di risolvere una questione in tema di *usucapio pro soluto* e di *usucapio pro empto*.

In definitiva, le due testimonianze — a mio modo di vedere — non sono così determinanti come l'autore vorrebbe fare credere. Che l'inusucapibilità potesse dipendere dalla natura *furtiva* della *res* è possibile, ma quello che mi sembra mancare è l'anello di connessione tra la materia dell'usucapione *pro soluto* e quella della riscossione dell'accipiente in malafede. Non solo. Se anche si volesse desumere da tali testimonianze una regola relativa all'ambito di applicazione del furto, ciò non toglierebbe che esse non attestino nulla in più di quanto già emerge da quei passi esaminati, come da D. 13.1.18 (Scaev. 4 *quaest.*) (30), che lascia intendere la regola della responsabilità per furto dell'accipiente in caso di malafede dello stesso in modo ben più esplicito. A mio parere, quello che neanche i due testi in tema di usucapione risolvono, se anche da essi si volesse arguire un'implicita connessione con la materia del furto, è per quale ragione, in altre fonti citate, come in D. 47.2.81(80).6 (Pap. 12 *quaest.*) (31) e in D. 47.2.43.3 (Ulp. 41 *ad Sab.*) (32), la malafede

pp. 1967 ss., FLUME, *Die iusta causa traditionis und usucapionis* cit., pp. 59 s., CANNATA, *Atto* cit., p. 347; cita il passo a proposito dell'espressione *ceteris contractibus*, A. BURDESE, *Recenti prospettive in tema di contratti*, in Labeo, 38, 1992, p. 215; lo menziona invece, in ragione della presenza in esso della locuzione "*usucapio sequitur*", B. NOORDRAVEN, *Die "fiducia" im römischen Recht*, in Index, 18, 1990, p. 259 nt. 68.

(29) VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* cit., 3, § 625, p. 414.

(30) Cfr. *supra* § 4.

(31) Cfr. *supra* § 16.

(32) Cfr. *supra* § 26.

non risulta essere un requisito sufficiente per la configurabilità del furto.

31. *Critica della tesi dello ius controversum.*

Un altro dei tentativi interpretativi, avanzati in letteratura per trovare il bandolo della matassa in materia di responsabilità dell'accipiente in malafede, è stato quello di giustificare le contraddizioni dei testi, attribuendole all'esistenza di opinioni divergenti nell'ambito della giurisprudenza romana. In particolare, vi è chi ha voluto distinguere nei brani in questione una controversia risalente addirittura alle due *sectae* di età augustea, i sabiniani e i proculiani ⁽³³⁾. Secondo tale tesi i seguaci della scuola sabiniana avrebbero considerato il presunto accipiente sempre responsabile per furto, mentre gli esponenti della scuola proculiana avrebbero voluto in qualche modo delimitare la responsabilità dell'accipiente ad alcuni specifici casi. Il primo orientamento avrebbe fatto capo a Giuliano, mentre il secondo a Proculo, Nerazio e Celso; la contrapposizione si sarebbe poi conservata nel tempo fino ad essere, più tardi, professata da Scevola e Ulpiano da una parte, da Papiniano e Paolo dall'altra.

Ora, se non può negarsi che i testi in materia siano spesso in antitesi, ipotizzare un aperto iato tra i due famosi circoli scientifici è senza dubbio molto suggestivo, ma non altrettanto comprovato dalle fonti esaminate. Infatti si è visto che le testimonianze giurisprudenziali prevedono ora la responsabilità dell'accipiente in caso di semplice malafede, ora la responsabilità dello stesso solo nell'ipotesi di una condotta attiva volta a trarre in inganno il tradente. Ma mai — almeno nei passi di cui disponiamo — si intuisce il riferimento ad una diatriba consapevole e avvertita come tale e tanto meno si ritrova, o si percepisce, la critica di un giurista all'opinione di qualche suo predecessore su questa specifica questione. Pertanto, la logica di chi vuole arguire dalla contrapposizione tra i testi l'esistenza di un'antica discussione da ascrivere alle due scuole augustee difetta di un nesso di consequenzialità e sembra forse da giudicarsi più fantasiosa che stimolante.

⁽³³⁾ FITTING, *Sciens indebitum accipiens* cit., pp. 42 ss., la cui opinione è ripresa e interamente condivisa da JOLOWICZ, *Digest XLVII.2* cit., p. xxviii; cfr. *supra* § 3.

Pur senza arrivare ad ipotizzare una controversia tra le scuole di età augustea, all'ordine di idee dell'esistenza di uno *ius controversum* si sono peraltro allineati altri autori moderni ⁽³⁴⁾. Si è infatti considerata l'opinione di Nerazio, riferita in D. 47.2.43.1, completamente isolata nell'ambito della giurisprudenza classica: essa sarebbe stata eccessivamente sottile e quindi non condivisibile da altri giureconsulti, rivelandosi pertanto un'opinione del tutto minoritaria rispetto all'orientamento prevalente tra i *prudentes* ⁽³⁵⁾.

Tuttavia neanche tale più cauta interpretazione sembra trovare conforto nelle fonti. Si è infatti potuto constatare che la distinzione di Nerazio basata sulla volontà del tradente non costituisca affatto un unicum, ma ritorni in tante altre testimonianze, per cui l'idea che si trattasse di un'opinione del tutto isolata o comunque minoritaria ne risulta inevitabilmente smentita. Così, in particolare, in D. 47.2.52.22 (Ulp. 37 *ad ed.*), si trova addirittura l'esplicita precisazione del ruolo decisivo che l'intenzione di chi pagava assumeva ai fini del trasferimento della proprietà e quindi della responsabilità per furto dell'accipiente: *non enim ex voluntate venditoris accipis, cum erret in pondere* ⁽³⁶⁾. Analogamente, in D. 9.4.38.3 (Ulp. 37 *ad ed.*), nel caso del servo che percepiva del danaro e poi, senza consegnarlo al *dominus*, lo teneva per sé, viene precisata l'intenzione del tradente di volere trasferire il danaro non al servo, ma al suo *dominus*: *solverim nummos, ut si eos domino suo det* ⁽³⁷⁾. Dalla lettura dei testi si desume, in definitiva, che la volontà del tradente, quale criterio discretivo per distinguere quando ricorresse o meno la responsabilità per furto dell'accipiente in malafede, non possa affatto ritenersi un tratto originale del pensiero di Nerazio.

⁽³⁴⁾ In tale senso (su tale orientamento cfr. già *supra* § 3) si vedano APPLETON, *Histoire* cit., p. 291 nt. 25, BUCKLAND, *Digest XLVII.2* cit., p. 119, SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., p. 256 nt. 12, KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 1, p. 615 nt. 15, ALBANESE, *La nozione di furtum da Nerazio a Marciano* cit., pp. 92 s.

⁽³⁵⁾ Cfr., in particolare, ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 92.

⁽³⁶⁾ Cfr. *supra* § 19.

⁽³⁷⁾ Cfr. *supra* § 9.

32. *Il criterio dell'« Hingabewille ».*

A questo punto, ritenuti non persuasivi tre dei quattro principali orientamenti che si sono profilati in letteratura nello sforzo di comprendere come la giurisprudenza romana sanzionasse la condotta dello *sciens indebitum accipiens*, resta da valutare, sulla base delle risultanze delle fonti esaminate, la tesi risalente a Francke. Nonostante le forti critiche di von Vangerow di cui è stato bersaglio tale orientamento, esso mi sembra avere contenuti di verosimiglianza, almeno per quanto riguarda le modalità con cui l'autore cerca di giustificare le antitetiche soluzioni del caso attestate dai passi che ci sono pervenuti. L'affermazione per cui la sussistenza del furto dipendeva non tanto dallo stato soggettivo dell'accipiente, quanto dall'intenzione di colui che poneva in essere la consegna, sembra infatti cogliere nel segno la problematica della riscossione dell'accipiente in malafede. Ciò che rilevava perché fosse integrata la fattispecie di furto era ciò che il tradente avesse intenzione di fare nel momento in cui consegnava la cosa all'accipiente: quest'ultimo commetteva furto solo se il tradente non intendeva trasferirgli quella cosa o quel danaro determinato. Peraltro Francke, enucleando dal passo di Nerazio di D. 47.2.43.1, l'elemento dell'*invito domino* come requisito che deve essere presente perché il falso procuratore potesse considerarsi responsabile di furto, accenna ad altre testimonianze giurisprudenziali che confermano la sua ipotesi, senza tuttavia approfondirne l'esame né ampliare un'indagine che rimane circoscritta ad un ambito abbastanza ristretto.

Ora, a mio modo di vedere, — come è già emerso dalle fonti esaminate — il brano di Nerazio non è affatto l'unico da cui affiori la rilevanza della volontà del tradente ai fini della risoluzione del caso. In diversi passi, sia in tema di condotta del *falsus procurator* sia del *falsus creditor*, sia nei casi in cui l'accipiente simulasse il proprio titolo sia in quelli in cui simulasse la propria identità, si distingue indifferentemente il riferimento all'intenzione del tradente. Se, in D. 47.2.52.22 (Ulp. 37 *ad ed.*), si trova addirittura l'esplicita precisazione *non enim ex voluntate venditoris accipis, cum erret in pondere* ⁽³⁸⁾, in altre

⁽³⁸⁾ Cfr. *supra* § 19.

testimonianze si precisa in modo un po' meno evidente, ma comunque limpido, che la proprietà del danaro non passava all'accipiente. Così si verifica infatti non solo in D. 47.2.43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*), in cui è specificato *furtum facit nec nummi eius fient* ⁽³⁹⁾, ma anche in D. 47.2.44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*), in cui la frase *et nummi debitoris erunt* chiarisce che le monete rimanevano di proprietà del delegante-debitore e non passavano invece al legittimato apparente ⁽⁴⁰⁾. Un simile riferimento si ritrova inoltre alla fine di D. 24.1.3.12 (Ulp. 32 *ad Sab.*), dove la frase *et ipsam pecuniam tuam esse* mette in evidenza che il danaro rimaneva di proprietà del debitore e non passava invece al *falsus procurator*, che di conseguenza risultava essere responsabile per furto ⁽⁴¹⁾. Analogamente, in D. 46.3.38.1 (Afric. 7 *quaest.*), viene precisato con le parole *mansuros eos debitoris* che le monete rimanevano del debitore e non passavano in proprietà a Tizio, cui era stato revocato l'incarico di incassarle ⁽⁴²⁾.

In sostanza, dall'esegesi dei testi l'intuizione di Francke risulta ricevere solo conferme. Sebbene Nerazio delinei il criterio della volontà del tradente per il caso in cui a riscuotere il pagamento fosse un *falsus procurator*, si è visto che lo stesso criterio affiora anche in relazione all'ipotesi della *solutio* al *falsus creditor*. Ma allora si può affermare con una certa verosimiglianza che la testimonianza di Nerazio di D. 47.2.43.1 non vada affatto considerata come un'opinione isolata nell'ambito della giurisprudenza classica, bensì come quella che enuncia finalmente in modo chiaro e consapevole il criterio risolutore della fattispecie di riscossione dell'accipiente in malafede.

Rimane tuttavia ancora da chiarire la critica mossa alla tesi di Francke. Secondo von Vangerow infatti tale tesi risulta decisamente smentita dal contenuto del passo di D. 13.1.18 ⁽⁴³⁾. In effetti non può negarsi che il passo di Cervidio Scevola enunci la regola per cui *qui sciens indebitum accipit* commetteva sempre furto. Né può negarsi che da tale brano si desuma esclusivamente

⁽³⁹⁾ Cfr. *supra* § 2.

⁽⁴⁰⁾ Si veda *supra* § 7.

⁽⁴¹⁾ Cfr. *supra* § 8.

⁽⁴²⁾ Cfr. *supra* § 15.

⁽⁴³⁾ Cfr. *supra* § 4.

la rilevanza dello stato di malafede dell'accipiente, mentre nessun riferimento risulta essere fatto all'intenzione del tradente. Tuttavia — per quanto mi consta — non bisogna trascurare che Cervidio Scevola nel passo in questione non sta riflettendo sul delitto di furto, bensì su quale fosse il soggetto che potesse esperire l'azione reipersecutoria contro l'accipiente in malafede e cioè se potesse agire il *procurator* che aveva pagato con danaro proprio e se potesse agire in alternativa il *dominus*, qualora avesse ratificato tale pagamento. In sostanza, al giurista non interessava in questa sede discutere in quali casi il falso procuratore commettesse furto. Che lo stesso fosse responsabile di furto, costituiva piuttosto un dato scontato da cui poi partire per risolvere la questione della legittimazione attiva alla *condictio*. Non si vuole con ciò certamente sostenere che Scevola non sia stato preciso nella sua enunciazione, ma si intende piuttosto mettere in evidenza che l'affermazione è formulata in termini talmente generici da potere sottintendere qualsiasi dato. Si è già accennato alla possibilità di intendere la locuzione dello *sciens indebitum accipiens*, o meglio l'espressione, riportata nel passo, di *quis indebitos nummos sciens acceperit*, riferita sia al falso creditore, sia al falso procuratore ⁽⁴⁴⁾. Ma si può allora intuire dalle righe del testo anche un dato che è del tutto inespresso e cioè che, nel caso di specie, il tradente non aveva l'intenzione di trasferire la proprietà di quanto non dovuto a quel presunto legittimato o a quel presunto creditore.

Viene in luce a questo punto un aspetto di grande importanza che va necessariamente precisato. Se anche si ammette che manchi, nella fattispecie descritta da Scevola, la volontà del tradente di trasferire il danaro al falso legittimato o al falso creditore, ciò non implica di per sé che l'accipiente fosse in malafede. E con questo rilievo si introduce inevitabilmente un correttivo all'opinione di Francke. Senza dubbio ora il *falsus procurator*, ora il *falsus creditor* — come l'attributo *falsus* inequivocabilmente evidenzia — versano in uno stato di malafede. Ma allora è inevitabile porsi un interrogativo che finora si è ommesso di affrontare e cioè se la volontà del tradente di trasferire qualcosa ad una persona diversa da quella apparentemente legittimata o creditrice — e

⁽⁴⁴⁾ Al riguardo cfr. *supra* § 4, nonché *infra* § 35.

cioè il criterio discretivo finora rivelatosi il più persuasivo — fosse di per sé sufficiente a configurare il furto. La domanda si può formulare anche in altri termini, chiedendosi se, data tale volontà del tradente, l'accipiente commettesse furto anche nell'ipotesi in cui ignorasse l'errore del tradente e ritenesse che la cosa o il danaro gli fossero dovuti. La risposta non può che essere negativa. Nonostante la volontà del tradente di trasferire la proprietà ad altri soggetti diversi dall'accipiente, la buona fede di tale accipiente avrebbe senz'altro escluso il furto. Si sarebbe trattato di un pagamento indebito ripetibile tramite la *condictio indebiti*, ma non sarebbe venuta in essere nessuna responsabilità per furto. Per quanto mi consta — allontanandomi quindi in parte dall'opinione di Francke — la responsabilità per furto nasceva sì qualora il tradente non avesse intenzione di trasferire la proprietà della cosa o del danaro a quell'accipiente, ma era anche necessario che, in concomitanza, l'accipiente fosse consapevole che la cosa o il danaro non gli fossero dovuti. In sostanza, dall'esame congiunto delle varie testimonianze sembra potersi arguire un'unica costante: solo la presenza simultanea di questi due requisiti faceva sì che l'accipiente fosse convenuto in giudizio per furto.

Si apre a questo punto la possibilità di guardare alla responsabilità dell'accipiente in malafede in una nuova prospettiva. I due requisiti, perché fosse riconoscibile la sussistenza del furto, da un lato la mancanza della volontà del tradente al trasferimento della proprietà a quella persona, dall'altro la malafede dell'accipiente, sono in realtà tra loro strettamente concatenati. Costatare che il tradente non volesse trasferire la proprietà e l'accipiente dovesse essere a conoscenza di tale sua mancata intenzione equivale a constatare che l'accipiente era tenuto a sapere esattamente che il tradente non intendeva affatto trasferire a lui la proprietà. Così prospettata la questione, si può allora affermare che il criterio dell'« Hingabewille » del tradente, il quale, per quanto emerge dalle fonti, consentiva di distinguere in quali casi l'accipiente in malafede commettesse furto, può essere inteso — in una certa prospettiva — come un criterio che riguarda comunque lo stato soggettivo dell'autore del furto. In sostanza l'accipiente poteva essere considerato ladro solo se, in seguito all'accertamento sul suo stato psicologico, fosse risultato che avesse agito consapevolmente *invito domino*.

È del resto ben noto come l'*agere invito domino* non sia altro che il *dolus malus* tipico del furto. Come ha ben saputo mettere in evidenza ALBANESE, fu soprattutto a partire dagli ultimi secoli della Repubblica che la giurisprudenza procedette a mettere a fuoco gli elementi costitutivi della fattispecie di furto nel tentativo di definirne la nozione ⁽⁴⁵⁾. In tale lavoro di delineamento dei confini i giuristi si sarebbero più volte dedicati a tratteggiare il profilo soggettivo del delitto in questione. In particolare, perché la *contrectatio* integrasse il furto, era ritenuto essenziale che essa fosse stata posta in essere contro la volontà del proprietario. Sarebbe stato poi con l'andare del tempo che i giuristi avrebbero enucleato la necessarietà, in capo al ladro, dell'*animus lucri faciendi*, in quanto tale nuovo requisito consentiva di punire una fattispecie che altrimenti non avrebbe trovato alcuna sanzione e cioè il *furtum suae rei*. Infatti, se fosse stata richiesta sempre e solo una condotta di *agere invito domino*, chi sottraeva la cosa propria non avrebbe potuto essere punito, avendosi esatta concidenza tra colui che agiva contro la volontà del proprietario e il proprietario stesso ⁽⁴⁶⁾. Ora, a prescindere da approfondimenti sull'elemento subiettivo del furto, che qui interessa solo ed esclusivamente in relazione alla specifica fattispecie della riscossione fraudolenta del non dovuto, quanto qui importa mettere in evidenza è come i due requisiti emersi dall'analisi delle fonti, e cioè l'« Hingabewille » e la malafede dell'accipiente, si intreccino intimamente fra loro, rivelandosi quasi come due facce della stessa medaglia.

33. *La distinctio di Taleleo in merito all'« Hingabewille ».*

Una conferma della verosimiglianza del criterio dell'« Hingabewille » sembra potersi desumere da un insegnamento di Taleleo, fortunatamente giunto fino a noi in un'annotazione di

⁽⁴⁵⁾ Cfr., in particolare, ALBANESE, *v. Furto* cit., p. 316.

⁽⁴⁶⁾ Da più fonti esaminate è emerso come l'*animus lucri faciendi* fosse richiesto per la configurabilità del furto, ma costituisse comunque un elemento ulteriore rispetto alla fattispecie del delitto, corrispondente alla categoria moderna della "specificità del dolo": cfr. *supra* § 5 e *infra* §§ 15, 17 e 20.

Stefano a D. 13.1.18 (Scaev. 4 *quaest.*), riferita da uno scolio al corrispondente passo dei Basilici ⁽⁴⁷⁾:

Sc. IX ad B. 60.10.18: Σημείωσαι, ὅτι ὁ ἰνδέβιτον ἐν εἰδήσει λαβῶν κλοπὴν ἀμαρτάνει. ‘Λαβῶν’ εἶπον· εἰ γὰρ μὴ λάβῃ, ἀλλὰ δελεγατεύσει τὸν μέλλοντα αὐτῷ καταβαλεῖν τὸ ἰνδέβιτον, οὐχ ἀμαρτάνει κλοπὴν, εἰ μὴ ἄρα παρόντος αὐτοῦ κατεβλήθη τὸ ἰνδέβιτον. Οὕτως ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ μζ’. Βιβ. τιτ. β’. διγ. μγ’. θεμ. γ’. ἦτοι τιτ. ιβ’. φησίν. Σημείωσαι δέ, ὅτι οὐ γίνεταί τοῦ ληφθέντος δεσπότης ὁ ἐν εἰδήσει λαβῶν τὸ ἰνδέβιτον· ἢ γὰρ ἂν οὐκ ἐνήγετο τῷ φουρτίβῳ κονδικτικίῳ κατὰ μὴ δεσπότητος γὰρ πέφυκεν ὁ φουρτιβὸς κινεῖσθαι κονδικτικίως. Τὸ αὐτὸ φεσι καὶ ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ μζ’. βιβ. τιτ. β’. διγ. με’. (46pr.). Ἰσθι δέ, ὅτι ἐάν τις μὴ ὦν προκουράτωρ εἴπη ἑαυτὸν προκουράτωρα εἶναι Τιτίου καὶ λάβῃ παρὰ τινος τῶν αὐτοῦ δεβιτόρων, τότε τῇ φούρτι κατέχεται, ὅτε τὸ ὄνομα τοῦ ἀληθοῦς προκουράτωρος Τιτίου πλασάμενος καὶ περιθεῖς ἑαυτῷ τὴν ‘CONUERIT’ ἐμεθόδευσε τὸν ἀληθῆ Τιτίου δεβιτορα, τουτέστιν ὑπομνήσας ἔλαβεν, ἔξω μέντοι δικαστηρίου, ὡς ὁ Παπιανὸς πολλάκις φθάσας ἐδίδαξεν, ὅτι ‘CONBENERET’ δηλοῖ καὶ τὴν ἔξω δικαστηρίου γενομένην ὑπόμνησιν. Καὶ ἡ τοιαύτη διάστιξις κρατεῖ καὶ ἐπὶ τῶν πλασαμένων ἑαυτοὺς εἶναι Τιτίου κληρονόμους, ὡς ὁ Παπιανὸς ἐν τῷ μζ’. βιβ. τιτ. β’. διγ. πγ’. (81?) φησὶ θεμ. τελ. ἡγουν τιτ. ιβ’. [τὸν ἀληθῆ Τιτίον δεβιτορα] Θαλέλαιος μέντοι ὁ μακαρίτης τῇ αὐτῇ κέχρηται διαστίξει ἐπὶ παντός ἐν εἰδήσει λαβόντος ἰνδέβιτον, ἐμφαντικῶς δεξάμενος τὸ CONUENERIT. Γέγει γὰρ, ὅτι εἰ μὲν προσενεχθῆ τινὶ τὸ ἰνδέβιτον καὶ σιωπήσας ἐκεῖνο λάβῃ οὐκ ⁽⁴⁸⁾ ἀγνοῶν εἶναι ἰνδέβι-

⁽⁴⁷⁾ Sul ruolo spesso prezioso delle fonti bizantine, non sempre adeguatamente utilizzate nello studio del diritto romano, si rinvia al saggio ammonimento di ZACHARIA VON LINGENTHAL, *Die Meinungsverschiedenheiten unter den Justinianischen Juristen*, in ZSS, 6, 1885, p. 1, che ancora oggi si rivela straordinariamente attuale: « Noch immer wir der Schatz, den uns die byzantinischen Rechtsquellen zueröffnen vermögen, nicht hinreichend von der gelehrten Welt gewürdigt. Insbesondere ist es auffallend, wie wenig unsere Romanisten aus dieser Quelle zu schöpfen verstehen, als ob es auch noch heut zu Tage hiesse: *Graeca sunt, non leguntur*. Und doch erfahren wir hier so Manches, was zu weiteren Forschungen auffordert ». Per avere ampliato le mie prospettive di conoscenza su queste fonti, con particolare riferimento a molti aspetti di questa annotazione di Stefano, sono sentitamente grata al professor Fausto Gorla.

⁽⁴⁸⁾ Sull'opportunità di inserire qui la negazione si veda D.C.G.E. HEIMBACH,

τον, οὐχ ἁμαρτάνει κλοπὴν ἡ δοκεῖ γὰρ κατὰ γνώμην δεσπότου ψηλαφᾶν τὸ καταβληθέν. Εἰ δὲ μὴ προσηνέχθη αὐτῷ, ἀλλ' αὐτὸς ἐκίνησε καὶ ἀπήτησε, τότε ὡς δοκῶν παρὰ γνώμην δεσπότου ψηλαφᾶν τὸ ἀλλότριον κλοπὴν ἁμαρτάνει. Ἄλλ' εἴ τις ἐμφαντικῶς χρήσεται τῷ 'κουνουενερίτ', ἕτερος αὐτῷ ἀνθίσταται λόγος: RES γὰρ PRO IUDICATA PRUERITATE. Καὶ ἐπὶ αὐτοῦ γὰρ τοῦ περιθέντος ἑαυτῷ τὴν τοῦ ἀληθοῦς προκουράτωρος προσηγορίαν, εἰ δέξεται τις ἐμφαντικῶς τὸ 'κουνουενέρειτ', διὰ τοῦτο καὶ ἀποφάσεως ἐξενεχθείσης χάωρα τῇ φύρτι, ἐπειδὴ πλαστὴν ἑαυτῷ προκουράτωρος περιτέθεικε προσηγορίαν. Ὁ δὲ ἀπὸ πλαστοῦ τινος νικήσας ἀσύστατον τὴν ἰουδικάτι ποιεῖ, ὡς ἀνήνεκται βιβ. ζ'. τοῦ Κώδικος τιτ. νη'. ἐν ταῖς ὑποκειμέναις τῷ τίτλῳ διατάξεσιν (49).

Nel commento alla responsabilità per furto dello *sciens indebitum accipiens* quale descritta dal passo di Scevola, Stefano comincia a porre in rilievo che, per commettere furto, il soggetto doveva materialmente percepire la cosa. A conferma della necessarietà del contatto corporeo con la cosa viene citato il passo di D. 47.2.43.2 (Ulp. 41 *ad Sab.*), in cui un soggetto, ben consapevole di non essere creditore, delegava il suo presunto debitore a pagare ad un terzo: il delegante poteva essere ritenuto responsabile per furto nella sola ipotesi in cui fosse fisicamente presente al momento dell'effettuazione materiale del pagamento dal delegato al delegatario (50). Stefano fa altresì riferimento all'accipiente, precisando che questi, proprio in ragione del suo stato di malafede nel momento in cui riceveva quanto non gli era dovuto, non diventava proprietario di quanto

Basilicorum libri LX, 5, Lipsiae 1833, p. 445 nt. h; è in realtà possibile congetturare che in origine il testo contenesse tale negazione, ma che un copista nel riportare lo scolio l'abbia poi eliminata, magari perché non riusciva a capire il senso della distinzione di Taleleo.

(49) SCHELTEMA-HOLWERDA-VAN DER WAL, *Basilicorum libri LX. Series B. Volumen VIII. Scholia in libros LVIII-LX* cit., 8, pp. 3327 s.; per una traduzione latina dello scolio si rinvia a HEIMBACH, *Basilicorum libri LX* cit., 5, p. 445. Si è già accennato a tale annotazione di Stefano in merito al testo di D. 47.2.81(80).6 (Pap. 12 *quaest.*), su cui cfr. *supra* § 16.

(50) D. 47.2.43.2: *Si is, qui indebitum accipiebat, delegaverit solvendum, non erit furti actio, si eo absente solutum sit: ceterum si praesente, alia causa est et furtum fecit;* per un'esegesi di questo passo si veda *supra* § 22.

percepito. Viene quindi fatto cenno alla legittimazione passiva di tale soggetto alla *condictio ex causa furtiva*, tramite la menzione di un altro passo che prevede, tra l'altro, un'ipotesi di applicazione di tale azione e cioè D. 47.2.46 pr. (Ulp. 42 *ad Sab.*)⁽⁵¹⁾. A questo punto viene citata la fattispecie descritta in D. 47.2.81(80).6 (Pap. 12 *quaest.*)⁽⁵²⁾, in cui un soggetto fingeva di essere procuratore di Tizio, spendendone il nome, e riscuoteva sotto tali vesti quanto non spettava a lui, ma a Tizio stesso. Peraltro — come si è già avuto modo di accennare — il testo di Papiniano che Stefano commenta era diverso da quello riportato nel Digesto, presentando, in luogo di *circumvenerit*, la diversa forma verbale *convenerit*⁽⁵³⁾.

Invero l'aspetto che qui maggiormente importa dello scolio è quanto viene riferito subito dopo, introdotto dalle parole Θαλέλαιος μέντοι ὁ μακαρίτης. Viene infatti citata l'opinione del famoso *antecessor* giustiniano, verosimilmente il maestro dello stesso Stefano⁽⁵⁴⁾. Al celebre commentatore del Codice Giusti-

(51) D.47.2.46 pr.: *Inter omnes constat, etiamsi extincta sit res furtiva, attamen furti remanere actionem adversus furem. proinde mortuo quoque homine, quem quis furto abstulit, viget furti actio. sed nec manumissio furti actionem extinguit: nec enim dissimilis est morti manumissio quod ad subtrahendum domino servum. apparet itaque, qualiterqualiter domino sit servus subtractus, attamen superesse adversus furem furti actionem, eoque iure utimur: competit enim actio non ideo, quia nunc abest, sed quia umquam beneficio furis afuit. hoc idem in condictione quoque placet: nam condici furi potest, etiamsi res sit aliqua ratione extincta. hoc idem dicendum, si res in potestatem hostium pervenerit: nam constat posse de ea furti agi. sed et si pro derelicto sit postea a domino habita, furti nihilo minus agi poterit; Stefano cita tale passo come D. 47.2.45.*

(52) D. 47.2.81(80).6: *Falsus autem procurator ita demum furtum pecuniae faciet, si nomine quoque veri procuratoris, quem creditor habuit, adsumpto debitorem alienum circumvenerit. quod aequè probatur et in eo, qui sibi deberi pecuniam ut heredi Sempronii creditoris adseveravit, cum esset alius, su cui cfr. supra § 16.*

(53) Sulla maggiore verosimiglianza dell'ipotesi per cui Papiniano abbia effettivamente scritto *circumvenerit* in luogo di *convenerit*, si veda *supra* § 16.

(54) Sull'uso di Stefano di citare, nel suo commentario al Digesto, tra gli otto famosi destinatari della costituzione *Omnem* soprattutto Teofilo, ma anche Taleleo e Doroteo, si vedano D.C.G.E. HEIMBACH, *Basilicorum libri LX. Prolegomena et manuale Basilicorum continens*, 6, Lipsiae 1870, p. 50 s., specificando (p. 49) che Stefano era verosimilmente allievo di Taleleo: « si verum est, quod conieci, Stephanum fuisse Thalelaii auditorem » e B. KÜBLER, *v. Stephanos 14/15*, in PW, 6.2, 1929, c. 2401 s.; sull'indice dei Digesti di Stefano si veda anche, con particolare riferimento all'accuratezza delle citazioni ivi contenute, C. FERRINI, *Intorno all'indice de' Digesti di Stefano*

naneo ⁽⁵⁵⁾ Stefano ascrive un'importante distinzione in tema di furto dell'accipiente in malafede. Secondo Taleleo era da differenziare il caso di chi percepiva quanto non gli era dovuto, quando ciò avveniva in linea con la volontà del proprietario della cosa o del danaro, da quello in cui ciò accadeva in mancanza dell'intenzione del proprietario di trasferire la proprietà all'accipiente. Ebbene, solo nella seconda ipotesi, ovvero quella della dazione *invito domino*, l'accipiente era da ritenersi responsabile di furto (τότε ὡς δοκῶν παρὰ γνώμην δεσπότου ψηλαφᾶν τὸ ἀλλότριον κλοπὴν ἀμαρτάνει).

Nel commento al passo di Papiniano, in D. 47.2.81(80).6, Stefano prospetta poi l'eventualità che nel processo intervenisse la sentenza ⁽⁵⁶⁾. Papiniano avrebbe infatti dato un'accezione molto ampia al verbo *convenerit*, e intendendolo sia nel senso di esigere dal debitore il pagamento sia di convenire in giudizio il debitore stesso ('CONBENÉRET' δηλοῖ καὶ τὴν ἔξω δικαστηρίου γενομένην ὑπόμνησιν). Pertanto, una volta instaurato il giudizio, se la sentenza avesse accertato che chi aveva assunto una falsa identità aveva preteso quanto non gli era affatto dovuto, tale *falsus procurator* sarebbe stato a maggior ragione responsabile di furto. In realtà, egli sarebbe stato tenuto non solo per furto, ma anche in ragione della propria condotta processuale, di cui avrebbe risposto sulla base del disposto delle costituzioni contenute nel Codice Giustiniano, inserite sotto il relativo titolo 7.58, *Si ex falsis instrumentis vel testimoniis iudicatum erit*.

Ora, tornando alla *distinctio* di Taleleo, emerge che essa,

(Nota preliminare), in BIDR, 3, 1890, pp. 61 ss. ora in ARANGIO-RUIZ *cur.*, Opere C. Ferrini I. Studi di diritto romano bizantino, Milano 1929, pp. 297 ss.

⁽⁵⁵⁾ Sul commentario di Taleleo al Codice e sulla circostanza che lo stesso Taleleo probabilmente non pubblicò mai il suo commentario al Digesto si rinvia, oltre che a HEIMBACH, *Basilicorum libri cit.*, 6, p. 46 ss., a B. KÜBLER, *v. Thalelaios 4*), in PW 5A.1, 1934, c. 1210 e a N. VAN DER WAL-J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris greco-romani delineatio. Le sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen 1985, p. 43. Per un'approfondita analisi del metodo d'insegnamento di Taleleo e della sua tecnica interpretativa delle fonti classiche, si rinvia a D. SIMON, *Aus dem Kodexunterricht des Thalelaios*, in ZSS, 86, 1969, pp. 334 ss., IDEM, *Aus dem Kodexunterricht des Thalelaios (Fortsetzung)*, in ZSS, 87, 1970, pp. 315 ss., IDEM, *Aus dem Codexunterricht des Thalelaios. C. Interpolationsberichte*, in RIDA, 16, 1969, pp. 282 ss.

⁽⁵⁶⁾ Ἄλλ' εἴ τις ἐμφαντικῶς χρήσεται τῷ 'κουνοενεῖτ', ἔτερος αὐτῷ ἀνθίσταται λόγος: RES QUAE PRO IUDICATA PVERITATE.

pur collocata nell'ambito di un ragionamento più complesso e articolato avente ad oggetto il significato di *convenerit*, depone nel senso che per Taleleo la volontà del tradente rappresentasse il criterio per decidere la sussistenza o meno del furto in caso della riscossione del non dovuto da parte dell'accipiente in malafede. Infatti dall'insegnamento si desume che la mera accettazione tacita e consapevole dell'indebito non fosse sufficiente alla configurabilità del furto. Perché sussistesse il furto, chi percepiva l'indebito doveva essere, da un lato, *sciens* (οὐκ ἄγνοῶν), ma, dall'altro, doveva porre in essere una *contrectatio invito domino* (παρὰ γνώμην δεσπότης ψηλαφᾶν τὸ ἀλλότριον). Era quindi necessario guardare alla dazione per verificare quale fosse l'intenzione di chi consegnava la cosa o il danaro nel momento della consegna stessa. Il delitto ricorreva allora solo se il tradente non avesse voluto trasferire la cosa o il danaro a quel determinato accipiente. Ma allora, così interpretandosi lo scolio bizantino, si può affermare che Taleleo abbia formulato un criterio esattamente corrispondente a quello che è emerso quale costante dall'esegesi dei testi giurisprudenziali finora esaminati. Si è anche visto come tale criterio sia l'unico, tra i tanti che la critica romanistica ha voluto individuare, a non risultare smentito da nessuno dei testi in materia. Dallo scolio bizantino sembra allora possibile desumere un indizio a conferma del fatto che, nelle fonti classiche, non risultasse sufficiente, ai fini della responsabilità per furto di chi percepiva quanto non doveva, la semplice malafede di quest'ultimo. Perché sorgesse tale responsabilità, era necessario effettuare una verifica sull'intenzione del tradente di trasferire la proprietà a quell'accipiente e quindi sulla validità della *traditio*. Sarebbe infatti risultato essenziale, ai fini della configurabilità del furto, che il presunto accipiente non diventasse proprietario della cosa consegnata; se lo diventava, non poteva ovviamente essere ladro.

A questo punto, è inevitabile chiedersi in quale momento storico si possa collocare la distinzione di Taleleo. È ben noto che, al fine di datare il commento di Stefano al Digesto, parzialmente pervenuto a noi negli scolii, sia stata individuata quale punto di riferimento la data della Novella 134 la quale, in quanto da lui citata, consente di essere certi che il suo commento non possa essere stato redatto prima dell'emanazione di

tale legge e quindi prima dell'anno 556⁽⁵⁷⁾. Ma se Taleleo era maestro di Stefano, è allora anche possibile che quest'ultimo avesse appreso della *distinctio* nelle lezioni che l'*antecessor* bizantino teneva ai suoi studenti⁽⁵⁸⁾. È quindi prospettabile un'ipotesi che, sebbene destinata a rimanere sul piano meramente congetturale, risulta stimolante per avvalorare la testimonianza di Taleleo. Il maestro bizantino potrebbe avere elaborato e insegnato a Stefano, così come ad altri discenti, il criterio della volontà del tradente nella materia del furto dell'accipiente in malafede addirittura prima del 533 e, quindi, prima della promulgazione del Digesto. Ma allora, ipotizzandosi che il quadro delle fonti classiche che Taleleo aveva a disposizione fosse ben più ampio di quello a noi pervenuto attraverso i tagli dei compilatori del Digesto, si può congetturare che tali testimonianze mettessero chiaramente in luce — con maggiore limpidezza di quanto avviene oggi in mancanza di molte delle tessere necessarie a ricostruire il "mosaico"⁽⁵⁹⁾ — che non sempre chi incassava in malafede quanto non dovuto commettesse furto e che il criterio da utilizzare per capire quale condotta era punibile a tale titolo fosse pacificamente quello dell'« Hingabewille ».

⁽⁵⁷⁾ Sul punto si rinvia alla monumentale opera di L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, p. 686; per più recenti storie delle fonti bizantine cfr. P.E. PEILER, *Byzantinische Rechtsliteratur*, in H. HUNGER, *Die hochsprachliche profane Literatur der Byzantiner*, 2, München 1978, pp. 341 ss. (si veda anche la traduzione greca riveduta e aggiornata di E. PAPAGHIANNI-SP. TROIANOS, Athina 1994), VAN DER WAL-LOKIN, *Historiae iuris greco-romani delineatio* cit., SP. TROIANOS, *Oi πηγές του βυζαντινού δικαίου*², Athina-Komotini 1999.

⁽⁵⁸⁾ Sui quaderni di lezioni, in cui gli studenti riportavano quel che udivano durante il corso degli antecessori costantinopolitani, si rinvia a SIMON, *Aus dem Kodexunterricht des Thalelaios* cit., pp. 334 ss., nonché a F. WIEACKER, *Antecessores. Rechtsunterricht im Zeitalter Justinians*, in Festschrift H. Niederländer, Heidelberg 1991, pp. 215 ss. e, da ultimo, a G. FALCONE, *La formazione del testo della Parafrasi di Teofilo*, in TR, 68, 2000, p. 417, in particolare nt. 1 per altra letteratura sul tema.

⁽⁵⁹⁾ Proprio in relazione al titolo 47.2 del Digesto BUCKLAND, *Digest XLVII.2* cit., pp. 117 ss. ha inteso dimostrare quanto la selezione dei testi da parte dei compilatori, nell'ambito del vasto materiale di cui probabilmente disponevano, sia stata frettolosa e acritica; su tale opinione dell'autore cfr. già *supra* § 1.

34. *La distinctio di Nerazio in tema di falsus procurator: una proposta interpretativa.*

È giunto ora il momento di tornare al passo da cui si sono prese le mosse e cioè a D. 47.2.43 pr.-1 (Ulp. 41 *ad Sab.*), in cui è anche contenuta quella testimonianza di Nerazio su cui la critica romanistica ha avanzato le proposte interpretative più disparate, e di avanzare, alla luce dell'analisi del complesso delle fonti e delle considerazioni svolte, un'ipotesi di lettura testuale. Dalla lettura dei due paragrafi del frammento il primo dato evidente è invero la diversa soluzione che Ulpiano dà alla riscossione del *falsus creditor* e a quella del *falsus procurator*. Infatti si è visto che, per quanto riferisce il *principium*, il falso creditore commetteva sempre furto, mentre nel caso del falso procuratore, descritto nel § 1, era necessario procedere ad una distinzione, almeno sulla base dell'insegnamento di Nerazio, che Ulpiano riporta senza commentare.

Rinvinandosi per il momento la discussione di quale sia la lettura da dare al *principium* ⁽⁶⁰⁾, è opportuno soffermarsi innanzitutto sul contenuto del § 1. Si è visto come sull'interpretazione di D. 47.2.43.1 siano state delineate in letteratura le proposte più diverse ⁽⁶¹⁾: su di esse si è ritenuto di potere prendere posizione solo una volta analizzati gli altri testi in materia, solo alla luce quindi dell'insieme dei dati che emergono direttamente dalle testimonianze giurisprudenziali. Ebbene, dall'analisi dei diversi passi presi in considerazione, nonostante si tratti di una casistica alquanto svariata e multiforme, si è potuta distinguere una costante e cioè la rilevanza che aveva, per la sussistenza del furto, la volontà del tradente. Si fa qui riferimento a quello che il tradente aveva intenzione di fare nel momento in cui consegnava la cosa all'accipiente: solo se il primo non intendeva trasferire la cosa al secondo, la *traditio* risultava viziata e il tradente stesso commetteva furto. Come si è avuto modo di mettere in evidenza, sia nei passi descrittivi la condotta del *falsus procurator* sia in quelli in tema di condotta del *falsus creditor*, emerge in modo esplicito l'allusione al-

⁽⁶⁰⁾ Sul'interpretazione preferibile da darsi al *principium* del frammento 43, si veda *infra* § 36.

⁽⁶¹⁾ Cfr. *supra* § 3.

l'« Hingabewille ». Così si trova la precisazione *non enim ex voluntate venditoris accipis, cum erret in pondere* in D. 47.2.52.22 (Ulp. 37 *ad ed.*)⁽⁶²⁾ e più volte si rinviene il riferimento alla circostanza che la proprietà del danaro non passava all'accipiente, come in D. 47.2.43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*), in cui è specificato *furtum facit nec nummi eius fient*⁽⁶³⁾, in D. 47.2.44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*), in cui la frase *et nummi debitoris erunt* fa chiaramente intendere che le monete rimanevano di proprietà del delegante-debitore e non passavano invece al legittimato apparente⁽⁶⁴⁾, come alla fine di D. 24.1.3.12 (Ulp. 32 *ad Sab.*), dove si precisa *et ipsam pecuniam tuam esse*⁽⁶⁵⁾ e come in D. 47.2.38.1 (Afric. 7 *quaest.*), in cui si ritrova l'espressione *mansuros eos debitoris*⁽⁶⁶⁾. In altri testi, inoltre, affiora tale criterio prospettato però sotto il profilo dell'errore del tradente. L'errore sulla persona è menzionato infatti — in tema di *falsus procurator* — in D. 47.2.81(80).6 (Pap. 12 *quaest.*)⁽⁶⁷⁾ e — in tema di *falsus creditor* — sia in D. 47.2.52.21 (Ulp. 37 *ad Sab.*)⁽⁶⁸⁾, sia in D. 47.2.67.4 (Paul. 7 *ad Plaut.*)⁽⁶⁹⁾, sia in D. 47.2.43.3 (Ulp. 41 *ad Sab.*)⁽⁷⁰⁾.

Sulla base di questi dati non può negarsi che il passo di Nerazio, in D. 47.2.43.1, costituisca proprio il luogo in cui tale criterio della volontà del tradente viene analiticamente approfondito e viene soppesato quale metro per decidere la sussistenza o meno del furto dell'accipiente. Infatti il giurista distingue il caso in cui il debitore *dederit nummos ... ut eos creditori perferret* da quello in cui *det ... ut nummi procuratoris fiant*. Nel primo caso il tradente voleva trasferire il danaro al creditore, ma lo consegnava al procuratore abusivo; in presenza di queste premesse la condotta di quest'ultimo era qualificata come furto. Se invece il tradente intendeva trasferire il danaro al falso procuratore e non già al vero creditore, non compiendo quindi

⁽⁶²⁾ Cfr. *supra* § 19.

⁽⁶³⁾ Cfr. *supra* § 2.

⁽⁶⁴⁾ Si veda *supra* § 7.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. *supra* § 8.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. *supra* § 15.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. *supra* § 16.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. *supra* § 23.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. *supra* § 24.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. *supra* § 26.

nessun errore sulla persona che riceveva il danaro, non commetteva furto. La motivazione di tale assenza di furto è del resto espressa in termini eloquenti, con la frase *voluntate domini eos accipiendo*: con tali parole viene specificato che, in questa ipotesi, il creditore apparente non era responsabile del delitto perché percepiva il danaro in perfetta sintonia con quanto il proprietario dello stesso intendeva fare al momento della *traditio*.

Ora, in letteratura vi è stato chi ha saputo cogliere la volontà del tradente quale elemento distintivo tra le due fattispecie descritte da Nerazio, chiamandola ora “volontà di chi trade⁽⁷¹⁾”, ora « Hingabewille »⁽⁷²⁾, ora *mens debitoris*⁽⁷³⁾, sebbene nessuno degli esponenti di questa parte della critica abbia poi approfondito e confrontato tale intuizione con altre testimonianze giurisprudenziali in tema di *falsus procurator* e di *falsus creditor*; particolarmente significativo per l’interpretazione del pensiero di Nerazio pare invero essere il cenno di FERRINI, là dove evidenzia la rilevanza dell’errore del tradente sulla persona che avrebbe ricevuto il danaro⁽⁷⁴⁾.

Ma allora, alla luce delle risultanze delle esegesi testuali condotte, risultano da rifiutare, una ad una, tutte le altre interpretazioni del passo neraziano. Innanzitutto sono da respingere, per mancanza di indizi probanti in tale senso, tutti i sospetti avanzati sulla genuinità del passo di D. 47.2.43.1, quali in particolare quelli di HAYMANN, che giudica la parte iniziale del passo non di Ulpiano, in quanto — a suo parere — il giurista non avrebbe mai potuto asserire in linea generale la responsabilità per furto del *falsus procurator*⁽⁷⁵⁾. Così in seguito al superamento, nell’attuale fase della critica, di quell’idea che il falso procuratore fosse il procuratore senza mandato, non è condivisibile il rilievo di ANGELINI, il quale, convinto della non genuinità dell’attributo *falsus*, ritiene il passo riferito a tale

(71) PEROZZI, *Della tradizione* cit., p. 62.

(72) LANGE, *Das kausale Element* cit., pp. 86 s.; cfr. *supra* § 3.

(73) MITTELSTEN SCHEID, *Der Vorliebe* cit., pp. 29 ss.; cfr. *supra* § 3.

(74) FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto* cit., p. 155.

(75) HAYMANN, *Grenzen* cit., pp. 14 s.; cfr. *supra* § 3.

procuratore senza mandato ⁽⁷⁶⁾. Secondo l'autore, nel § 1, così come nel *principium*, autore della condotta era un *falsus creditor*, per cui Nerazio, con la sua *distinctio*, avrebbe inteso temperare la rigidità del principio espresso in D. 47.2.43 pr. ⁽⁷⁷⁾. Inoltre mi pare un po' fantasiosa l'idea di BREMER, il quale riconosce nel passo la mano di uno sconosciuto compilatore del IV sec. d.C., che, rielaborando i libri ulpiane *ad Sabinum*, avrebbe aggiunto all'insegnamento ulpiano della prima parte del passo il suo ricordo dell'opinione di Nerazio, senza peraltro accorgersi della contraddizione di contenuto ⁽⁷⁸⁾.

Sulla base di quanto emerso dalle testimonianze prese in considerazione, risulta inoltre non persuasiva la ricostruzione di VON VANGEROW, per cui il furto era commesso se la *datio* era *ex causa* e non invece se era *ob rem*, concepita cioè in vista del raggiungimento della ratifica del *dominus* ⁽⁷⁹⁾. In effetti non trova alcuna conferma nelle altre fonti la convinzione che la sussistenza o meno del furto si basasse sulla raffinata distinzione di quale fosse lo scopo insito nella *datio*, se cioè il tradente intendesse estinguere il debito o volesse invece ottenere la ratifica da parte del creditore per cui conto il procuratore operava. Invero l'unico passo, che fa esplicita menzione di una *datio ob rem*, e cioè D. 12.4.14 (Paul. 3 *ad Sab.*), riporta una distinzione vertente sulle conseguenze della ratifica del *dominus* sull'operato del *procurator* e non pare potersi adottare quale perno della materia del pagamento al falso procuratore.

Poco convincente risulta altresì l'intuizione di MEDICUS, nel senso che sia l'*intercipere* il criterio discretivo utilizzato da Nerazio per riconoscere la sussistenza o meno del furto ⁽⁸⁰⁾. Secondo l'autore il furto ricorreva solo nella prima ipotesi, perché in essa il *falsus procurator* aveva posto in essere la condotta di *intercipere*, tramite la sottrazione delle monete al fine di utilizzarle per scopi propri. Tuttavia, che la sequenza

⁽⁷⁶⁾ ANGELINI, *Il "procurator"* cit., pp. 215 s.; parla in proposito di procuratore senza mandato anche VOCI, *Modi di acquisto* cit., pp. 149 ss.; cfr. *supra* § 3.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. *supra* § 1.

⁽⁷⁸⁾ BREMER, *Leistung* cit., p. 48; cfr. *supra* § 3.

⁽⁷⁹⁾ VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* cit., 3, § 625, p. 415; cfr. *supra* § 3 e, in generale, sulla tesi dell'autore *supra* § 30.

⁽⁸⁰⁾ MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., pp. 214 ss.

temporale del *dare*, dell'*accipere* e dell'*intercipere*, sebbene verosimile nella sua stretta concatenazione, abbia un ruolo così importante nella riflessione giuridica sulla sussistenza o meno del delitto di furto, non trova conferma nelle altre fonti esaminate. Non può invero negarsi che il verbo *intercipere* sia presente in un'altra delle testimonianze qui prese in considerazione, D. 9.4.38.3 (Ulp. 37 *ad ed.*)⁽⁸¹⁾. In tale passo, peraltro non citato da Medicus, il termine *intercipere* viene in effetti utilizzato per qualificare la condotta dello schiavo, nel momento in cui decideva di trattenere per sé le monete, che aveva in precedenza riscosso per conto del suo *dominus*. Tuttavia l'uso del verbo sembra avere qui una funzione diversa da quella messa in evidenza dall'autore tedesco, in quanto *si is nummos acceptos interceperit* pare qui evidenziare che la volontà della sottrazione venne in essere in un momento successivo rispetto a quello della presa di contatto con il danaro. Ne deriva che neanche da questo brano possano desumersi indizi nel senso che la differenza tra la prima e la seconda fattispecie descritta da Nerazio in D. 47.2.43.1 sia da individuarsi nell'*intercipere* quale « Schlüssel zum Verständnis⁽⁸²⁾ » della soluzione data e quale strumento volto a limitare le ipotesi di responsabilità per furto del falso procuratore.

Altri autori hanno invece messo in rilievo come l'opinione di Nerazio, riferita in D. 47.2.43.1, risulti completamente isolata nell'ambito della giurisprudenza classica, ritenendo che fosse in ogni caso minoritaria rispetto all'orientamento prevalente tra i *prudentes*, forse perché eccessivamente sottile⁽⁸³⁾. Ma anche questa ipotesi — come si è già avuto modo di accennare su un piano più generale⁽⁸⁴⁾ — non risulta affatto corroborata dalle fonti esaminate, che anzi sembrano molto spesso riproporre il riferimento alla volontà del tradente in termini molto simili a quanto emerge dal passo di Nerazio.

Pertanto, dalla frequente ricorrenza nelle fonti del criterio della volontà del tradente per decidere se sussistesse o meno il

(81) Cfr. *supra* § 9.

(82) Così MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., p. 219.

(83) Cfr. SCHWARZ, *Die Grundlage* cit., p. 256 nt. 12 e ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., p. 92; sui contenuti di tali tesi si rinvia a *supra* § 3.

(84) Per la confutazione della tesi dello *ius controversum*, cfr. *supra* § 31.

furto, sia in sede di risoluzione di controversie in tema di *falsus procurator*, sia di *falsus creditor*, deriva che la testimonianza di Nerazio, ove correttamente interpretata, costituisce non solo il punto di partenza di ogni riflessione sulla riscossione dell'accipiente in malafede, ma anche il suo punto di arrivo. Essa è infatti l'unica ad approfondire il criterio da adottare nella risoluzione dei casi analoghi, fondando la sua distinzione sull'errore che il tradente commetteva al momento della *traditio*. Il *falsus procurator* sarebbe stato responsabile di furto se il tradente lo avesse ritenuto operare per conto del vero creditore e quindi avesse avuto l'intenzione di trasferire la proprietà del danaro al vero creditore e non già a lui, mentre non lo sarebbe stato se il tradente avesse veramente inteso effettuare al *procurator* la dazione. Il delitto, in sostanza, poteva dirsi sussistente solo se il tradente non aveva intenzione di trasferire la proprietà a quel determinato accipiente, con la conseguenza che la *traditio* ne risultava viziata. E, come si è già avuto modo di mettere in rilievo, perché ricorresse il furto, era necessaria non solo la volontà del tradente di non trasferire la proprietà a quell'accipiente, ma anche la malafede dell'accipiente e, in particolare, la consapevolezza dell'accipiente del fatto che il tradente non intendeva trasferirgli la proprietà ⁽⁸⁵⁾.

35. *Falsus creditor, falsus procurator e sciens indebitum accipiens.*

Sin dall'inizio di questa indagine per *falsus procurator* si è inteso quel soggetto che, terzo rispetto al rapporto creditorio, appariva falsamente legittimato a percepire il pagamento. Ma si impone ora il compito di confrontare questa locuzione con quelle indicanti altri due protagonisti di questa ricerca e cioè il *falsus creditor* e lo *sciens indebitum accipiens*. L'impressione è quella di avere a che fare con tre cerchi, le cui circonferenze e intersezioni sono però difficili da disegnare senza correre il rischio di essere imprecisi. Il tentativo di delineare tali confini è stato di proposito rinviato a questo capitolo conclusivo, perché è sembrato che, solo alla luce delle risultanze di tutti i passi esaminati, ciò potesse risultare meno arduo e soprattutto per-

⁽⁸⁵⁾ Cfr. *supra* § 32.

ché allo scopo sono necessari punti di riferimento che non possono essere dati a priori, ma sono da desumersi dai testi. Solo le fattispecie concrete possono infatti farci comprendere che cosa i *prudentes* intendessero per *falsus procurator*, *falsus creditor* e *sciens indebitum accipiens*.

Prendendosi le mosse dal “cerchio” di minori dimensioni, ovverosia quello del *falsus creditor*, si è già avuto modo di porre in evidenza come il passo di Ulpiano di D. 47.2.43 pr., che forse citava un insegnamento di Sabino⁽⁸⁶⁾, costituisca l’unico caso in cui nelle fonti è attestata tale locuzione. E tale testo contiene pure una definizione — che, nonostante i sospetti avanzati, è da considerarsi genuina — della locuzione stessa. Esso precisa infatti che per *falsus creditor* debba intendersi *qui se simulat creditorem*. Non si tratta tuttavia di una spiegazione molto illuminante, visto che non fa altro che connettere la suddetta figura con una falsa rappresentazione della realtà, senza però specificare quale potesse essere l’oggetto di tale discrepanza tra intenzione e realtà⁽⁸⁷⁾ e cioè se per *simulare se creditorem* debba intendersi la simulazione del titolo di creditore oppure quella sull’identità di quel soggetto oppure ancora se nell’espressione generica possano farsi rientrare entrambe le ipotesi.

Ora, tra le fonti esaminate in tema di *falsus creditor*, si sono trovate quelle che descrivono una simulazione d’identità⁽⁸⁸⁾, ma anche quelle in cui un soggetto appariva come il creditore e, in particolare, come colui che aveva titolo a riscuotere il credito, senza alcun esplicito inganno sulla propria identità appositamente volto a fare cadere in errore il debitore. Un soggetto, che non fingeva la sua identità, poteva infatti lasciare intendere al debitore di essere titolare del credito nel caso in cui il debito non esistesse affatto e quindi quanto da lui percepito non era affatto dovuto, né a lui, né a qualcun altro. Si tratta in sostanza

⁽⁸⁶⁾ Cfr., sul punto, *infra* § successivo.

⁽⁸⁷⁾ Sulla mancanza di una precisa terminologia, nelle fonti classiche, in tema di *simulare* e *simulatio*, cui corrisponde la mancanza di precisi concetti, ruotanti comunque intorno alla rilevanza da accordare alla sostanza reale dei rapporti istituiti fra le parti rispetto alla forma o all’apparenza, si veda PUGLIESE, *v. Simulazione* cit., p. 352; sul punto cfr. *supra* capitolo I nt. 65.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. D. 47.2.52.21 (Ulp. 37 *ad ed.*) (*supra* § 23), D. 47.2.67.4 (Paul. 7 *ad Plaut.*) (*supra* § 24), D. 47.2.43.3 (Ulp. 41 *ad Sab.*) (*supra* § 26).

dell'ipotesi in cui venisse riscosso consapevolmente un indebito non “soggettivo”, bensì “oggettivo” (89).

Ma colui che riscuoteva consapevolmente quanto non era affatto dovuto non sembra rientrare nella definizione di Ulpiano. Infatti si è visto come il frammento 43 del titolo 47.2 comprenda, dopo il *principium*, che qualifica il *falsus creditor* come *qui se simulat creditorem*, il passo di cui al § 3, in cui Ulpiano lascia intendere che fosse responsabile di furto chi *in persona sua mentiri* e quindi chi fingesse sulla propria identità (90).

Per potersi prendere posizione sul punto, è in realtà prima opportuno guardare la lunga testimonianza ulpiana nel suo complesso. Essa risulta da dividere nettamente in due, perché tratta di argomenti tra loro diversi. Il primo nocciolo è infatti costituito dai §§ pr.-3, che — esaminati nel corso di quest'indagine (91) — riguardano esplicitamente la riscossione dell'accipiente in malafede, mentre il secondo comprende i §§ 4-11, che concernono invece casi di furto diversi da quello che costituisce oggetto della ricerca in corso (92). È significativo rilevare come

(89) Sulle ipotesi punite come furto aventi ad oggetto la riscossione di un “indebito oggettivo” si veda *supra* il capitolo precedente, §§ 18-22.

(90) Cfr. *supra* §§ 26-28.

(91) Cfr. per il *principium* e il § 1 *supra* §§ 2-3, per il § 2 *supra* § 22 e per il § 3 *supra* § 26.

(92) D. 47.2.43.4-11 (Ulp. 41 ad Sab.): 4. *Qui alienum quid iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit cuius sit sive ignoravit: nihil enim ad furtum minuendum facit, quod cuius sit ignoret.* 5. *Quod si dominus id dereliquit, furtum non fit eius, etiamsi ego furandi animum habuero: nec enim furtum fit, nisi sit cui fiat: in proposito autem nulli fit, quippe cum placeat Sabini et Cassii sententia existimantium statim nostram esse desinere rem, quam derelinquimus.* 6. *Sed si non fuit derelictum, putavit tamen derelictum, furti non tenetur.* 7. *Sed si neque fuit neque putavit, iacens tamen tulit, non ut lucretur, sed redditurus ei cuius fuit, non tenetur furti.* 8. *Proinde videamus, si nescit cuius esset, sic tamen tulit quasi redditurus ei qui desiderasset vel qui ostendisset rem suam, an furti obligetur. et non puto obligari eum. solent plerique etiam hoc facere, ut libellum proponant continentem invenisse se et redditurum ei qui desideraverit: hi ergo ostendunt non furandi animo se fecisse.* 9. *Quid ergo, si εὑρεῖται quae dicunt petat? nec hic videtur furtum facere, etsi non probe petat aliquid.* 10. *Si quis sponte rem iecit vel iactavit, non quasi pro derelicto habiturus, tuque hanc rem tuleris, an furti tenearis, Celsus libro duodecimo digestorum quaerit et ait: si quidem putasti pro derelicto habitam, non teneris. quod si non putasti, hic dubitari posse ait: et tamen magis defendit non teneri, quia, inquit, res non intervertitur ei, qui eam sponte reiecit.* 11. *Si iactum ex nave factum alius tulerit, an furti teneatur? quaestio in eo est, an pro*

LENEL, nella sua ricostruzione palinogenetica del quarantunesimo libro del commentario ulpiano a Sabino ⁽⁹³⁾, separi i due gruppi di testi, collocandoli l'uno sotto il § 2896 e l'altro sotto il § 2870; al primo gruppo l'autore aggiunge due altri passi e cioè il già considerato D. 46.3.18, in cui un servo manomesso o un soggetto che in passato era stato un procuratore, riscuotevano un pagamento dovuto a colui che una volta era il loro *dominus* ⁽⁹⁴⁾, nonché D. 16.3.11 ⁽⁹⁵⁾. Quest'ultimo passo si occupa della questione se un depositario, che adempiva all'obbligo di restituzione tramite la consegna della cosa ricevuta precedentemente in deposito dal servo del depositante, conseguisse la liberazione o se invece rimanesse obbligato, qualora non avesse avuto la premura di verificare se il servo fosse anche il soggetto legittimato ad ottenerne la riconsegna ⁽⁹⁶⁾. La ricostruzione

derelicto habitum sit. et si quidem derelinquentis animo iactavit, quod plerumque credendum est, cum sciat periturum, qui invenit suum fecit nec furti tenetur. si vero non hoc animo, sed hoc, ut, si salvum fuerit, haberet: ei qui invenit auferendum est, et si scit hoc qui invenit et animo furandi tenet, furti tenetur. enimvero si hoc animo, ut salvum faceret domino, furti non tenetur. quod si putans simpliciter iactatum, furti similiter non tenetur.

⁽⁹³⁾ LENEL, *Palinogenesia* cit., 2, § 2869, c. 1165 s.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. *supra* § 14.

⁽⁹⁵⁾ D. 16.3.11 (Ulp. 41 ad Sab.): *Quod servus deposuit, is apud quem depositum est servo rectissime reddet ex bona fide: nec enim convenit bonae fidei abnegare id quod quis accepit, sed debet reddere ei a quo accepit, sic tamen, si sine dolo omni reddat, hoc est, ut nec culpa quidem suspicio sit. denique Sabinus hoc explicuit addendo: « nec ulla causa intervenit, quare putare possit dominum reddi nolle ». hoc ita est, si potuit suspicari, iusta scilicet ratione motus: ceterum sufficit bonam fidem adesse. sed et si ante eius rei furtum fecerat servus, si tamen ignoravit is apud quem deposuit vel credidit dominum non invitum fore huius solutionis, liberari potest: bona enim fides exigitur. non tantum autem si remanenti in servitute fuerit solutum, sed etiam si manumisso vel alienato, ex iustis causis liberatio contingit, scilicet si quis ignorans manumissum vel alienatum solvit. idemque et in omnibus debitoribus servandum Pomponius scribit.*

⁽⁹⁶⁾ A questo passo si fa in questa sede solo brevissimo cenno, perché la riflessione di Ulpiano verte qui sulla liberazione o meno del depositario al momento della restituzione della cosa ricevuta in deposito e la concisa allusione alla responsabilità per furto del servo (*sed et si ante eius rei furtum fecerat servus*) non apporta alcun nuovo elemento a quest'indagine, se non quello di confermare ulteriormente la qualificazione come furto della riscossione del legittimato apparente; sul frammento, nell'ambito dell'ampia letteratura che se ne è occupata in relazione più che altro al dubbio riferimento ivi contenuto alla *culpa*, cfr. in particolare NAF-HOFMANN, *Zur objektiven Ausweitung der actio de dolo* cit., p. 16, A. CARCATERRA, *Ancora sulla "fides" e sui "iudicia bonae fidei"*, in SDHI, 33, 1967, pp. 66 ss., F. SITZIA, *Sulla responsabilità del depositario*

leneliana dimostra insomma che i compilatori hanno smembrato questa parte del commentario ulpiano, collocandone una parte nel titolo *De furtis*, una parte nel *De solutionibus et liberationibus* e una parte nel *Depositi vel contra*. La materia riguardava comunque la riscossione dell'accipiente in malafede, ma Ulpiano dava in alcuni testi maggiore rilievo alla responsabilità per furto, in altri alla liberazione del debitore. Se così è, nulla osta allora a ritenere l'inizio del frammento 43 il nucleo della riflessione ulpiana in tema di furto dell'accipiente in malafede.

Ebbene, a meno di volere paradossalmente pensare che qui — praticamente nello stesso testo — il giurista severiano entrasse in contraddizione con se stesso, intendendo per *falsus creditor* ora in senso lato chi in qualsiasi modo dava l'apparenza di essere creditore, ora in senso ristretto solo chi mentisse sulla propria identità, è da ritenersi che per Ulpiano *falsus creditor* fosse solo colui che mentiva sulla propria identità. Per intendere meglio il significato del sintagma nel pensiero del giurista, mi pare lecito ricorrere allo strumento dell'inferenza deduttiva. Infatti con i contenuti del *principium* e del § 3 del frammento 43 si potrebbe costruire un sillogismo. Per Ulpiano (D. 47.2.43 pr.) il *falsus creditor* commette sempre furto (premessa maggiore); per Ulpiano (D. 43.2.43.3) è furto solo la condotta di chi mente sulla propria persona (premessa minore); dunque per Ulpiano *falsus creditor* è solo colui che mente sulla propria persona (conclusione). Ora, è vero che nel § 1 dello stesso frammento 43 viene citata la famosa *distinctio* di Nerazio sul furto del *falsus procurator* e nel § 2 — lo si è appena ricordato — viene riportato il caso del falso delegato, per cui il riferimento a fattispecie distinte da quella del *falsus creditor*, descritta nel *principium*, potrebbe interrompere il nesso di consequenzialità tra l'affermazione contenuta nel *principium* e quella del § 3 e, quindi, impedire tecnicamente al termine medio del sillogismo di giun-

in diritto bizantino, in BIDR, 74, 1971, pp. 202 s., G. MACCORMACK, *Culpa*, in SDHI, 38, 1972, p. 164, MILELLA, *Il consenso cit.*, pp. 400 ss., S. TAFARO, *Regula e ius antiquum in D.50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, 1, Bari 1984, pp. 250 ss. e R. MARTINI, *Di un discusso riferimento alla "culpa" in tema di deposito*, in Atti Seminario problematica contrattuale in diritto romano, Milano 7-9 aprile 1987, 1, Milano 1988, pp. 205 ss., cui si rinvia per altre indicazioni bibliografiche.

gere al collegamento dei termini estremi nella conclusione. Ma è altrettanto vero che non si ha alcun motivo per credere che la fattispecie riferita nel § 3, descrivendo una serie di casi in cui l'*actio de dolo* era applicabile per sanzionare comportamenti fraudolenti, presenti una qualche connessione con i due passi che la separano dal *principium*, né con il *falsus procurator* del § 1, né con il falso delegante del § 2. Alla luce di questa ricostruzione, pur rimanendo prospettabile l'ipotesi che Sabino, commentato da Ulpiano, non avesse un'idea così limitata del *falsus creditor* ⁽⁹⁷⁾, nel pensiero del giurista severiano l'espressione *simulare se creditorem* non sembra potersi intendere se non "cristallizzata" nella condotta di chi mentiva su chi fosse. Per Ulpiano, in sostanza, *falsus creditor* sarebbe stato solo chi mascherava la propria identità.

Dopo aver parlato del *falsus creditor* lo stesso Ulpiano mette a confronto tale figura con quella del *falsus procurator*: si passa così al secondo dei tre "cerchi". Nel frammento 43 il giurista severiano, dopo avere definito il falso creditore ed avere delineato la sua responsabilità per furto, esamina un caso in cui a riscuotere quanto non dovuto era non più il *falsus creditor*, ma il *falsus procurator*. Che il *procurator* sia una figura molto antica, ampiamente diffusa a livello sociale già in età repubblicana, è un dato ben noto. Ed è altrettanto noto che dovesse essere punito severamente il comportamento scorretto del *procurator* nei confronti di chi confidava in lui come collaboratore del suo *dominus* nella complessità della vita economica, in quanto esso costituiva una grave violazione della *fides*, fondamentale e intangibile categoria dei rapporti di relazione ⁽⁹⁸⁾. Pertanto si capisce bene come fosse ritenuta del tutto giustificata l'applicazione dell'*actio furti* non solo contro il *falsus creditor*, ma anche contro chi simulasse di essere *procurator* e ottenesse così dal debitore un pagamento che non gli spettava affatto ⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁷⁾ Sull'ipotesi cfr. *infra* § 35.

⁽⁹⁸⁾ Per un approfondimento sulla dimensione etica di tale *fides* cfr., da ultimo, S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano 2005, pp. 59 ss., cui si rinvia anche per un ampio itinerario bibliografico sul punto.

⁽⁹⁹⁾ Per un tentativo di ricondurre la sanzione della condotta del falso procura-

Invero il § 1 del frammento 43 non è affatto l'unico passo in cui l'espressione *falsus procurator* è attestata. Infatti sono diversi i testi, tra quelli esaminati, in cui si ritrova questa locuzione: in D. 47.2.44 pr. (Pomp. 19 *ad Sab.*) si afferma *ab alio falsus procurator creditoris accepit* ⁽¹⁰⁰⁾, nel § 5 di D. 47.2.81(80) (Pap. 12 *quaest.*) si trova *pecuniam perperam falsus procurator accepit* e *adversus falsum procuratorem furtiva durabit* ⁽¹⁰¹⁾, nel § 6 lo stesso Papiniano afferma *Falsus autem procurator ita demum furtum pecuniae faciet* ⁽¹⁰²⁾ e ancora nel § 7 il giurista precisa *falso procuratori creditoris solvit* ⁽¹⁰³⁾. In altre testimonianze, invece, non è presente tale locuzione, ma si incontra in sua vece una perifrasi di significato equivalente, come in D. 47.2.76(75) (Pomp. 21 *ad Q. Mucium*), in cui Pomponio afferma: *Si is qui simulabat se procuratorem esse* ⁽¹⁰⁴⁾, in D. 24.1.3.12 (Ulp. 32 *ad Sab.*), dove si ritrova *is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit* ⁽¹⁰⁵⁾, e in D. 46.3.18 (Ulp. 41 *ad Sab.*), precisamente nella seconda fattispecie ivi descritta, in cui, con riferimento ad un soggetto che in precedenza era stato legittimato a riscuotere per conto dello stesso Tizio, lo stesso Ulpiano afferma *debitor Titio simulanti se procuratorem solverit* ⁽¹⁰⁶⁾. Pertanto, a differenza dell'ipotesi del *falsus creditor*, in cui l'espressione è attestata una volta sola, per il *falsus procurator* le fonti sono numerose. Inoltre la circostanza che altri passi riportino una perifrasi per indicare tale figura, sembra non lasciare adito a dubbi sulla definizione da dare al *falsus procurator* nel senso di colui che dava l'apparenza di essere il vero procuratore. E in tale accezione rientrava anche l'ipotesi, attestata nel solo passo di Papiniano di D. 47.2.81(80).6 (12 *quaest.*), in cui il procuratore fingesse la propria identità.

Non bisogna peraltro trascurare che alcune testimonianze

tore ad un fase più antica rispetto a quella in cui si colloca il perseguimento del falso creditore si veda *infra* § seguente.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. *supra* § 7.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. *supra* § 10.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. *supra* § 16.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. *supra* § 11.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. *supra* § 5.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. *supra* § 8.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. *supra* § 14.

prevedono casi in cui un soggetto apparisse come legittimato, senza che però sia rinvenibile in esse né il termine *falsus procurator* né una perifrasi in suo luogo. Così in alcuni passi si parla genericamente di un servo, come in D. 9.4.38.3 (Ulp. 37 *ad ed.*), in cui *servo creditoris mei solverim nummos, ut is eos domino suo det* ⁽¹⁰⁷⁾, o in D. 47.2.67.3 (Paul. 7 *ad Plaut.*), dove un servo prima era *pecuniis exigendis praepositus* e poi veniva manomesso ⁽¹⁰⁸⁾, fattispecie analoga a quella descritta all'inizio di D. 46.3.18 (Ulp. 41 *ad Sab.*) ⁽¹⁰⁹⁾. Nei testi si profila anche l'ulteriore ipotesi in cui un soggetto apparisse genericamente legittimato a riscuotere, senza che sussistesse o che venisse specificato quale era il particolare rapporto che legava il vero legittimato al *dominus negotii*, come si verifica in D. 47.2.52.11 (Ulp. 37 *ad ed.*) per chi prelevava la *siligo*, fingendosi il soggetto incaricato a prelevarla dall'acquirente ⁽¹¹⁰⁾, o in D. 46.3.38.1 (Afric. 7 *quaest.*), dove si parla di un soggetto legittimato a riscuotere, ma il cui potere di riscuotere veniva in un secondo momento revocato dal creditore per cui conto agiva (*deinde Titium vetuerim accipere*) ⁽¹¹¹⁾.

Dopo aversi cercato di chiarire chi fosse il *falsus creditor*, nonché il *falsus procurator*, si approda infine al “cerchio” più grande. Vi sono solo due passi, tra quelli di cui si è tentata un'esegesi, a riportare l'espressione *sciens indebitum accipiens* o, più esattamente, le formule di significato equivalente *quis indebitos nummos sciens acceperit* e — pur senza l'indicazione esplicita della *scientia* — *is, qui indebitum accipiebat*, l'una riportata in D. 13.1.18 (Scaev. 4 *quaest.*) ⁽¹¹²⁾ e l'altra in D. 47.2.43.2 (Ulp. 41 *ad Sab.*) ⁽¹¹³⁾. Tuttavia, che tale espressione si ritrovi solo in due dei passi considerati non significa affatto che la figura corrispondente non sia riconoscibile in molte altre delle testimonianze analizzate. Per verificarlo è necessario domandarsi quale sia la fattispecie sottesa a tale espressione.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. *supra* § 9.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. *supra* § 13.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. *supra* § 14.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. *supra* § 6.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. *supra* § 15.

⁽¹¹²⁾ Cfr. *supra* § 4 e, per un cenno al confronto tra D. 13.1.18 e D. 47.2.43.1, cfr. *supra* § 32.

⁽¹¹³⁾ Cfr. *supra* § 22.

Innanzitutto è immediato tradurre *sciens indebitum accipiens* come colui che consapevolmente riscuoteva quanto non gli era dovuto. Addentrandosi nell'esame di tale condotta sembra invero possibile individuarne due requisiti strutturali: da un lato, la malafede dell'accipiente, ben delineata nell'attributo *sciens* e, dall'altro, l'insussistenza del debito, cui fa riferimento il sostantivo *indebitum*. Là dove per malafede si intende genericamente lo stato di consapevolezza, in virtù del quale l'accipiente sapeva esattamente che quanto consegnatogli non gli era dovuto, occorre accennare al secondo requisito e cioè all'insussistenza del debito. È inconfutabile che il rapporto debitorio fosse solo presunto e che pertanto non sussistesse alcun vincolo tra i due soggetti che concludevano la *traditio*: il tradente non era debitore dell'accipiente. È ovvio poi che tale assenza del rapporto debitorio sottintenda la falsa rappresentazione della realtà da parte del tradente. Il tradente pagava ciò che non doveva solo perché era convinto di esserne debitore, sia che creditore fosse un altro ("indebito soggettivo"), sia che tale debito non esistesse, in quei casi in cui ad essere simulato era l'oggetto del credito riscosso ("indebito oggettivo").

È giunto ora il momento di porsi l'interrogativo su quale sia in concreto l'elemento che distingue lo *sciens indebitum accipiens* dagli altri due soggetti incontrati finora nei testi, e cioè dal *falsus creditor* e dal *falsus procurator*. In effetti in entrambe le condotte, sia del *falsus creditor* sia del *falsus procurator*, sono rinvenibili ambedue i requisiti, di cui si è ora detto, che caratterizzano il comportamento dello *sciens indebitum accipiens* e cioè, da un lato, la malafede e, dall'altro, l'insussistenza del debito. Per quanto riguarda innanzitutto la malafede, entrambi, sia il *falsus creditor*, simulando la propria identità, sia il *falsus procurator*, simulando la propria legittimazione o identità, erano esattamente consapevoli che la cosa o il danaro non fossero dovuti a loro, ma ad un altro, rispettivamente al vero creditore e al vero procuratore. Ed è ovvio che tale consapevolezza corrisponda allo stato psicologico descritto dal participio *sciens* dell'espressione *sciens indebitum accipiens*.

Sotto il profilo poi dell'insussistenza del debito, se poteva intercorrere un rapporto debitorio, in un caso, fra tradente e vero creditore, nell'altro, fra tradente e vero legittimato nondimeno non sussisteva nessun debito tra i due soggetti coinvolti

dalla *traditio*. Infatti, in un caso, il tradente non era debitore del falso procuratore, nell'altro il tradente non lo era del falso creditore. Pertanto, sia nella condotta del falso creditore, sia in quella del falso procuratore può dirsi presente anche il secondo requisito costitutivo della condotta di *sciens se indebitum accipere* e cioè l'*indebitum*.

Per tal verso, si può affermare che il *falsus procurator*, presentandosi quale il legittimato a ricevere il credito, vuoi simulando il proprio titolo vuoi simulando la propria identità, percepiva consapevolmente quanto era dovuto non a lui, ma al vero legittimato. Nulla osta pertanto a ritenere che si tratti di uno *sciens indebitum accipiens*. Un discorso analogo può farsi anche per il *falsus creditor* che, simulando la propria identità (nella ristretta accezione con cui Ulpiano sembra intendere la locuzione), riscuoteva consapevolmente quanto non gli era affatto dovuto. Ne deriva che anch'egli può essere definito senza incertezza quale *sciens indebitum accipiens*. In definitiva, se anche D. 13.1.18 è l'unica testimonianza in cui si fa esplicitamente riferimento allo *sciens indebitum accipiens*, la condotta sottesa a tale espressione è presente in tutte le fattispecie esaminate e costituisce direttamente l'oggetto precipuo della presente indagine. *Sciens se indebitum accipere* può, in sostanza, costituire una « Leerformel ⁽¹¹⁴⁾ » in grado di contenere ogni ipotesi di apparenza sia della legittimazione sia della titolarità del credito.

Dunque, il “cerchio” più grande, che può disegnarsi in corrispondenza dello *sciens indebitum accipiens*, risulta senz'altro ricomprendere gli altri due di circonferenza minore, quello del *falsus creditor* e quello del *falsus procurator*. Per quanto riguarda questi due ultimi cerchi, essi non solo non si intersecano fra loro, ma risultano anche di dimensioni diverse. Quello del falso procuratore ricomprende un'ipotesi di simulazione della legittimazione ad incassare, ma non già tutti i casi di simulazione della legittimazione stessa. Si è visto infatti che in alcune ipotesi un soggetto era non legittimato, pur non essendo un *falsus procurator*, perché simulava il titolo o l'identità non di un

⁽¹¹⁴⁾ Sulla difficoltà di tradurre adeguatamente in lingua italiana il termine tedesco « Leerformel », rinvio alla mia Nota di traduzione in W. WALDSTEIN, *Saggi sul diritto non scritto*, U. VINCENTI cur. [tr. it. I. FARGNOLI], p. VI.

vero *procurator*, bensì di un diverso soggetto legittimato a riscuotere. Ancora più circoscritte sono le dimensioni del “cerchio” del *falsus creditor*. Infatti, esso, così come lo si può disegnare sulla base del contenuto di D. 47.2.43 pr., nonché delle altre fonti in argomento esaminate, comprende per Ulpiano — sebbene sia ipotizzabile che Sabino ne avesse un’idea meno circoscritta ⁽¹¹⁵⁾ — solo la figura di chi si fingeva creditore, simulando la propria identità. Secondo Ulpiano non rientrerebbe in esso, invece, quel creditore apparente che si facesse consegnare ciò di cui il tradente non era affatto debitore.

36. *La definizione ulpiana di falsus creditor e la regola generale scevoliana: una proposta interpretativa.*

Si è già avuto modo di mettere in evidenza quanto il *principium* e il § 1 del frammento 43 del titolo 47.2 del Digesto siano strutturali nell’ambito dell’indagine intrapresa. Ivi Ulpiano sanziona ora la condotta del *falsus creditor*, ora quella del *falsus procurator*, senza affatto chiarire in che cosa un soggetto si distinguesse dall’altro, né tantomeno dare ad intendere per quale ragione i loro comportamenti fossero punibili a condizioni diverse. Invero proprio da questi due testi, contenuti all’inizio del frammento 43, si sono prese le mosse, prospettandosi i problemi interpretativi che hanno sempre sollevato e ancora sollevano nella letteratura romanistica. Finora il *principium* e il § 1 del frammento 43 sono stati tenuti nettamente distinti fra loro e sono stati esaminati del tutto separatamente sia nei rispettivi contenuti testuali sia nel tentativo di rintracciare nelle fonti conferme o smentite di quanto detto da Ulpiano. Infatti una lettura più approfondita del *principium* del frammento 43 non può — a mio parere — essere intrapresa se non dopo avere acquisito due tasselli preliminari ad essa e cioè, da un lato, l’individuazione di quale sia l’interpretazione preferibile del successivo § 1, dall’altro, la distinzione tra la figura del *falsus creditor* e quella del *falsus procurator*. Non solo capire il senso del più complesso passo del § 1, ma anche comprendere in che cosa i due autori della condotta delittuosa si distinguessero l’uno dall’altro costituiscono — per quanto mi consta — un

⁽¹¹⁵⁾ Sul punto si veda *infra* § seguente.

passaggio imprescindibile al fine di intendere meglio la regola generale espressa nel *principium*. Pertanto è arrivato ora finalmente il momento di mettere a fuoco la definizione ulpiana di *falsus creditor*.

Venendosi al testo del *principium* e del § 1, Ulpiano, se esordisce enunciando in termini estremamente lineari la regola della responsabilità per furto del falso creditore, immediatamente dopo, in seguito ad un breve cenno sulla questione della proprietà del danaro, estende la stessa regola al caso in cui autore della riscossione fosse il falso procuratore. Anzi, tramite l'avverbio *quidem* nella frase *furtum quidem facere videtur*, il giurista pare volere fugare ogni dubbio sull'applicabilità della sanzione dell'*actio furti* alla condotta del falso procuratore. È con l'avversativo *sed* che Ulpiano introduce poi la *distinctio* di Nerazio che — come si è visto ⁽¹¹⁶⁾ — sembra ispirarsi al criterio dell'« Hingabewille », per cui la responsabilità per furto del falso procuratore era limitata al caso in cui il tradente gli consegnasse il danaro, senza l'intenzione però di trasferire a lui la proprietà dello stesso.

Invero è proprio la lettura del § 1 del frammento 43 alla luce dell'« Hingabewille » ad illuminare anche il contenuto del *principium* dello stesso frammento. Tale criterio di risoluzione pare applicabile non solo al caso in cui accipiente era il *falsus procurator*, ma anche quello in cui era tale il *falsus creditor*. Ciò può sostenersi sia sulla base delle risultanze delle fonti esaminate in tema di creditore apparente sia sulla base del brevissimo testo del *principium*. Infatti proprio con la frase del *principium*, *nec nummi eius fiant*, Ulpiano mette in evidenza che la proprietà non passava all'accipiente. Dalla specificazione di tale mancato passaggio, nonché dall'importanza centrale che la questione del trasferimento di proprietà ha in moltissime delle testimonianze finora esaminate, si può invero intuire un aspetto che nel testo ulpiano è implicito. Se, nonostante la *traditio*, i *nummi* non diventavano di proprietà dell'accipiente (*nec nummi eius fiant*), si deve inevitabilmente desumere che la *traditio* stessa fosse viziata. E tale ipotesi risulta conciliarsi perfettamente con quella in cui il *falsus creditor* fosse per

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. *supra* § 34.

Ulpiano solo colui che mentiva sulla propria identità ⁽¹¹⁷⁾. Infatti il debitore, pagando a lui, commetteva un errore sulla persona che doveva ricevere il pagamento stesso. Era per tale ragione che, secondo Ulpiano, il *falsus creditor* — a differenza del *falsus procurator*, per il quale era necessario operare la *distinctio* — commetteva sempre furto. Il tradente, nel momento in cui adempiva il suo presunto debito, intendeva adempierlo non a quell'accipiente, bensì a colui che riteneva essere il vero titolare del credito. In presenza di tale errore, la *traditio* risultava viziata e il falso creditore non poteva diventare proprietario dei *nummi*.

Se con queste considerazioni si coglie nel vero, la regola cui si ispirano le due soluzioni riferite nel *principium* e nel § 1 del frammento 43 si rivela essere la medesima e cioè l'essenzialità dell'« Hingabewille » per potere determinare se l'accipiente in malafede fosse o meno responsabile per furto. Si capisce così per quale ragione i due passi approdino a conclusioni diverse, sancendo, da un lato, nel *principium* la responsabilità del falso creditore in ogni caso e, dall'altro, nel § 1 la responsabilità del falso procuratore nella sola ipotesi della *traditio* viziata. Infatti, sebbene sia il falso creditore sia il falso procuratore possano dirsi — alla luce di quanto finora emerso — *scientes indebitum accipientes*, è evidente che essi ponessero in essere in modo diverso l'inganno. L'uno simulava la propria titolarità, l'altro la propria legittimazione. Non solo. Il falso procuratore poteva trarre in errore il tradente tramite una falsa rappresentazione sia del proprio titolo sia della propria identità. Invece il *falsus creditor*, secondo la lettura qui data della definizione riportata in Ulpiano, mentiva solo sulla propria identità. Sarebbe proprio — a mio modo di vedere — la ristretta accezione della locuzione *falsus creditor* la giustificazione della formulazione della regola riferita dal *principium*. In sostanza, secondo Ulpiano, il falso creditore era sempre responsabile, perché nella simulazione dell'identità è strutturale che il tradente, ingannato sulla persona, non volesse consegnare la cosa a quell'accipiente. L'errore del tradente impediva che la *traditio* fosse in grado di produrre l'effetto del trasferimento della proprietà. Invece relativamente

(117) Si veda *supra* § precedente.

al falso procuratore, là dove si intende con tale locuzione sia chi simulasse la propria identità sia chi simulasse il proprio titolo, bisognava procedere caso per caso per verificare se la *traditio* fosse valida o risultasse viziata dall'assenza della volontà del tradente di trasferire la proprietà a quel determinato soggetto.

Tale concatenazione di considerazioni, necessarie alla comprensione del frammento ulpiano di D. 47.2.43 pr.-1, manca tuttavia di un ulteriore anello. Sorge infatti spontaneo l'interrogativo su come debba intendersi, nell'ambito di questo tentativo interpretativo, il passo di Scevola di D. 13.1.18. Secondo quanto risulta da tale testimonianza lo *sciens indebitum accipiens* veniva sempre punito come autore di furto, senza che fosse necessario ricorrere a nessuna distinzione su quale fosse l'intenzione del tradente. Se — come si è cercato di dimostrare ⁽¹¹⁸⁾ — il falso procuratore e il falso creditore erano *scientes indebitum accipientes*, allora non si capisce come sia conciliabile tale soluzione con quanto finora sostenuto e, in particolare, con la distinzione di Nerazio. In sostanza, se secondo Scevola lo *sciens indebitum accipiens* rispondeva sempre per furto, si tratta di comprendere come mai il *falsus procurator*, quale *sciens indebitum accipiens*, rispondesse, secondo Nerazio, solo nell'ipotesi in cui il tradente *ei dederit nummos ut eos creditori perferret*.

Orbene, confrontandosi i contenuti delle due testimonianze, pare possibile riconoscere un diverso stadio di approfondimento del problema da parte dei due giuristi. Come si è accennato in letteratura ⁽¹¹⁹⁾, Scevola tocca la questione della responsabilità del falso accipiente solo indirettamente per risolvere quella della legittimazione alla *condictio ex causa furtiva*, costituente il vero obiettivo della sua riflessione riportata in D. 13.1.18 ⁽¹²⁰⁾. Invece il pensiero di Nerazio, in D. 47.2.43.1, ha proprio per precipuo oggetto la responsabilità del falso procuratore, per cui

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. *supra* § precedente.

⁽¹¹⁹⁾ In tale senso PEROZZI, *Della tradizione* cit., 51; cfr. *supra* § 4; su questo aspetto del passo scevoliano si veda anche *supra* § 32.

⁽¹²⁰⁾ Meno condivisibile — alla luce delle risultanze dei testi esaminati — risulta, invece l'ipotesi che al passo non debba essere attribuita importanza, in quanto la frase iniziale sarebbe del tutto staccata dal ragionamento di Scevola, come sostiene FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto* cit., p. 552 e IDEM, *Manuale* cit., p. 347 nt. 23, sulla cui opinione cfr. già *supra* § 4.

è perfettamente comprensibile che, in tale passo, il giurista enunci in una distinzione che arriva a sviscerare minuziosamente il problema nei suoi diversi risvolti. Per tal verso, mi sembra di potere sostenere che non sussista un'antitesi tra la genericità dell'affermazione di Scevola e la dettagliata distinzione di Nerazio. A Scevola, nella *quaestio* delineata, premeva ribadire che di regola colui che percepiva consapevolmente un indebito commetteva furto. Il giurista, nell'occuparsi della questione solo marginalmente, avrebbe sancito — con una formulazione che ha avuto così tanta fortuna nella critica romanistica ⁽¹²¹⁾ — la responsabilità per furto dello *sciens indebitum accipiens*, dando probabilmente per scontato che, alla base di tale responsabilità, dovesse sussistere una *traditio* viziata. A Nerazio invece interessava approfondire il problema della responsabilità e mettere in evidenza la necessità di una *traditio* viziata perché fosse configurabile il furto del falso procuratore. A conferma dell'assenza di una contrapposizione tra le due testimonianze si può osservare che il criterio dell'« Hingabewille », enunciato da Nerazio, non risulti essere un'idea “stravagante” del giureconsulto, ma affiori nella maggior parte dei passi a noi pervenuti che affrontano la questione della riscossione dell'accipiente in malafede. Alla luce di queste considerazioni, l'affermazione scevoliana di D. 13.1.18 e la distinzione neraziana del § 1 ben si conciliano tra loro e, così interpretate, sono in sintonia anche con il contenuto del *principium* del frammento 43, che riconosce il *falsus creditor* sempre responsabile di furto.

Si tratta a questo punto di affrontare un'ulteriore questione scaturente da D. 47.2.43 pr. e cioè di cercare di capire — almeno nei limiti in cui è possibile farlo sulla base delle fonti di cui disponiamo — perché il sintagma *falsus creditor* sia attestato esclusivamente in tale testimonianza e non invece negli altri passi che, pur senza fare uso dell'espressione, descrivono una fattispecie di creditore apparente ⁽¹²²⁾. Leggendosi una volta ancora la parte iniziale del frammento 43, sembra possibile

⁽¹²¹⁾ Si veda *supra* § 4.

⁽¹²²⁾ Cfr. D. 47.2.52.21 (Ulp. 37 *ad ed.*) (*supra* § 23), D. 47.2.67.4 (Paul. 7 *ad Plaut.*) (*supra* § 24), D. 4.3.7.10 (Ulp. 11 *ad ed.*) (*supra* § 25), D. 4.3.8 (Gai. 4 *ad ed. prov.*) (*supra* § 25) e D. 47.2.43.3 (Ulp. 41 *ad Sab.*) (*supra* § 26).

formulare un'ipotesi. Ulpiano, nel parlare di furto nell'ambito del suo commentario a Sabino, si sarebbe trovato a riflettere sul caso della riscossione del *falsus procurator*. È peraltro noto quanto risalente sia il *procurator* quale « figura sociale ancora prima che giuridica »⁽¹²³⁾, che « affonda le sue radici nel magma delle relazioni domestiche »⁽¹²⁴⁾. Si giustifica allora l'idea che la figura del *falsus procurator* fosse cronologicamente precedente a quella del *falsus creditor*. Il problema di sanzionare la condotta di chi, strutturale nella famiglia romana, amministrava gli interessi del *paterfamilias*, si profilò ben presto già fin dal momento in cui i suoi apporti acquisirono rilevanza giuridica e, a maggior ragione, in quei casi in cui il suo comportamento fosse fraudolento nei confronti del debitore del suo *paterfamilias*. Accade del resto spesso che « dal terreno della vita sociale ed economica quotidiana si sono sviluppati (e tuttora si sviluppano) i problemi che il diritto è chiamato a risolvere⁽¹²⁵⁾ ». È in effetti verosimile che la responsabilità per furto del *falsus procurator* fosse già nota a Quinto Mucio, come emerge da D. 47.2.76(75) (Pomp. 31 *ad Q. Mucium*)⁽¹²⁶⁾, in cui Pomponio riporta una decisione che sembra risalire già al giurista repubblicano. Solo dopo, e sul modello della sanzione del furto del *falsus procurator*, si sarebbe sviluppata la responsabilità del creditore apparente per il medesimo delitto.

Nondimeno è difficile pensare che il sintagma *falsus creditor* sia esistito solo a partire da Ulpiano. È infatti dimostrato che già molto prima del giurista di età severiana si profilassero casi in cui a ricevere consapevolmente quanto non dovuto non era un terzo presunto legittimato, ma un presunto creditore e quindi un soggetto che difettasse di titolarità del credito. Ma sembra anche possibile accogliere l'opinione per cui il contenuto del *principium* del frammento 43 sia in parte da attribuirsi a Sabino⁽¹²⁷⁾. Sarebbe stato già l'autorevole esponente della

⁽¹²³⁾ Così G. NICOSIA, *Gestione di affari altrui (Premessa storica)*, in ED, 18, 1969, p. 630; per un cenno a tale punto cfr. già *supra* § precedente.

⁽¹²⁴⁾ R. QUADRATO, *Rappresentanza (Diritto romano)*, in ED, 38, 1987, p. 423.

⁽¹²⁵⁾ CENDERELLI, *La negotiorum gestio* cit., p. 105.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. *supra* § 5.

⁽¹²⁷⁾ E' questa ipotesi avanzata da LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 2869, c. 1165 e sostenuta anche da SCHULZ, *Sabinus-Fragmente* cit., p. 80, VOCI, *Modi di acquisto* cit., p.

scuola augustea ad elaborare la locuzione *falsus creditor*, dando una denominazione tecnica a colui che apparisse titolare del credito e costruendo così la figura del *falsus creditor* sulla falsariga di quella del *falsus procurator*.

In che accezione Sabino intendesse *falsus creditor*, non è dato sapere. Non si hanno però elementi per potere ritenere che Sabino concepisse l'espressione negli stessi ristretti termini in cui la concepiva Ulpiano. Anzi, il fatto che più fonti classiche attestino, pur senza menzione esplicita di *falsus creditor*, diversi casi di furto di chi simulava la propria titolarità, depone nel senso che il giurista augusteo riferisse il sintagma non solo alle ipotesi in cui l'accipiente simulasse la propria identità, bensì anche a quelle in cui simulasse il proprio titolo. Nel commentare Sabino, sarebbe stato poi Ulpiano — come emerge dal confronto tra D. 47.2.43 pr. e D. 47.2.43.3 — ad intendere il *falsus creditor* in un'accezione circoscritta alla sola ipotesi della simulazione d'identità. E potrebbe essere stato ancora lui ad aggiungere la specificazione *qui se simulat creditorem* ⁽¹²⁸⁾, tentando così una definizione del sintagma e utilizzando allo scopo il verbo *simulare*, che — pur nel senso generico di dare l'apparenza di essere creditore e non in quello circoscritto di porre in essere raggiri e sotterfugi per nascondere la propria identità — era di uso comune in giurisprudenza in relazione alla condotta del *falsus procurator* ⁽¹²⁹⁾. A mio parere, è in effetti possibile che il giurista severiano abbia sentito l'esigenza di spiegare chi fosse il *falsus creditor* per poterlo distinguere dal *falsus procurator* e per introdurre poi la distinzione di Nerazio

149 e ASTOLFI, *I tres libri* cit., p. 162; meno probabile sembra invece l'ipotesi che possa essere stata sabiniana anche l'affermazione iniziale del § 1, *Falsus procurator furtum quidem facere videtur* (prospettano tale ipotesi — su cui *supra* § 3 — SCHULZ, *Sabinus-Fragmente* cit., p. 79, THOMAS, *A Note* cit., p. 414 a ASTOLFI, *I tres libri* cit., p. 162): infatti la maggiore cautela con cui è sancita la responsabilità del *falsus procurator* rispetto a quella del *falsus creditor* non risulta spiegabile — almeno in questo contesto — se non congiuntamente alla distinzione di Nerazio, distinzione che per ovvie ragioni cronologiche non poteva essere nota a Sabino; su tali ipotesi cfr. già *supra* § 3.

⁽¹²⁸⁾ In tale senso LENEL, *Palingenesia* cit., 2, § 2869, c. 1165 e ASTOLFI, *I Tres libri* cit., p. 162, mentre SCHULZ, *Sabinus-Fragmente* cit., p. 80 e VOGLI, *Modi di acquisto* cit., p. 149 ritengono che l'inciso sia da attribuirsi a Sabino.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. D. 47.2.76(75) (Pomp. 21 *ad Q. Mucium*) (*supra* § 5), D. 24.1.3.12 (Ulp. 32 *ad Sab.*) (*supra* § 8), D. 46.3.18 (Ulp. 41 *ad Sab.*) (*supra* § 14).

in materia di *falsus procurator*, quell'importante distinzione che formula un criterio di risoluzione per quei casi controversi in cui non fosse stato chiaro se nascesse o meno la responsabilità per furto di chi riceveva per conto altrui. In realtà, dal fatto che Ulpiano non abbia aggiunto alcun commento suo a tale *distinctio*, c'è chi in letteratura ha desunto l'indizio della presenza di un taglio compilatorio⁽¹³⁰⁾. Tuttavia mancano del tutto nel testo indizi per potere sostenere che il giurista abbia aggiunto qualcosa di suo alla *distinctio* di Nerazio. Quello che può arguirsi dal passo è semmai solo che Ulpiano, dopo avere forse premesso l'insegnamento di Sabino in tema di *falsus creditor*, abbia delineato la condotta del *falsus procurator*, riportando la meticolosa distinzione di Nerazio e, pur sentendo l'esigenza di anteporre ad essa il principio più generale per cui il falso procuratore commetteva di regola furto (*Falsus procurator furtum quidem facere videtur*), abbia voluto rispettare in pieno l'*auctoritas* del suo illustre predecessore⁽¹³¹⁾.

37. *Actio furti e actio de dolo: un tentativo di ricognizione dei confini nella sanzione dello sciens se indebitum accipere.*

Fin dall'inizio si è messo in evidenza come tela di fondo di quest'indagine siano i risultati raggiunti da ALBANESE nell'ambito delle sue ricerche sulla nozione di furto⁽¹³²⁾. Lo studioso palermitano ha infatti saputo persuasivamente dimostrare come, a partire dagli ultimi secoli della Repubblica, la giurisprudenza abbia proceduto ad un'attività sistematica di limitazione e di precisazione dei confini del furto, elaborandone in modo più puntuale ora il profilo obiettivo, ora il profilo subiettivo. Se in precedenza il furto rischiava di coincidere con il concetto stesso di illecito privato, i *prudentes* approfondirono via via, tramite un'elaborazione lenta e continua, una nozione

⁽¹³⁰⁾ In tale senso la già citata opinione (cfr. *supra* § 1) di MEDICUS, *Zur Leistungsannahme* cit., p. 223 s.

⁽¹³¹⁾ Che, nelle dispute giurisprudenziali, l'*auctoritas* del giurista, il quale sosteneva un'opinione, costituisse molto spesso, già di per sé, un argomento a favore dell'esattezza dell'opinione stessa, è — come è ben noto — magistralmente messo in evidenza da SCHULZ, *I principia* cit., p. 160.

⁽¹³²⁾ Cfr. *supra* § 1 e, in particolare, nt. 2 sui fondamentali contributi dell'autore in argomento.

più omogenea e circoscritta di questo delitto, adiuvati in ciò dalle fonti di produzione del diritto che introdussero autonome figure di illecito, ora il *damnum iniuria datum*, ora l'*edictum de dolo malo*, in cui confluirono alcune fattispecie prima punite come furto ⁽¹³³⁾.

Su questa tela si è cercato quindi di procedere nell'esegesi dei testi, al fine di verificare in quali ipotesi i giuristi romani riconoscessero la responsabilità per furto del *falsus procurator* e del *falsus creditor*, se cioè la ammettessero in ogni caso e senza differenziazioni, come emerge da D. 47.2.43 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*) ⁽¹³⁴⁾ e da D. 13.1.18 (Scaev. 4 *quaest.*) ⁽¹³⁵⁾ o se invece ricorressero volta per volta alla distinzione enunciata da Nerazio in D. 47.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*) ⁽¹³⁶⁾. Si tratta, più in generale, della questione, che tanto è stata dibattuta dalla letteratura, se le fonti in materia si debbano interpretare nel senso che fosse necessario un raggio dell'accipiente volto a trarre in inganno il tradente o se invece fosse sufficiente la malafede dell'accipiente stesso nell'incassare quanto non gli era dovuto. Invero, ad un più approfondito esame testuale e sulla scorta delle altre fonti in argomento, i tre passi da cui si sono prese le mosse non sono risultati in antitesi fra loro, bensì è emerso che tutti e tre possono leggersi nel senso della necessità di verificare caso per caso il mancato « Hingabewille » del tradente. Infatti, solo se la *traditio* fosse stata viziata perché mancava l'intenzione del tradente di consegnare la proprietà all'accipiente, sarebbe stata riconosciuta la sussistenza del furto ⁽¹³⁷⁾. Sotto un diverso angolo visuale, si può anche affermare che l'accipiente dovesse essere consapevole della mancata intenzione del tradente di trasferire a lui la proprietà di quanto gli consegnava. È infatti la malafede dell'accipiente l'altro requisito che doveva sussistere perché fosse configurabile il furto, senza che quindi fosse richiesto uno specifico inganno volto a fare cadere in errore il tradente. Dalle fonti esaminate si è desunto poi che fosse qualificata come furto sia l'ipotesi in cui ad

⁽¹³³⁾ Sul punto si veda, in particolare, ALBANESE, *v. Furto* cit., p. 315.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. *supra*, in particolare, §§ 2, 3, 34, 36.

⁽¹³⁵⁾ Cfr. *supra*, in particolare, §§ 4 e 36.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. *supra*, in particolare, §§ 2, 3, 34, 36.

⁽¹³⁷⁾ Cfr. *supra*, in particolare, § 32.

essere simulata era solo la legittimazione a riscuotere, sia quella in cui lo era anche la titolarità del credito. Chi consapevolmente percepiva quanto non gli era dovuto poteva venire punito come ladro, sia che fosse un *falsus procurator*, sia che fosse un altro legittimato apparente diverso dal *falsus procurator*, sia che fosse un *falsus creditor*, tanto nell'accezione ulpiana di chi simulava la sua identità, tanto nel significato di chi appariva creditore simulando l'esistenza del credito. Ognuno di tali soggetti era indistintamente avvertito come *qui sciens indebitum accipit* ⁽¹³⁸⁾.

Conferma di tale interpretazione dei testi si è arguita, in particolare, da D. 47.2.43.3 (Ulp. 41 *ad Sab.*) ⁽¹³⁹⁾, in cui, con le parole *Si quis nihil in persona sua mentitus est*, Ulpiano descrive un'ipotesi tipica di raggiro, che sembra a prima vista confutare l'idea che chi incassava in malafede un indebitum era punito come ladro, a prescindere dall'intensità dell'astuzia usata nella condotta. In realtà il caso di *in persona sua mentiri* funge, al contrario, da conferma del fatto che non era l'inganno il criterio di decisione in questa materia. Il caso della finzione della propria identità risulta infatti costituire un'ipotesi particolare di riscossione in malafede dell'indebitum, in cui l'accipiente avrebbe sempre commesso il delitto, semplicemente perché il tradente, errando sulla sua identità, non avrebbe mai voluto trasferire a lui la proprietà della cosa o del danaro. In tale ipotesi risultava insomma inutile ricorrere ad una distinzione su quale fosse l'intenzione del tradente: chi, *falsus procurator* o *falsus creditor*, mascherava la propria identità era comunque responsabile per furto.

Alla luce di quanto emerso dalle fonti considerate, si tratta, a questo punto, di riconsiderare un corollario degli studi di ALBANESE, cui si è avuto modo di accennare in sede di esegesi dei singoli passi ⁽¹⁴⁰⁾. Si fa riferimento all'opinione, secondo la quale uno dei terreni su cui sarebbe maturata l'evoluzione della nozione di furto sia proprio quello dello *sciens se indebitum accipere*, in quanto chi percepiva consapevolmente un indebitum sarebbe stato punito, in alcune fattispecie giurisprudenziali

⁽¹³⁸⁾ Cfr. *supra* § 35.

⁽¹³⁹⁾ Cfr. *supra* § 26.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. *supra*, in particolare, § 18 e § 25.

meno risalenti, non più con l'*actio furti*, ma con l'*actio de dolo* ⁽¹⁴¹⁾. In effetti, una volta introdotto l'*edictum de dolo malo* ed avviato il processo di definizione della nozione di furto, è verosimile che i giureconsulti si siano posti in concreto — le fonti lo lasciano trapelare — l'interrogativo se la riscossione in malafede di quanto ricevuto dovesse continuare ad essere qualificata come furto o se invece essa dovesse essere spostata nell'ambito di applicazione del più recente rimedio che sanzionava genericamente ogni tipo di raggio. Probabilmente i giuristi si domandarono se tale strumento pretorio si adattasse alla condotta dell'accipiente in malafede, soprattutto a quella di chi non si limitava a percepire in malafede il pagamento, ma con furbie traeva altri in inganno sulla propria legittimazione o sulla propria titolarità a riscuotere tale pagamento. Alcuni dei testi tra quelli esaminati affrontano in effetti, in modo più o meno esplicito, il problema di quale delle due azioni fosse applicabile, l'*actio furti* o l'*actio de dolo*, propendendo ora per l'esperimento dell'una, ora dell'altra e cercando talvolta di fornire una motivazione della risoluzione stessa.

Particolarmente significativo in questo ambito si è rivelato il caso della responsabilità dell'intermediario che riusciva fraudolentemente a fare avere ad un tale, da lui spacciato come debitore onesto, una somma di danaro a titolo di mutuo. La fattispecie sembra ricorrere in ben quattro passi, D. 47.2.52.21 (Ulp. 37 *ad ed.*) ⁽¹⁴²⁾, D. 47.2.67.4 (Paul. 7 *ad Plaut.*) ⁽¹⁴³⁾, D. 4.3.7.10 (Ulp. 11 *ad ed.*) ⁽¹⁴⁴⁾ e D. 4.3.8 (Gai. 4 *ad ed. prov.*) ⁽¹⁴⁵⁾. Se in D. 47.2.52.21 Ulpiano ritiene la condotta dell'intermediario punibile senz'altro come furto, in D. 47.2.67.4 Paolo, nel commentare Plautio, distingue tra un caso di applicazione dell'azione di furto e un caso in cui tale azione era inapplicabile.

⁽¹⁴¹⁾ In tale senso, a proposito di D. 47.2.67.4 (Paul. 7 *ad Plaut.*) e D. 4.3.8 (Gai. 4 *ad ed. prov.*), ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit., in particolare, p. 124 e IDEM, *La sussidiarietà* cit., pp. 211 s. e pp. 306 ss. e, a proposito di D. 47.2.52.22 (Ulp. 37 *ad ed.*) e D. 4.3.18.3 (Paul. 11 *ad ed.*), ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio* cit., specificamente pp. 93 ss. e, più in generale, IDEM, *La sussidiarietà* cit., pp. 306 ss.

⁽¹⁴²⁾ Si veda *supra* § 23.

⁽¹⁴³⁾ Si veda *supra* § 24.

⁽¹⁴⁴⁾ Si veda *supra* § 25.

⁽¹⁴⁵⁾ Si veda *supra* § 25.

Si è visto come la diversa soluzione paolina sia giustificabile alla luce del fatto che il mutuatario, se ignorava l'inganno posto in essere, non poteva essere ritenuto responsabile di furto. E, se era insussistente il furto del mutuatario, contro il terzo imbrogliatore Paolo ammetteva l'esperimento di un'*actio in factum* che, come conferma Gaio in D. 4.3.8 (4 *ad ed. prov.*), era un'azione di dolo. Quindi l'*actio de dolo* risulterebbe applicabile nella sola ipotesi in cui non fosse ravvisabile la compartecipazione del mutuatario all'inganno. Il quadro delineato da questa catena di passi risulta completato da D. 4.3.7.10 (Ulp. 11 *ad ed.*), in cui Pomponio, citato da Ulpiano, nega l'esperibilità dell'azione di dolo in ragione della non sufficiente *magna et evidens calliditas* di chi falsamente spacciava una persona come solvibile al fine di fargli avere del danaro in mutuo. Se invece tale astuzia fosse stata adeguata — sembra potersi arguire — il pretore avrebbe concesso contro l'autore della condotta il rimedio pretorio. La motivazione che il giurista dà alla decisione del pretore Ceciliano si fonda quindi proprio sulla *calliditas*, che, se sufficientemente intensa, avrebbe comportato l'esperibilità dell'azione di dolo. Ma allora, per l'applicazione di tale azione in questo ambito, era essenziale verificare l'intensità dell'inganno: solo se l'astuzia fosse stata presente in una certa misura — come accade in D. 4.3.8, in cui viene precisato che la condotta era *decipiendi gratia* — sarebbe stato possibile ricorrere al sussidiario rimedio pretorio.

Ora, dalle quattro testimonianze, tra loro confrontate, non mi sembra possibile desumere un'attestazione di una nozione più limitata e più evoluta di furto, che avrebbe impedito l'applicazione dell'*actio furti* contro l'accipiente in malafede e lasciato spazio all'esperibilità dell'*actio de dolo*. Da esse infatti emerge abbastanza chiaramente che un'altra era la ragione dell'inapplicabilità dell'*actio furti*. La responsabilità per furto dell'intermediario mendace era in effetti riconosciuta nell'ipotesi in cui la sua condotta fraudolenta fosse stata posta in essere con la compartecipazione del mutuatario. Se invece non era responsabile di furto il mutuatario, perché non aveva preso parte all'inganno, non poteva esserlo *ope consilio* nemmeno l'intermediario mendace, che da parte sua non entrava affatto in contatto con il danaro. A quel punto, se l'intermediario non

era convenibile per furto, veniva meno il freno della sussidiarietà e diventava possibile ricorrere all'azione di dolo.

Analoghe risultanze sembrano potersi desumere dal caso del comodato di falsi pesi, descritto in D. 47.2.52.22 (Ulp. 37 *ad ed.*) e in D. 4.3.18.3 (Paul. 11 *ad ed.*)⁽¹⁴⁶⁾. Dal confronto tra i due passi emerge — almeno nell'interpretazione dei due testi da me prospettata — come il comodante, che avesse dato in prestito pesi alterati, non commettesse furto, se il comodatario degli stessi ignorava l'inganno perpetrato al venditore della merce. Se infatti il comodatario non era ladro, il comodante non poteva essere coautore *ope consilio* di un furto, non consumato. Allo stesso tempo, il comodante non poteva essere convenuto autonomamente con l'*actio furti*, perché non era destinatario di alcuna *traditio*. Era allora per questa ragione, e non per una delimitazione della nozione di *furtum* a vantaggio del *dolum*, che, esattamente come l'intermediario mendace nella costituzione di mutuo in D. 47.2.67.4, così il comodante in D. 4.3.18.3 era da convenire con l'*actio de dolo*. In ragione della sussidiarietà era innanzitutto necessario valutare se a quella fattispecie l'azione di furto fosse inapplicabile. Solo in caso di inapplicabilità dell'*actio furti*, si ricorreva poi al criterio della *calliditas*, ben enucleato da Pomponio in D. 4.3.7.10, per decidere se fosse possibile esperire l'*actio de dolo*.

Ebbene, intrecciandosi tali risultanze con l'interpretazione data dei tre testi considerati all'inizio dell'indagine e cioè D. 47.2.43 pr.-1 e D. 13.1.18, si può arguire che l'intensità dell'astuzia fosse un criterio per stabilire l'applicabilità dell'azione di dolo e non invece un criterio utilizzabile per decidere l'applicabilità dell'*actio furti*. È in questo intreccio che l'esordio del passo ulpiano di D. 47.2.43.3, *Si quis nihil in persona sua mentitus est*, si rivela ancora una volta un nodo fondamentale. Infatti con la frase iniziale del brano Ulpiano differenzia la menzogna sulla propria identità, punita con l'*actio furti*, da altri casi di raggirio, puniti invece con l'*actio de dolo*. Chi mentiva sulla propria identità era convenibile con l'*actio furti* mentre chi poneva in essere la condotta di *verbis fraudem adhibere* con l'*actio de dolo*. Quindi, con l'espressione *fallax est magis quam*

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. *supra* § 18.

furtum facit il giurista pone in evidenza l'elemento fraudolento della condotta e con essa pare volere motivare l'applicabilità non dell'*actio furti*, ma dell'*actio de dolo*. La distinzione ulpiana risulta in realtà meglio comprensibile, se si riflette sul fatto che l'espressione *in persona sua mentiri* sottintende una riscossione di quanto non dovuto a sé, ma ad un altro, il vero creditore. Ma allora, in tale caso, sussisteva sempre una dazione e, in particolare, una dazione viziata, cui non seguiva il trasferimento della proprietà. Per questa ragione tale condotta non poteva che essere punita come furto. La menzogna sulla propria persona risulta, in sostanza, fungere da metro per disegnare il confine tra gli ambiti di applicazione dei due rimedi. Nonostante la volontà di ingannare, la riscossione di chi simulava l'identità non rientrava nell'ambito di applicazione dell'azione di dolo: intervenendo una *traditio* e quindi una *contrectatio*, tradizionalmente intesa in senso lato quale qualsiasi contatto fisico con la cosa, nella « Weltanschauung » dei giuristi romani classici si trattava senza dubbio di furto.

In definitiva, sulla sanzione dello *sciens se indebitum accipere* le testimonianze pervenuteci sembrano trasmetterci un atteggiamento estremamente conservativo, che probabilmente riflette quella tendenza tipica dei Romani ad un progresso giuridico che sia « lento, per tappe, in stretta connessione con gli istituti attuali ⁽¹⁴⁷⁾ ». Ancora nel III sec. d.C., la costituzione diocleziana di C. 6.2.19 ribadisce esplicitamente la regola, per cui il *falsus procurator* era responsabile per furto ⁽¹⁴⁸⁾. Nonostante il travaglio interpretativo e il lavoro di sistemazione scientifica della giurisprudenza, volta — già a partire dall'età tardorepubblicana — a delimitare sempre più la nozione di furto, per tutta l'età classica *qui sciens indebitum accipit* avrebbe continuato ad essere punito come ladro.

⁽¹⁴⁷⁾ Così SCHULZ, *I principi* cit., pp. 75 ss.

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. *supra* § 12.

Giuffrè, Editore

INDICE DELLE FONTI

FONTI GIURIDICHE

<p>I. FONTI PREGIUSTINIANEE</p> <p><i>Codex Theodosianus</i></p> <p>2.12.3 23 nt. 61</p> <p><i>Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum</i></p> <p>7.4.1 100 nt. 127</p> <p>11.4.1 100 nt. 127</p> <p>11.6.2 100 nt. 127</p> <p><i>Gaii Institutiones</i></p> <p>2.45 46 nt. 129</p> <p>2.49 46 nt. 129</p> <p>3.90 67 nt. 37</p> <p>3.203 66 nt. 36</p> <p>4.37 182 nt. 135</p> <p><i>Lex XII Tabularum</i></p> <p>8.17 46 nt. 129</p> <p><i>Pauli Sententiae</i></p> <p>5.18.3 100 nt. 127</p>	<p>6.2.19</p> <p><i>Digesta</i></p> <p>4.3.7.3</p> <p>4.3.7.6</p> <p>4.3.7.7</p> <p>4.3.7.10</p> <p>4.3.8</p> <p>4.3.18.3</p> <p>9.4.38.3</p> <p>12.4.14</p> <p>12.6.65.9</p> <p>13.1.18</p> <p>16.3.11</p> <p>18.1.15.2</p> <p>19.1.32</p> <p>24.1.3.12</p> <p>41.3.34</p>	<p>97 ss., 131, 265</p> <p>185</p> <p>185</p> <p>185</p> <p>183, 184 ss., 196, 207, 210, 211, 262 ss.</p> <p>183, 188 ss., 196, 207, 211, 262 ss.</p> <p>140 ss., 207</p> <p>81 ss., 130, 150 nt. 40, 200 nt. 178, 225, 241, 249</p> <p>30 ss., 240</p> <p>131 nt. 221, 138 nt. 3, 216</p> <p>8, 11, 13, 17, 41 ss., 121, 165, 170, 203, 211, 217, 218, 223, 227, 231, 249, 251, 255 ss., 260, 264</p> <p>245</p> <p>159 nt. 63</p> <p>146</p> <p>26 nt. 70, 72, 73 nt. 54, 76 ss., 95, 96, 130, 134, 227, 238, 248, 258 nt. 129</p> <p>11, 45 ss.</p>
<p>II. FONTI GIUSTINIANEE</p> <p><i>Codex</i></p> <p>2.12.24 23 nt. 61</p> <p>6.2.7 97 nt. 121</p>		

41.3.48	9, 12, 219 ss.	47.2.43.2	166 ss., 209, 232,
41.10.3	9, 219 ss.		244, 246, 247, 249
46.3.12.2	117 s.	47.2.43.3	194 ss., 211, 217,
46.3.18	14, 105 ss., 113,		218, 223, 238,
	114, 116, 117,		244, 246, 258,
	132, 200 nt. 178,		261, 264
	245, 248, 249, 258	47.2.43.4-11	244
	nt. 129	47.2.44 pr.	26 nt. 70, 71 ss.,
46.3.38.1	14, 26 nt. 70, 108		79, 81, 95, 96,
	nt. 145, 111 ss.,		115, 130, 134,
	132, 134, 227,		217, 227, 238, 248
	238, 249	47.2.44.1	150 nt. 41, 159
47.2	1, 203 nt. 186		ss., 208
47.2.21	151, 152 nt. 46,	47.2.46 pr.	233
	153	47.2.52.11	59 ss., 129, 249
47.2.21 pr.	152 nt. 45, 154 nt.	47.2.52.15	199 ss., 211
	54	47.2.52.17	150 nt. 40, 163
47.2.21.1	98 nt. 122, 151		ss., 208
	ss., 210	47.2.52.21	172 ss., 196, 198,
47.2.21.2	154, 156, 157		207, 210, 211,
47.2.21.3	156 nt. 59		238, 262 ss.
47.2.43	27, 244, 247, 252,	47.2.52.22	138 ss., 206, 212,
	257		225, 226, 237
47.2.43 pr.	14 nt. 30, 18, 20	47.2.67.3	102 ss., 105, 109,
	ss., 25, 42 nt. 118,		110, 117, 132,
	49, 74, 80, 96,		172, 200 nt. 178,
	115, 134, 137,		217, 249
	207, 211, 217,	47.2.67.4	178 ss., 196, 198,
	218, 227, 237,		207, 210, 211,
	238, 240, 244,		238, 262 ss.
	246, 252 ss., 258,	47.2.76(75)	49, 53 ss., 71, 80,
	260, 264		129, 171, 248,
47.2.43.1	9, 12, 17, 18, 26		257, 258 nt. 129
	nt. 70, 27 ss., 42	47.2.81(80).5	33, 86 ss., 108 nt.
	nt. 118, 49, 75, 80,		146, 119 nt. 185,
	81, 82, 96, 115,		131, 133, 248
	126, 127, 134,	47.2.81(80).6	14 nt. 30, 33, 92,
	150, 165, 219,		119 ss., 133, 150
	220, 225, 226,		nt. 40, 217, 218,
	227, 237 ss., 244,		223, 233, 234, 248
	246, 247, 248,	47.2.81(80).7	92 ss., 119 nt.
	252, 253, 254,		185, 131, 133, 248
	255, 256, 260, 264		

47.2.93(92)	99 nt. 125, 101 nt. 128	<i>sch. 25 ad 60.12.52</i>	71 nt. 48
		<i>sch. 103 ad 60.12.52</i>	147
47.14.1.4	100 nt. 127		
47.17.1	100 nt. 127		
47.19.6	38		

IV. FONTI MEDIOEVALI

Institutiones

2.6.2 46 nt. 129

III. FONTI BIZANTINE

Basilica

50.3.32	47 nt. 133
60.5.38.3	84
60.12.44.1	161
60.12.52.11	64
60.12.52.21	176
60.12.52.22	146

Scholia ad Basilica

sch. 9 ad 60.10.18 121 nt. 193,
231 ss.

Glossa ordinaria

gl. quis ad
D. 47.2.52.11 59 nt. 17
gl. furti teneris ad
D. 47.2.52.21 173 nt. 102

V. FONTI MODERNE

Codice Civile italiano

art. 1189 5 nt. 4
art. 1398 5 nt. 4

Codice Penale italiano

art. 640 6 nt. 4
art. 646 6 nt. 4
art. 494 6 nt. 4

FONTI NON GIURIDICHE

CATO

*De officis**De agri cultura*

75.1 60 nt. 22

3.14.60 25 nt. 65, 193 nt. 162

COLUMELLA

CICERO

*De re rustica**De inventione*

2.20.61 25 nt. 65

2.6.2 60 nt. 21

IUVENALIS

De natura deorum

3.30.74 193 nt. 162

Satura quinta

5.67 61 nt. 26
5.70 61 nt. 25

PLAUTUS

Amphitryon

200 25 nt. 65

Miles gloriosus

908 25 nt. 65

TERENTIUS

Andria

375 25 nt. 65

Heautontimorumenos

636 25 nt. 65

PLINIUS MAIOR

Naturalis historia

18.85 61 nt. 24

18.86 61 nt. 23

VARRO

De re rustica

1.23.2 60 nt. 20

Giuffrè Editore

INDICE DEGLI AUTORI

(Si indicano i luoghi della prima ricorrenza dell'opera citata)

- ADAMS 99 nt. 123
- ALBANESE 1 nt. 2, 19 nt. 55, 47 nt. 131, 69 nt. 45, 142 nt. 16
- ALBERTARIO 2 nt. 2, 21 nt. 60, 23 nt. 62, 100 nt. 125
- ALONSO 72 nt. 51
- AMAYA CALERO 4 nt. 2
- AMAYA GARCIA 148 nt. 34
- ANGELINI 17 nt. 49
- ANKUM 4 nt. 2
- APATHY 22 nt. 60, 45 nt. 128, 84 nt. 85, 222 nt. 28
- APPLETON 13 nt. 28
- ARANGIO-RUIZ 2 nt. 2, 21 nt. 60, 51 nt. 140, 234 nt. 54
- ARCHI 3 nt. 2
- ARU 77 nt. 66
- ASTOLFI 4 nt. 2, 21 nt. 58
- BALZARINI 3 nt. 2, 100 nt. 126
- BARON 7 nt. 6
- BARTON 175 nt. 116
- BEHREND 22 nt. 60
- BELLO 3 nt. 2
- BENÖHR 27 nt. 73
- BERGER 2 nt. 2, 28 nt. 74
- BERTOLINI 43 nt. 122
- VON BESELER 21 nt. 60, 31 nt. 83, 88 nt. 97, 90 nt. 100, 112 nt. 154, 195 nt. 167
- BETTI 15 nt. 39, 50 nt. 138, 71 nt. 51, 141 nt. 11
- BIAVASCHI 24 nt. 62
- BIONDI 189 nt. 159
- BIRKS 4 nt. 2
- BLANCH 143 nt. 16
- BLANCH NOUGHÈS 5 nt. 2
- BONA 28 nt. 74
- BONFANTE 11 nt. 18, 22 nt. 60
- BOTTA 101 nt. 128
- BRASIELLO 3 nt. 2
- BRASSLOFF 145 nt. 25
- BREMER F.P. 140 nt. 9
- BREMER P. 17 nt. 49
- BRETONE 22 nt. 60, 46 nt. 128
- BRINKHOF 46 nt. 128
- BRUTTI 25 nt. 65
- BUCKLAND 1 nt. 1, 81 nt. 80, 142 nt. 16
- BUND 78 nt. 67

- BURDESE 16 nt. 44, 22 nt. 60, 45 nt. 128, 71 nt. 51, 106 nt. 141, 212 nt. 205
- BUTI 45 nt. 128
- CAIRNS 175 nt. 116
- CAMIÑAS 143 nt. 16, 196 nt. 170
- CAMODECA 28 nt. 74
- CANNATA 21 nt. 58, 87 nt. 89
- CARCATERRA 143 nt. 16, 245 nt. 96
- CARDILI 141 nt. 11
- CARRELLI 2 nt. 2
- CASAVOLA 28 nt. 74, 65 nt. 32
- DEL CASTELLO SANTANA 3 nt. 2
- CERVENCA 100 nt. 125
- CHIAZZESE 23 nt. 62
- DI CINTIO 200 nt. 179
- CLAUS 31 nt. 83
- COHEN 4 nt. 2
- CORBINO 4 nt. 2
- COSENTINO 106 nt. 141
- CUIACIUS 6 nt. 5
- DAUBE 4 nt. 2, 17 nt. 49
- DERNBURG 10 nt. 16
- DÍAZ BIALET 43 nt. 122
- DÍAZ-BAUTISTA 44 nt. 122
- DILIBERTO 4 nt. 2
- DE DOMINICIS 23 nt. 62
- DONATUTI 22 nt. 60, 31 nt. 83, 108 nt. 145, 166 nt. 84
- DUMONT-KISLIAKOFF 21 nt. 58
- DUPONT 24 nt. 62
- DUQUESNE 78 nt. 67
- ECK 28 nt. 74
- ENDEMANN 71 nt. 51
- ENßLIN 97 nt. 119
- ERNST 65 nt. 32
- EXNER 11 nt. 22
- FACCIOLATI 62 nt. 28
- FALCHI 4 nt. 2, 82 nt. 80
- FALCONE 236 nt. 58
- FARGNOLI 5 nt. 2, 24 nt. 62, 31 nt. 83, 251 nt. 114
- FERCIA 143 nt. 16
- FERRETTI 5 nt. 2
- FERRINI 2 nt. 2, 103 nt. 135, 233 nt. 54
- FINAZZI 22 nt. 60
- FITTING F. 13 nt. 27
- FITTING H. 10 nt. 16
- FLORIA HIDALGO 4 nt. 2
- FLUME 21 nt. 58, 71 nt. 51, 180 nt. 127, 221 nt. 23
- FORCELLINI 62 nt. 28
- DE FRANCISCI 180 nt. 126
- FRANCKE 7 nt. 8
- FRESE 87 nt. 90
- GAGLIARDI 5 nt. 2
- GANDOLFI 99 nt. 123
- GARCIA GARRIDO 4 nt. 2
- GARCIA VASQUEZ 22 nt. 60

- GAROFALO 17 nt. 49
- GAUDEMET 3 nt. 2, 24 nt. 62
- GEIGER 99 nt. 123
- DEL GENIO 24 nt. 62
- GIARO 27 nt. 73
- GIGLIO 22 nt. 60
- GIMENEZ-CANDELA 82 nt. 80, 84 nt. 85
- GIRARD 10 nt. 17
- GORDON 99 nt. 123
- GNOLI 4 nt. 2
- GREINER 28 nt. 74
- GROAG 184 nt. 140
- GROSSO 28 nt. 74, 100 nt. 125
- GUARINO 3 nt. 2, 142 nt. 16
- HACKL 4 nt. 2, 23 nt. 62
- HAEBERLIN 77 nt. 66
- HARKE 77 nt. 66, 177 nt. 122
- HASLER 153 nt. 51
- HAUSMANINGER 220 nt. 23
- HAYMANN 15 nt. 37, 43 nt. 120, 77 nt. 66, 167 nt. 84
- HEIMBACH 231 nt. 48, 233 nt. 54
- HELDRIK 142 nt. 16
- HEUMANN 60 nt. 19
- HITZIG 2 nt. 2
- HOLWERDA 64 nt. 31, 71 nt. 48
- HONORÉ 24 nt. 62
- HONSELL 201 nt. 179
- HÖPFNER 6 nt. 6
- HORAK 28 nt. 74, 149 nt. 38
- HUNGER 236 nt. 57
- HUVELIN 2 nt. 2
- LIFFE 185 nt. 141
- D'IPPOLITO 143 nt. 16
- JAKOBS 77 nt. 66, 220 nt. 23
- JHERING 77 nt. 66
- JOLOWICZ 2 nt. 2
- KACPRZAK 87 nt. 89
- KASER 4 nt. 2, 16 nt. 45, 22 nt. 60, 23 nt. 62, 53 nt. 2, 72 nt. 51, 74 nt. 58, 84 nt. 85, 141 nt. 11, 155 nt. 56
- KLAMI 99 nt. 123
- KLINCK 27 nt. 73
- KLINGENBERG 4 nt. 2
- KNÜTEL 28 nt. 74
- KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI 31 nt. 83
- KRENZ 22 nt. 60
- KRÜGER P. 103 nt. 135
- KRÜGER W. 109 nt. 147
- KÜBLER 233 nt. 54, 234 nt. 55
- KUPER 143 nt. 16
- KUPISCH 77 nt. 66, 143 nt. 16
- LANDOLT 200 nt. 179
- LANDSBERG 2 nt. 2
- LANGE 34 nt. 92
- LA ROSA 4 nt. 2
- LEMOSSÉ 4 nt. 2

- LENEL 20 nt. 56, 82 nt. 80, 112 nt. 154
 LEVY 88 nt. 95, 88 nt. 96, 101 nt. 128
 LIEBS 43 nt. 120, 43 nt. 122
 LITEWSKI 99 nt. 123
 LOKIN 234 nt. 55
 LONGO G. 4 nt. 2, 142 nt. 16, 174 nt. 109
 LONGO S. 200 nt. 179
 VON LÜBTOW 4 nt. 2, 71 nt. 51, 142 nt. 16
 LUCREZI 200 nt. 180
 LURASCHI 50 nt. 138
 LUZZATTO 23 nt. 62
 MACCORMACK 3 nt. 2, 22 nt. 60, 141 nt. 11, 143 nt. 16, 175 nt. 115, 246 nt. 97
 MAIFELD 28 nt. 74
 MAININO 198 nt. 175
 MANTOVANI 182 nt. 134, 182 nt. 135
 MARRONE 16 nt. 42, 82 nt. 80, 84 nt. 85, 184 nt. 141
 MARTINI 246 nt. 96
 MASCHI 103 nt. 135
 MASI A. 142 nt. 16
 MASIELLO 17 nt. 49
 MAYER MALY 185 nt. 143, 220 nt. 23
 MECKE 23 nt. 62
 MEDICUS 17 nt. 49
 METRO 184 nt. 141
 MEYLAN 22 nt. 60
 MICHEL 98 nt. 123
 MICOLIER 45 nt. 128
 MILAZZO 3 nt. 2
 MILELLA 21 nt. 58
 MISERA 77 nt. 66
 MITTELSTEN SCHEID 21 nt. 58
 MOLITOR 10 nt. 16
 MOLNAR 143 nt. 16
 MOMMSEN 99 nt. 125
 MORABITO 203 nt. 186
 MÜLLER-EHLEN 17 nt. 49
 MÜLLER-EISELT 181 nt. 127
 NAF-HOFFMAN 142 nt. 16
 NAPPI 28 nt. 74
 NICOSIA 22 nt. 60, 47 nt. 131, 257 nt. 123
 NIEDERLÄNDER 3 nt. 2
 NISHIMURA 189 nt. 158
 NOORDRAVEN 223 nt. 28
 NÖRR 184 nt. 141, 189 nt. 158
 OLDE KALTER 3 nt. 2
 D'ORS A. 3 nt. 2, 17 nt. 47, 106 nt. 141, 143 nt. 16
 D'ORTA 140 nt. 9
 PAMPALONI 2 nt. 2
 PALUMBO 142 nt. 16
 PAPAGHIANNI 236 nt. 57
 PARICIO SERRANO 141 nt. 11
 PARTSCH 20 nt. 58

- PASTORI 140 nt. 8
- PECORELLA 57 nt. 13
- PELLECCHI 31 nt. 83
- PENNITZ 65 nt. 33
- PENTITI 28 nt. 74
- PEPE 5 nt. 2
- PERIN 62 nt. 28
- PERIÑÁN GÓMEZ 201 nt. 180
- PERNICE 31 nt. 83, 160 nt. 66
- PEROZZI 11 nt. 22
- PETRUCCI 156 nt. 58
- PIKA 4 nt. 2
- POLÁČEK 196 nt. 170
- POOL 21 nt. 58
- POTHIER 168 nt. 94
- PRINGSHEIM 2 nt. 2, 21 nt. 60, 189 nt. 160
- PUGLIESE 16 nt. 43, 25 nt. 65, 100 nt. 128, 160 nt. 66
- PUGSLEY 3 nt. 2, 47 nt. 131
- QUADRATO 22 nt. 60, 257 nt. 124
- RABEL 77 nt. 66
- RAINER 173 nt. 102
- RANDAZZO 247 nt. 98
- REIN 100 nt. 125
- RICCOBONO S. 23 nt. 62
- RIZZELLI 148 nt. 34
- DE ROBERTIS 2 nt. 2
- ROBINSON 175 nt. 116
- ROSENTHAL 3 nt. 2
- ROTH 45 nt. 128
- ROTONDI 23 nt. 62
- RÜFNER 65 nt. 32
- SACHERS 31 nt. 83
- SANTALUCIA 4 nt. 2
- SARGENTI 221 nt. 23
- DE SARLO 45 nt. 128
- SCAPINI 24 nt. 62
- SCARANO USSANI 28 nt. 74
- SCHANBACHER 77 nt. 66
- SHELTEMA 64 nt. 31, 71 nt. 48
- SCHERILLO 28 nt. 74
- SCHERMAIER 173 nt. 102
- SCHULZ 2 nt. 2, 21 nt. 58, 43 nt. 122, 51 nt. 140, 166 nt. 84
- SCHWARZ 21 nt. 58, 140 nt. 8
- SECKEL 60 nt. 19
- SEGRÉ 141 nt. 11
- SEILER 87 nt. 89
- SERRAO 21 nt. 60, 84 nt. 85, 87 nt. 90, 193 nt. 162
- SIBER 77 nt. 66
- SIMON 4 nt. 2, 234 nt. 55
- SITZIA 16 nt. 43, 28 nt. 74, 245 nt. 96
- SLAPNICAR 143 nt. 16
- SOKOLOWSKI 10 nt. 16
- SOLAZZI 2 nt. 2, 15 nt. 36, 20 nt. 58, 22 nt. 60, 24 nt. 62
- STEIN 140 nt. 8
- STIEGLER 4 nt. 2

- STOLMAR 17 nt. 49, 77 nt. 66
 STREMPER 7 nt. 8
 STURM 112 nt. 155
 SYME 28 nt. 74
 TABERA 2 nt. 2
 TAFARO 246 nt. 96
 TALAMANCA 16 nt. 41, 65 nt. 33, 85
 nt. 86, 87 nt. 89, 100 nt. 125,
 141 nt. 13
 TANAKA 189 nt. 158
 TER BEEK 87 nt. 89
 THIBAUT 10 nt. 16
 THIELMANN 77 nt. 66
 THOMAS 3 nt. 2, 18 nt. 50, 84 nt. 85
 TOMOLESCU 3 nt. 2
 TRAMPEDACH 31 nt. 83
 TROIANOS 236 nt. 57
 VACCA 16 nt. 43, 47 nt. 131, 117
 nt. 179, 220 nt. 23, 221 nt. 26
 VALIÑO A. 5 nt. 2
 VON VANGEROW 8 nt. 10
 VIDMAN 28 nt. 74
 VIGNERON 99 nt. 123
 VISKY 141 nt. 11
 DE VISSCHER 2 nt. 2, 46 nt. 131, 82
 nt. 80
 VOCI 21 nt. 58, 27 nt. 73, 86 nt. 89,
 100 nt. 125
 VOIGT 10 nt. 16
 VÖLKL 164 nt. 73
 WACKE 27 nt. 73, 84 nt. 85, 143 nt.
 16, 153 nt. 51, 196 nt. 170, 200
 nt. 180
 WAGNER 78 nt. 67
 VAN DER WAL 64 nt. 31, 71 nt. 48,
 234 nt. 55
 WALDSTEIN 104 nt. 136, 251 nt.
 114
 VAN WARMELO 43 nt. 122
 WATSON 3 nt. 2, 22 nt. 60, 45 nt.
 128, 142 nt. 16
 WEBER 6 nt. 6
 WELP 143 nt. 16
 WENGER 236 nt. 57
 WEYAND 72 nt. 51
 WIEACKER 3 nt. 2, 23 nt. 62, 77 nt.
 66, 236 nt. 58
 WIMMER 72 nt. 51
 WINDSCHEID 10 nt. 16
 WINKEL 173 nt. 102
 WOLFF H.J. 3 nt. 2, 77 nt. 66
 YARON 2 nt. 2
 ZACHARIÄ VON LINGENTHAL 121 nt.
 192, 231 nt. 47
 ZACHAROPOULOS 212 nt. 205
 ZANNINI 141 nt. 11
 ZILLOTTO 101 nt. 128
 ZIMMERMANN 4 nt. 2, 17 nt. 49