

OBIETTIVI DELL'INDAGINE

Con l'espressione *vocare in tributum* si identifica, secondo quanto può essere dedotto dai commentari edittali presenti all'interno del titolo del Digesto sull'*actio tributoria* (D. 14.4), la chiamata alla distribuzione tra i creditori, in una posizione di *par condicio*, delle *merces peculiares* di un *servus* (o *filius*) che abbia gestito una *negotiatio sciente domino (aut patre)*.

Tuttavia, si pone ancora oggi l'interrogativo se questa chiamata alla *tributio* possa qualificarsi come effetto di un atto di imperio del magistrato, adito dai creditori procedenti per ottenere un ordine che imponga al *pater* o *dominus* la distribuzione della *merx peculiaris* oppure debba configurarsi come la conseguenza di una mera richiesta rivolta dai creditori stessi direttamente al titolare della *negotiatio* per vedere soddisfatte le loro pretese.

Le due ipotesi, chiaramente non coincidenti tra loro, concordano, tuttavia, sulla sufficienza del *vocare in tributum* nel caso in cui i crediti vantati siano proporzionalmente pagati a seguito di questa chiamata. Sappiamo, infatti, da quanto dicono le fonti che ci apprestiamo a vedere, che l'*actio tributoria* veniva concessa dal magistrato solo allorquando il *dominus* o *pater*, dolosamente, avesse distribuito in modo errato la *merx peculiaris*.

Dunque, il *vocare in tributum* può essere considerato come il momento fisiologico della distribuzione e va per questo distinto dall'*actio tributoria*, che ne costituisce invece l'aspetto patologico. Conseguentemente, nel corso del presente studio, ci proponiamo di analizzare il procedimento del *vocare in tributum*, in modo indipendente dalla susseguente ed eventuale *actio*, e di comprenderne i motivi dell'introduzione, accertando se, nei periodi storici successivi, abbia subito modifiche che ne abbiano potuto completare o snaturare la fisionomia giuridica.

Nel fare ciò, volutamente abbiamo evitato l'uso del lemma *vocatio in tributum*, comunemente in uso, prediligendo, invece, quello di *voca-*

re in tributum, in adesione all'opinione di chi ha rilevato l'inesistenza nelle fonti del primo termine¹.

Punto di partenza della nostra indagine sulla genesi ed il ruolo della chiamata alla *tributio*, nell'età tra la fine della Repubblica ed i primi due secoli e mezzo dell'Impero, sono le Istituzioni di Gaio e in particolare il passo 4.72, descrittivo dell'*actio tributoria*; il dettato gaiano rappresenta poi la base per effettuare una successiva comparazione fra l'editto *de tributoria actione* e quello delle altre *actiones adiecticiae qualitatis*.

Una volta chiarito questo punto, dobbiamo chiederci – nella misura in cui sia possibile dare una risposta all'interrogativo – per quale motivo nel giurista antoniniano manchi ogni riferimento al *vocare in tributum* e si tratti della sola disciplina dell'*actio*, la quale, oltretutto, risulta anche monca del suo fondamentale presupposto, da individuare nel dolo di chi effettua la distribuzione.

Successivamente, traendo spunto dal regime offerto da Gaio, ci si muoverà per analizzare i testi giurisprudenziali presenti all'interno del Digesto, e più specificamente quelli del Titolo 4 del libro 14, *sedes materia* dei commenti edittali che a noi più interessano da vicino.

Dopo aver discusso, in chiusura del primo capitolo, la questione dell'ampliamento del raggio di azione dell'editto *de tributoria actione*, cercheremo di cogliere, nel secondo, gli elementi fondamentali del suo contenuto e capire, in particolare, che cosa si intenda per *merx peculiaris* e, più nello specifico, quali beni potevano comporla, in quanto si rende necessario verificare l'attendibilità di alcune interpretazioni moderne, che escludono da essa certe *res*, dando una lettura personale ed arbitraria al contenuto dei commenti edittali dei giuristi.

Si affronteranno poi una serie di questioni inerenti al requisito del dolo commesso dal titolare della *negotiatio* nella *tributio pro portione*, dal momento che esso si configura come presupposto essenziale per la concessione dell'*actio*, secondo quanto ci attestano precisi riferimenti testuali, contenuti in particolar modo nei frammenti a chiusura del titolo D. 14.4, dove si esemplificano diversi casi al riguardo.

In tale contesto, uno speciale rilievo assumono le possibilità di integrare la distribuzione, mentre permane aperta la fase di *vocare in tributum*, concedendo a colui che la effettua, in presenza di certe condizioni, la facoltà di un "ravvedimento" con l'aggiunta di ulteriori *res* ignorate, che concorrono alla composizione della *merx peculiaris*.

¹ Così T. J. CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto 'de tributoria actione'*, in «Mem. Acc. Dei Lincei», serie 9, 3, 1993, p. 353 s.

Il capitolo secondo termina con l'esposizione di un certo numero di punti fermi, in risposta ad alcuni interrogativi suscitati dall'esegesi delle fonti giurisprudenziali, ma, allo stesso tempo, con la constatazione che dai dati da esse ricavabili non pochi aspetti risultano ancora irrisolti.

In sintesi, il filo conduttore di questi primi due capitoli è dato dal tentativo di rispondere ai seguenti interrogativi:

- Quali possono essere i motivi che hanno indotto all'introduzione e nascita dell'editto *de tributoria actione*;
- come e in che modo i creditori procedenti potevano optare di chiedere al magistrato la concessione dell'*actio de peculio et de in rem verso* in luogo della tributoria;
- se realmente si possa parlare di una autonomia della *merx peculiaris* e, in caso affermativo, in quale misura;
- se nella *merx peculiaris* potessero essere annoverati particolari tipologie di *instrumenta*, che alcuni ritengono per antonomasia di per sé esclusi;
- in che modo si procedesse al rispetto della *par condicio creditorum* e,
- come si possa parlare di *par condicio* nel caso in cui la richiesta di *tributio* avvenga ad opera di un solo creditore;
- come si dovesse procedere alla *tributio* della *merx peculiaris* se da questa abbiano avuto origine due distinti tipi di attività economiche alle quali facevano capo distinti creditori, oppure se la stessa si fosse articolata in locali separati, ciascuno con propri creditori;
- quali siano le conseguenze nel caso in cui la dolosa distribuzione avvenga per opera del *procurator* del padrone del *servus negotiator*;
- infine, se l'editto *de tributoria actione* abbia sempre riguardato congiuntamente sia il *pater* che il *dominus* di un *filius* o *servus* oppure si debba registrare sul punto una evoluzione durante il Principato.

Trattati questi punti nei primi due capitoli, nel terzo ci concentreremo su tre testi: le Istituzioni di Giustiniano (4.7.3), la Parafrasi di Teofilo a questo passo (4.7.3) ed un importante Scolio di Stefano riportato nei Basilici (Sc.8 a Bas. 18.2.1), poiché tutti e tre racchiudono dati potenzialmente idonei a completare il quadro di insieme, fornendo la chiave per rispondere a quegli interrogativi lasciati aperti dall'analisi complessiva delle fonti giurisprudenziali a nostra disposizione.

In tale contesto si spiegherà anche la necessità di occuparci di tali fonti, in particolare, del passo di Teofilo e dello Scolio di Stefano, perché, pur con le dovute avvertenze e cautele metodologiche, ci forniscono dati preziosi per la ricostruzione del regime originario del *vocare in tributum*, smentendo così le prese di posizione molto critiche nei confronti di esse, ritenute del tutto inidonee a soddisfare i *reliqua* del diritto classico.

Nell'affrontare i problemi che in questo capitolo si prospettano, procederemo adottando tale schema:

- se, prendendo in esame i testi qui ricordati, si debba parlare di una evoluzione “bizantina” del diritto in essi riflesso oppure si possano ritenere di ausilio per una corretta indagine sul tema;
- in che misura le notizie racchiuse in tali testi possano incidere nel confermare l'emendazione di *decretum* del pretore, di attivazione del procedimento di *vocare in tributum*, escludendo la semplice “chiamata” rivolta al *dominus* o *pater* da parte dei creditori;
- se l'editto *de tributaria actione* possa considerarsi esteso anche all'*exercitio navis*, partendo dal presupposto che tra i giuristi era emerso l'orientamento di ampliarlo a tutte le *negotiationes*.

Infine, nell'ultimo capitolo, vedremo di approfondire i dati che risultano dai testi nei quali si affronta il tema della contabilità di una *negotiatio* per l'importanza che essa rivestiva all'interno del procedimento di *vocare in tributum*.

Se, da un lato, troviamo specifici settori delle attività imprenditoriali, come quello bancario, dove siamo relativamente ben informati, grazie ai frammenti raccolti in D. 2.13 con riferimento all'esibizione delle scritture contabili di un *argentarius*, dall'altro, per la maggior parte delle altre *negotiationes* disponiamo solo di notizie più generali, relative alla documentazione contabile del peculio (o dei peculii dei servi vicari) in rapporto alla *res domini*.

Il loro esame si rivela comunque necessario, perché ci offre utili chiavi di lettura su come effettuare una corretta *tributio*, soprattutto in caso di esercizio di più *negotiationes*, come si afferma chiaramente in un frammento ulpiano in D. 14.4.15 e 16.

In questo quarto capitolo cercheremo, perciò, di sviluppare un ordine di idee volto a trattare:

- la contabilità di una *negotiatio argentaria* sulla base del presupposto che potesse essere esercitata mediante l'utilizzo di una *merx peculiaris*;
- la corretta formazione sotto il profilo contabile sia del peculio del servo ordinario che di quello dei servi vicari;
- le implicazioni inerenti al lemma *ratiocinator* in riferimento alla possibilità che ogni singola *taberna*, in cui si articolava l'*exercitio negotiationis merce peculiari*, possedesse una propria documentazione contabile;
- infine, le condizioni per la nomina ed il ruolo dell'*arbiter* nella fase processuale della *tributio*, quando questi si sostituisce al *dominus* che voglia sottrarsi alla molestia di compierla.

CAPITOLO I

VOCARE IN TRIBUTUM: GENESI E REGIME GIURIDICO

SOMMARIO: 1. I dati contenuti nelle Istituzioni di Gaio. – 2. Il lemma *vocare in tributum* negli altri giuristi. – 3. Le origini dell'editto de *tributoria actione*. – 3.1. La preesistenza dell'*actio de peculio* e la sua insufficienza: l'analisi delle Istituzioni di Gaio. – 4. Le deduzioni derivanti dall'ordine sistematico di D. 14. – 5. Il problema dell'emanazione di un *decretum* pretorio come atto di avvio del *vocare in tributum* e della *tributio* e la formazione dell'editto de *tributoria actione*. – 6. Progressivo ampliamento delle *negotiationes* cui si applicava l'editto de *tributoria actione*.

1. I dati contenuti nelle Istituzioni di Gaio

Per cercare di ricostruire la funzione del *vocare in tributum*, nella quale incorre un *pater* o *dominus* per i rapporti posti in essere con terzi dal figlio in potestà o dal servo nell'esercizio di una *negotiatio*, dobbiamo riferirci a quei testi giuridici che trattano della successiva ed eventuale *actio tributoria*, non essendo la prima disciplinata processualmente¹.

¹ La dottrina che si è occupata del solo *vocare in tributum/actio tributoria*, ovvero individuazione specifica del tema e studio incentrato esclusivamente su questa particolare *actio* – è bene precisare a cosa mi riferisca – è assai ridotta. Ciò è dovuto al fatto che tutti i lavori scientifici che hanno trattato dell'argomento, in un modo o nell'altro, si sono occupati o in generale delle *actiones adiecticiae qualitatis*, si veda ad esempio, E. VALIÑO, *Las «actiones adiecticiae qualitatis» y su relaciones basicas en derecho romano*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, 37, 1967; IDEM, *Las relaciones básicas de las acciones adyecticias*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, 38, 1968; L. DE LIGHT, *Legal history and economic history: the case of the actiones adiecticiae qualitatis*, in *TR*, 67, 1999; M. MICELI, *Sulla struttura formale delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, Torino, 2001; P. LAZO, *Acciones adyecticias y limitación de responsabilidad. Una hipótesis en torno a la justicia y la utilidad en el pensamiento del Ulpiano*, in *Revista de estudios histórico – jurídicos*, 37, 2015, versione *on-line*, oppure di selezionate *actiones*

Partiamo, dunque, dall'analisi di Gaio *Inst.* 4.72:

Praeterea tributoria quoque actio in patrem dominumve constituta est, cum filius servusve in peculiari merce sciente patre dominove negotietur. Nam si quid eius rei gratia cum eo contractum fuerit, ita

o della formazione del peculio, quali, *exempli gratia*; G. MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale. Étude sur le pécule, dit profecticiae, depuis l'édit "de peculio" jusqu'à la fin de l'époque classique*, Lyon, 1932; S. SOLAZZI, *Peculio e «in rem verso» nel diritto classico*, in *Scritti di diritto romano*, I (1899 – 1913), Napoli, 1955; G. PUGLIESE, *In tema di 'actio exercitoria'*, in *Labeo*, 3, 1957; S. SOLAZZI, *Sul «peculio» nell'«actio de in rem verso»*, in *Scritti di diritto romano*, VI (ultimi scritti – Glosse a Gaio – «Nota»), Napoli, 1972; A. FÖLDI, *Remarks on the legal structure of enterprises in Roman Law*, in *RIDA*, 43, 1996; IDEM, *La responsabilità dell'avente potestà per atti compiuti dall'exercitor suo sottoposto*, in *SDHI*, 64, 1998; T.J. CHIUSI, *Die actio de in rem verso im römischen Recht*, München, 2001; R. PESARESI, *Ricerche sul peculium imprenditoriale*, Bari, 2008, IDEM, *Studi sull'actio de peculio*, Bari, 2012. O ancora, ritroviamo la tributoria e altre *actiones* in lavori che trattano il tema delle persone, dei servi o della rappresentanza quali, ad esempio, W.W. BUCKLAND, *The Roman law of slavery. The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1908; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, Napoli, 1976; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano, 1984; G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza*, Milano, 2008 o in opere monografiche sulle antiche società di capitali quali l'opera di A.M. FLECKNER, *Antike Kapitalvereinigungen. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Köln Weimar Wien, 2010. Oppure la ritroviamo in lavori che studiano il processo civile romano, quali M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht²*, München, 1996 o in contributi ricostruttivi di opere dei singoli giuristi, ad esempio, E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum di Pomponio»*, II. *Contesti e pensiero*, in *Collana della Rivista di Diritto Romano*, Milano, 2001; IDEM, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio. Trasmissione e fonti*, I, Napoli, 2002; C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano, 2005.

L'indubbia rilevanza delle *actiones adiecticiae qualitatis*, in rapporto al *pater/ filius familias* e al *dominus/ servus*, infatti, ha da sempre suscitato un notevole interesse per la dottrina, che le riporta anche in studi dove gli argomenti sembrano, all'apparenza, non del tutto coincidenti con le stesse.

Se dunque osserviamo i contributi più vicini a noi, dagli anni '60, del secolo scorso, incontriamo, ad esempio, i lavori sul tema di E. VALIÑO, *La 'actio tributoria'*, in *SDHI*, 33, 1967, p. 103 ss.; M. BALESTRI FUMAGALLI, *L'«actio tributoria» nel sistema delle opere istituzionali di Gaio, di Giustiniano e di Teofilo*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in Diritto romano (Milano 7 – 9 aprile 1987)*, I, Milano, 1988, p. 168 s., 176 ss., 191 ss.; CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto 'de tributoria actione'*, cit., p. 347 ss.; G. SUÁREZ BLÁZQUEZ, *Concurso mercantil de acreedores: vocatio in tributum. La "Acción tributoria" frente al dueño (empresario corrupto)*, in *Revista de derecho. Universidad del Norte*, 39, 2013, p. 175 ss.

praetor ius dicit, ut quidquid in his mercibus erit quod inde receptum erit, ita pater dominusve inter se, si quid debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuant. Et si creditores querantur minus sibi distributum quam oporteret, in id quod deest hanc eis actionem pollicetur, quae, ut diximus, tributoria vocatur.

In apertura, dopo un inciso sull'introduzione dell'*actio* da parte del pretore (*praeterea ... constituta est*), si afferma che la tutela dei creditori trova fondamento nel caso in cui il padre o il padrone siano a conoscenza dello svolgimento di un'attività commerciale da parte del figlio in potestà o del servo con la *merx peculiaris* (*cum filius ... negotietur*)².

Accanto ai primi due elementi essenziali, rappresentati dalla conoscenza del *pater* o del *dominus* e dalla *merx peculiaris*, si presuppone, quale ulteriore elemento per l'ottenimento della *tributio*, anche la mancata soddisfazione dei crediti dei terzi derivanti dai contratti inerenti all'attività commerciale del sottoposto (*si quid ... contractum fuerit*).

Secondo le disposizioni del pretore (*ita praetor ius dicit*), le merci ancora presenti nell'attivo del patrimonio separato, nonché i profitti ricavati dalla loro vendita, sono distribuiti dal padre o padrone tra tutti i creditori, tra i quali rientra egli stesso, in parti proporzionali, senza avere la facoltà di dedurre preventivamente quanto a lui dovuto (*ut quidquid ... pro rata portione distribuant*). Ciò vuol dire non solo che non gli sarà concesso lo *ius deductionis*, ma che neppure varrà il criterio della *prioritas tempore*, sostituendosi ad esso quello della *par condicio creditorum*³.

L'erronea distribuzione di quanto ancora presente all'interno del patrimonio commerciale autonomo, lamentata dai creditori, porta alla concessione in loro favore dell'*actio tributoria* da parte del pretore per quanto manca rispetto ai crediti vantati (*et si creditores ... tributoria vocatur*). Sintetizzando, in prima battuta, il padre o il padrone sarà chiamato alla distribuzione dell'attivo e poi, qualora questa sia inesatta, avrà luogo l'*actio tributoria*.

Come si può notare, considerata la sola previsione generica dell'intervento del pretore, senza ulteriori dettagli, il passo non ci soccorre per capire quale sia il suo ruolo in ordine al *vocare in tributum*. In dottrina, però, si è correttamente posto l'accento sull'espressione *ius dicit*, indi-

² Sulla nozione ed il ruolo della *merx peculiaris* ritorneremo in seguito: *infra*, Cap. II, § 1.

³ Sull'argomento si rinvia a quanto diremo *infra*, Cap. II, § 3.

cativa dell'esercizio della *iurisdictio* pretoria⁴, perché rappresenterebbe comunque un primo indizio dell'esistenza di un suo atto decretale al fine di ordinare al padre o al padrone la distribuzione della *merx peculiaris*⁵.

Inoltre, Gaio appare deficitario anche su un altro punto, che invece dalla lettura dei frammenti di Ulpiano in D. 14.4 emerge come un requisito dell'inesatta distribuzione legittimante l'esercizio dell'azione: mi riferisco al dolo⁶.

L'estrema sinteticità della fonte in esame – propria di un'opera di natura isagogica e didascalica – necessita pertanto di un'analisi più ampia, da condurre mediante il raffronto anche con altre opere, cominciando da quelle temporalmente più vicine. Su ciò ci concentreremo nei prossimi paragrafi, ma prima ancora conviene soffermarci su un ulteriore dato contenuto nel manuale gaiano (4.74a), laddove, poco dopo rispetto al passo ora esaminato, si affronta la questione della concor-

⁴ Cfr., in generale, F. SERRAO, *La "Iurisdictio" del pretore peregrino*, Milano, 1954, p. 1 ss., 18 ss., 139 ss.; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II, 2^a ed., Napoli, 1973, p. 229 ss.; BALESTRI FUMAGALLI, *L'«actio tributoria» nel sistema delle opere istituzionali di Gaio, di Giustiniano e di Teofilo*, cit., p. 179 ss.; F. CASSOLA-L. LABRUNA, in AA.VV., *Lineamenti di Storia del Diritto romano*, M. TALAMANCA (sotto la direzione di), 2^a ed., Milano, 1989, p. 149 ss. e M. TALAMANCA, *Ibidem*, p. 157 ss.; H.H. SCULLARD, *Storia del mondo romano. Dalla fondazione di Roma alla distruzione di Cartagine*, I, E. NARDUCCI (a cura di), Milano, 1992, p. 158 ss., 442 s.; F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino, 1997, p. 68 ss., 103 ss., 120 ss.; A. SCHIAVONE in AA.VV., *Storia del diritto romano*, A. SCHIAVONE (a cura di), 2^a ed., Torino, 2001; L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, 2^a ed., Torino, 2008, p. 174 ss.; T. MASIELLO, *Corso di storia del diritto romano*, Bari, 2008, p. 33 ss.; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, 13^a ed., Milano, 2010, p. 139 ss.; E. CANTARELLA, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano, 2010, p. 91 s.; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2011, p. 24 ss.; A. CORBINO, *Diritto privato romano. Contesti fondamentali discipline*, 2^a ed., Milano, 2012, p. 236 ss.; F. COSTABILE, *Storia del diritto pubblico romano. Manuale per gli studenti universitari*, 3^a ed., Reggio Calabria, 2012, p. 115 ss.; C. GIACHI-V. MAROTTA, *Diritto e giurisprudenza, in Roma antica*, Roma, 2012, p. 229 ss.; A. PETRUCCI, *Corso di Diritto pubblico romano*, Torino, 2012, p. 208 ss.; F. ARCARIA in F. ARCARIA-O. LICANDRO, *Diritto romano, I, Storia costituzionale di Roma*, Torino, 2014, p. 135 ss.; A. SCHIAVONE, in AA.VV., *Storia giuridica di Roma*, A. SCHIAVONE (a cura di), Torino, 2016, p. 125 ss.; F. AMARELLI, in *Ibidem*, p. 285 ss.; A. CASTRESANA, *Derecho romano. El arte de lo bueno y de lo justo*, 3^a ed., Madrid, 2017, p. 69 ss.

⁵ Così ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., p. 159; BALESTRI FUMAGALLI, *L'«actio tributoria» nel sistema delle opere istituzionali di Gaio, di Giustiniano e di Teofilo*, cit., p. 180.

⁶ Su di esso cfr. *infra*, Cap. II, §§ 3.1, 3.2 e 3.3.

renza tra l'*actio de peculio et de in rem verso*⁷ e l'*actio tributoria*. Su di essa il giurista ritorna anche nel suo commento all'editto provinciale (9 *ad ed. prov.*), riportato in D. 14.4.11.

I due passi trattano della quantità di beni presenti all'interno della *merx peculiaris* con cui il servo o il figlio in potestà negoziavano e del ricavato di tale attività che si sia trasfuso direttamente nel patrimonio del padrone o *pater*. Ciò che induce a scegliere l'una o l'altra azione è posto in luce in modo evidente: l'aspettativa del maggior grado di soddisfazione del creditore che abbia contratto con il sottoposto dell'avente potestà⁸.

Scriva Gaio 4.74a:

Is quoque, cui tributoria actio competit, de peculio vel de in rem verso agere potest. Sed huic sane plerumque expedit hac potius actione uti quam tributoria. Nam in tributoria eius solius peculii ratio habetur, quod in his mercibus est quibus negotiatur filius servusve quodque inde receptum erit; at in actione de peculio peculii totius. Et potest quisque tertia forte aut quarta vel etiam minore parte peculii negotiari, maximam vero partem peculii in aliis rebus habere; longe magis si potest adprobari, id quod dederit is qui cum filio servove contraxit in rem patris dominive versum

⁷ Sull'*actio de peculio et de in rem verso*, si vedano, ad esempio, SOLAZZI, *Peculio e «in rem verso» nel diritto classico*, cit., p. 247 ss.; IDEM, *Sul «peculio» nell'«actio de in rem verso»*, cit., p. 1 ss.; BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, cit., p. 152 ss.; DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica*, cit., p. 42 ss.; MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, cit., p. 292 ss.; CHIUSI, *Die actio de in rem verso im römischen Recht*, cit., p. 15 ss e 85 ss. con riferimento allo studio di "eine Formel mit zwei condemnationes"; A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, I, Torino, 2007, p. 94 ss.; P. CERAMI, *Introduzione allo studio del diritto commerciale romano*, in P. CERAMI-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 3^a ed., Torino, 2010, p. 61 ss.; A. PETRUCCI, *Idee 'vecchie' e 'nuove' sulle attività imprenditoriali gestite all'interno di un peculio*, in *BIDR*, 56, vol. 2, 2012, p. 324 s.; IDEM, *Lezioni di Diritto romano privato*, Torino, 2015, p. 145.

⁸ Per un esame dei due passi da questo punto di vista cfr. VALIÑO, *La 'actio tributoria'*, cit., p. 111; DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica*, cit., p. 55, il quale scrive che: "il terzo creditore della *merx* (...), ricorrendo, ..., il presupposto della *scientia domini*, può esperire, a sua scelta – e la scelta sarà operata, caso per caso, sulla base di criteri di opportunità – l'*a. de peculio* oppure l'*a. tributoria* e dunque, può – ... -, sempre a sua scelta, aggredire, rispettivamente il peculio o la *merx peculiaris*". Ancora BALESTRI FUMAGALLI, *L'«actio tributoria» nel sistema delle opere istituzionali di Gaio, di Giustiniano e di Teofilo*, cit., p. 141 s.; CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto 'de tributoria actione'*, cit., p. 334 nt. 152; PETRUCCI, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, cit., p. 98 s.

esse, ad hanc actionem transire debet; nam, ut supra diximus, eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur.

Anche colui al quale spetta l'azione tributoria può agire con l'azione *de peculio* e di quanto si sia direttamente riversato in capo all'avente potestà (*Is quoque, cui tributoria actio competit, de peculio vel de in rem verso agere potest*). Ed anzi, di solito, è per lui più conveniente agire con l'*actio de peculio* che con l'*actio tributoria* (*Sed huic sane plerumque expedit hac potius actione uti quam tributoria*). Infatti, nella tributoria si considerano solo le merci del peculio con cui negozia il figlio o il servo e ciò che si è ottenuto in base ad esse (*Nam in tributoria eius solius peculii ratio habetur, quod in his mercibus est quibus negotiatur filius servusve quodque inde receptum erit*), mentre con la *de peculio* si calcola il peculio nella sua interezza (*at in actione de peculio peculii totius*). Si può negoziare, ad esempio, con una terza o quarta o ancora minore parte del peculio, destinando la maggior quantità di esso per altre cose (*Et potest quisque tertia forte aut quarta vel etiam minore parte peculii negotiari, maximam vero partem peculii in aliis rebus habere*); ancor più, se chi ha contratto con il servo o il figlio in potestà può provare che quello che ha dato è stato riversato nel patrimonio del padrone o del padre (*longe magis si potest adprobari, id quod dederit is qui cum filio servove contraxit in rem patris dominive versum esse*), dovrà far ricorso a questa azione (*ad hanc actionem transire debet*), nella cui formula era contemplato sia il valore del peculio che del profitto da esso ricavato e trasmesso all'avente potestà (*nam, ut supra diximus, eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur*).

Dalla lettura del passo si consiglia dunque, in via normale (*plerumque*), l'impiego dell'*actio de peculio et de in rem verso* in luogo della tributoria, nonostante i debiti contratti dal servo o dal figlio scaturiscano da un'attività commerciale gestita con la *merx peculiaris sciente domino*. Questa possibilità, riporta Gaio, è giustificata dal fatto che si può negoziare con una parte limitata di beni del peculio, ad esempio, un terzo o un quarto o anche meno, e che, se si ha la prova che i guadagni del servo o del figlio siano stati direttamente inglobati dall'avente potestà, si potrà sfruttare la *condemnatio de in rem verso*.

Nella stessa ottica, incentrata sul calcolo dei beni contenuti nella *merx peculiaris*, e con parole molto simili si muove anche l'altro frammento di Gaio (9 *ad ed. prov.*) in D. 14.4.11:

Aliquando etiam agentibus expedit potius de peculio agere quam tributoria: nam in hac actione de qua loquimur hoc solum in divisionem venit, quod

in mercibus est quibus negotiatur quodque eo nomine receptum est: at in actione de peculio totius peculii quantitas spectatur, in quo et merces continentur. Et fieri potest, ut dimidia forte parte peculii aut tertia vel etiam minore negotietur: fieri praeterea potest, ut patri dominove nihil debeat.

Qualche volta a coloro che agiscono conviene pure intentare l'azione *de peculio* piuttosto che quella tributoria (*Aliquando etiam agentibus expedit potius de peculio agere quam tributoria*): infatti, in quest'ultima si considera nella divisione solo ciò che compone la *merx* con cui si negozia e ciò che ne è stato ricavato (*nam in hac actione de qua loquimur hoc solum in divisionem venit, quod in mercibus est quibus negotiatur quodque eo nomine receptum est*). Nell'azione *de peculio*, invece, si tiene conto di tutto il peculio di cui le *merces peculiares* fanno parte (*at in actione de peculio totius peculii quantitas spectatur, in quo et merces continentur*). Può avvenire, ad esempio, che si negozi con la metà del peculio – e qui è chiaro che si sta parlando della *merx*, poiché poco prima Gaio ha specificato che le *merces peculiares* compongono il peculio – o con una terza parte di esso o anche con una minore quantità (*Et fieri potest, ut dimidia forte parte peculii aut tertia vel etiam minore negotietur*) e si può verificare, inoltre, il caso che non si debba nulla al padre o al *dominus* (*fieri praeterea potest, ut patri dominove nihil debeat*).

Anche il frammento del Digesto segue la medesima *ratio* delle Istituzioni tendente ad ottenere la più elevata soddisfazione del credito per obbligazioni contratte con il servo o il figlio in potestà. La *merx peculiaris*, precisa nuovamente Gaio, può essere di importo così inferiore da far talvolta (*aliquando*) preferire l'impiego della *de peculio*. Sarà pertanto più vantaggioso richiedere quest'ultima soprattutto in assenza di debiti del sottoposto verso l'avente potestà, nel qual caso, mancando il presupposto per l'esercizio dello *ius deductionis*, l'intero attivo del peculio rimarrà a disposizione del creditore⁹.

Se si vogliono riscontrare delle differenze tra i due testi gaiani, notiamo che in quello delle Istituzioni si sottolinea, mediante l'uso dell'avverbio *plerumque*, la normale preferenza per l'*actio de peculio*, mentre nel Digesto il giurista si limita a rilevarne la maggiore opportunità solo in certi casi (*aliquando*). Inoltre, nel manuale si esamina, in rapporto a tale azione, la *versio in rem domini aut patris*, del tutto tralasciata nel frammento inserito dai Compilatori. Come si vede, non si tratta di dif-

⁹ Al riguardo, ancora, DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica*, cit., p. 44; PETRUCCI, *Idee 'vecchie' e 'nuove' sulle attività imprenditoriali gestite all'interno di un peculio*, cit., p. 302 s.

ferenze tali da far venir meno l'identità della loro *ratio* di fondo.

Naturalmente, se non si tenesse conto del minor valore della *merx*, quale motivo essenziale, se non unico, che porta alla scelta di una o dell'altra azione, si rischierebbe di legare la loro applicabilità al puro arbitrio del creditore, portando all'irragionevole conseguenza di ritenere lo stesso editto *de tributoria actione* al limite dell'inutilità.

Del resto, anche per le restanti *actiones adiecticiae qualitatis* (la *quod iussu*, l'*exercitoria* e l'*institoria*) è prevista la concorrenza con l'*actio de peculio et de in rem verso*, così come osserva sempre Gaio *Inst.* 4.74, aggiungendo però, questa volta, un monito sull'opportunità di optare per essa:

Ceterum dubium non est, quin et is, qui iussu patris dominive contraxit cuique exercitoria vel institoria formula competit, de peculio aut de in rem verso agere possit. Sed nemo tam stultus erit, ut qui aliqua illarum actionum sine dubio solidum consequi possit, in difficultatem se deducat probandi habere peculium eum cum quo contraxerit, exque eo peculio posse sibi satisfieri, vel id quod persequitur in rem patris dominive versum esse.

Non vi è dubbio che anche chi avesse contratto a seguito di un ordine del padre o del padrone (*Ceterum dubium non est, quin et is, qui iussu patris dominive contraxit*) e colui a cui spettava la formula esercitoria o institoria (*cuique exercitoria vel institoria formula competit*) potessero agire con l'*actio de peculio* o *de in rem verso* (*de peculio aut de in rem verso agere possit*). Ma nessuno sarebbe stato a tal punto sciocco (*Sed nemo tam stultus erit*), essendo sicuro di ottenere l'intero con una di quelle azioni (*ut qui aliqua illarum actionum sine dubio solidum consequi possit*), da cadere nella difficoltà di provare che colui con il quale aveva contratto possedesse un peculio (*in difficultatem se deducat probandi habere peculium eum cum quo contraxerit*) e che su quello si potesse soddisfare (*exque eo peculio posse sibi satisfieri*) o che ciò che perseguitava era stato riversato al padre o al padrone (*vel id quod persequitur in rem patris dominive versum esse*).

Da quanto abbiamo appreso fin qui sussiste, allora, la possibilità di scegliere l'*actio de peculio et de in rem verso* anche in presenza dei requisiti edittali stabiliti per le altre *actiones*, sempre che queste non prevedessero una condanna per l'intero, nel qual caso – scelta quasi obbligata – il ricorso ad esse evitava al creditore di provare il possesso di un peculio da parte del sottoposto o un incremento mediante una *versio* del patrimonio dell'avente potestà.

È però la concorrenza con l'azione tributoria a risultare, a mio avviso,

particolarmente utile ai fini dell'identificazione della *merx peculiaris*; tale aspetto è quello che a noi interessa più da vicino da molti punti di vista, come avremo modo di vedere fra breve.

2. *Il lemma vocare in tributum negli altri giuristi*

Il primo confronto dei dati emergenti da Gaio, considerati nel paragrafo precedente, passa naturalmente attraverso la lettura del titolo 14.4 del Digesto, che rappresenta la *sedes materiae* dell'*actio tributoria* e la cui analisi ci consentirà di procedere nel nostro compito ricostruttivo. Esaminiamo dapprima quei testi dove ricorre il termine *vocare in tributum*, corrispondenti in particolare a D. 14.4.1 pr., D. 14.4.5.6, D. 14.4.5.15, D. 14.4.5.18 e D. 14.4.7 pr. Da essi si possono infatti trarre alcuni elementi.

Si parte da D. 14.4.1 pr. (Ulp., 29 *ad ed.*):

Huius quoque edicti non minima utilitas est, ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, cuius peculii aestimatio deducto quod domino debetur fit), tamen si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocatur.

È il primo frammento del titolo che si apre con un elogio dell'editto sull'*actio tributoria*. La sua utilità, scrive Ulpiano, non è poca (*Huius quoque edicti non minima utilitas est*) in riferimento ai contratti conclusi dal servo nell'ambito del peculio (*in servi contractibus*), perchè, se normalmente il padrone ha il privilegio di sottrarre in via anticipata quanto a lui dovuto (*privilegium habet ... fit*), non può invece beneficiarne, qualora sia a conoscenza della *negotiatio* svolta dal servo con merci del peculio (*tamen si scierit servum peculiari merce negotiari*); in tal caso egli sarà chiamato alla distribuzione (*tributio*) come un creditore al pari degli altri (*velut extraneus creditor ... in tributum vocatur*).

Specifico su questo ultimo profilo di partecipazione alla distribuzione è D. 14.4.5.6 (29 *ad ed.*), nel quale Ulpiano afferma:

In tributum autem vocantur, qui in potestate habent, cum creditoribus mercis.

Coloro, infatti, che hanno in potestà chi gestisce la *negotiatio*, parteciperanno alla distribuzione con tutti gli altri creditori.

Gli ulteriori passi, che ci accingiamo a vedere, espongono un insieme di casi concreti utilizzati a titolo esemplificativo, che spiegano più nel dettaglio come avvenga la chiamata alla distribuzione e su quali beni essa operi. Su alcuni di essi avremo modo di ritornare, dal momento che presentano rilevanti profili di interesse da considerare anche in seguito¹⁰.

Se leggiamo D. 14.4.5.15 (Ulp., 29 *ad ed.*), troviamo detto che:

Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in isdem confundendi erunt et omnes in tributum vocandi? Ut puta duas negotiationes exercebat, puta sagariam et linteariam, et separatos habuit creditores. Puto separatim eos in tributum vocari: unusquisque enim eorum merci magis quam ipsi credidit.

Il quesito, riportato da Ulpiano, attiene al problema se, nell'ipotesi di una pluralità di creditori che hanno posto in essere contratti con un unico servo, il quale gestisce più *negotiationes* nate da differenti *merces peculiares*, essi possano essere chiamati indistintamente e tutti insieme *in tributum* (*Si plures ... omnes in tributum vocandi?*). L'esempio che incontriamo riguarda due diverse attività, una avente ad oggetto un commercio di sai e l'altra di tessuti, ciascuna delle quali presenta propri creditori (*Ut puta ... separatos habuit creditores*). In tal caso, afferma Ulpiano, questi, avendo contratto con il medesimo servo, ma in rapporto a due separate attività commerciali, parteciperanno alla distribuzione dell'attivo solo della *merx peculiaris* da cui è sorto il credito (*Puto separatim eos in tributum vocari*). La ragione giustificatrice di questa separazione è da ricercarsi nell'obbligazione nata con riguardo a quella specifica *merx peculiaris* e non alla mera contrattazione personale con il servo (*unusquisque enim eorum merci magis quam ipsi credidit*).

In base a tale testimonianza, dunque, risulta chiaro come i creditori di un medesimo *servus negotiator* fossero *vocati in tributum* in modo separato, a seconda della *negotiatio* cui si riferiva il credito di ciascuno.

Nel medesimo frammento, poco oltre, sempre in tema di *vocare in tributum* in D. 14.4.5.18 (Ulp., 29 *ad ed.*), la questione ruota intorno alla consegna di una merce al *servus negotiator* affinché la venda. In esso si afferma:

Sed si dedi mercem meam vendendam et exstat, videamus, ne iniquum sit in tributum me vocari. Et si quidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit: enimvero si non abiit, quia res venditae non alias desinunt esse

¹⁰ Cfr. *infra*, soprattutto Cap. II, §§ 1 e 1.1.

meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto vel fideiussore dato vel alias satisfacto, dicendum erit vindicare me posse.

Ci si chiede se sia iniquo che colui, il quale ha dato una *merx* al *servus negotiator* con lo scopo di farla vendere, nel caso di insolvenza, abbia diritto di partecipare alla *tributio* (*Sed si dedi ... me vocari*), quando tale merce *exstat*. La soluzione proposta dal giurista segue due strade. La prima, deducibile dalle parole *in creditum ei abiit*, presuppone l'adempimento dell'obbligazione di pagare il prezzo da parte dell'acquirente al *servus*, quale gerente dell'attività intermediaria di vendita, senza però che il servo abbia trasferito la somma al proprietario originario; in tale ipotesi, quest'ultimo avrà diritto di partecipare alla *tributio*, in quanto divenuto creditore del servo stesso (*Et si quidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit*).

La soluzione opposta prospetta un passaggio materiale della *merx* dal *servus negotiator* al terzo, il quale non ha però effettuato il pagamento né ha fornito altro mezzo idoneo o garanzia all'adempimento del suo debito, come, ad esempio, la presentazione di un fideiussore (*nisi aere soluto vel fideiussore dato vel alias satisfacto*). Allora, spiega Ulpiano, l'originario proprietario non cessa di essere tale, benché si sia compiuta la vendita (*res venditae ... quamvis vendidero*), e conseguentemente, non divenendo creditore del servo (*si non abiit*), ha diritto di poter rivendicare la merce consegnata (*dicendum erit vindicare me posse*). Quindi si deduce che non sarà computato nella *tributio*, avendo un titolo per poter rientrare nel pieno possesso della propria merce¹¹.

¹¹ Il paragrafo ulpiano offre uno spunto di notevole interesse di dinamica imprenditoriale, perché siamo in presenza di una *negotiatio*, il cui oggetto prevede (esclusivamente o anche) un'attività di intermediazione commerciale, senza però che si possa desumere più precisamente quale. Del resto è noto come nella tarda repubblica e nel principato fossero diffuse queste attività, di cui abbiamo un'ampio eco nelle problematiche trattate dai giuristi in tema di *aestimatum* (sul quale si rinvia, nella recente manualistica, a M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 556 s.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, 3^a ed., Palermo, 2006, p. 482 s.; BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, cit., p. 435 ss.; L. SOLIDORO, in A. LOVATO-S. PULIATTI-L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino, 2014, p. 573 ss.; PETRUCCI, *Lezioni di Diritto romano privato*, cit., p. 293 s. Per uno studio approfondito sul tema in tempi a noi vicini, si veda l'opera di E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento, 2011, p. 39 ss., e, in particolare, p. 71 ss. Tuttavia, l'interpretazione offerta dall'autore sul passo ivi considerato – p. 78 e nt. 21 –, a mio avviso, non convince, sia con riferimento alla “certa personificazione”, a cui farebbe riferimento la coniugazione in prima persona