

# MATER FAMILIAS

## SCRITTI ROMANISTICI PER MARIA ZABŁOCKA

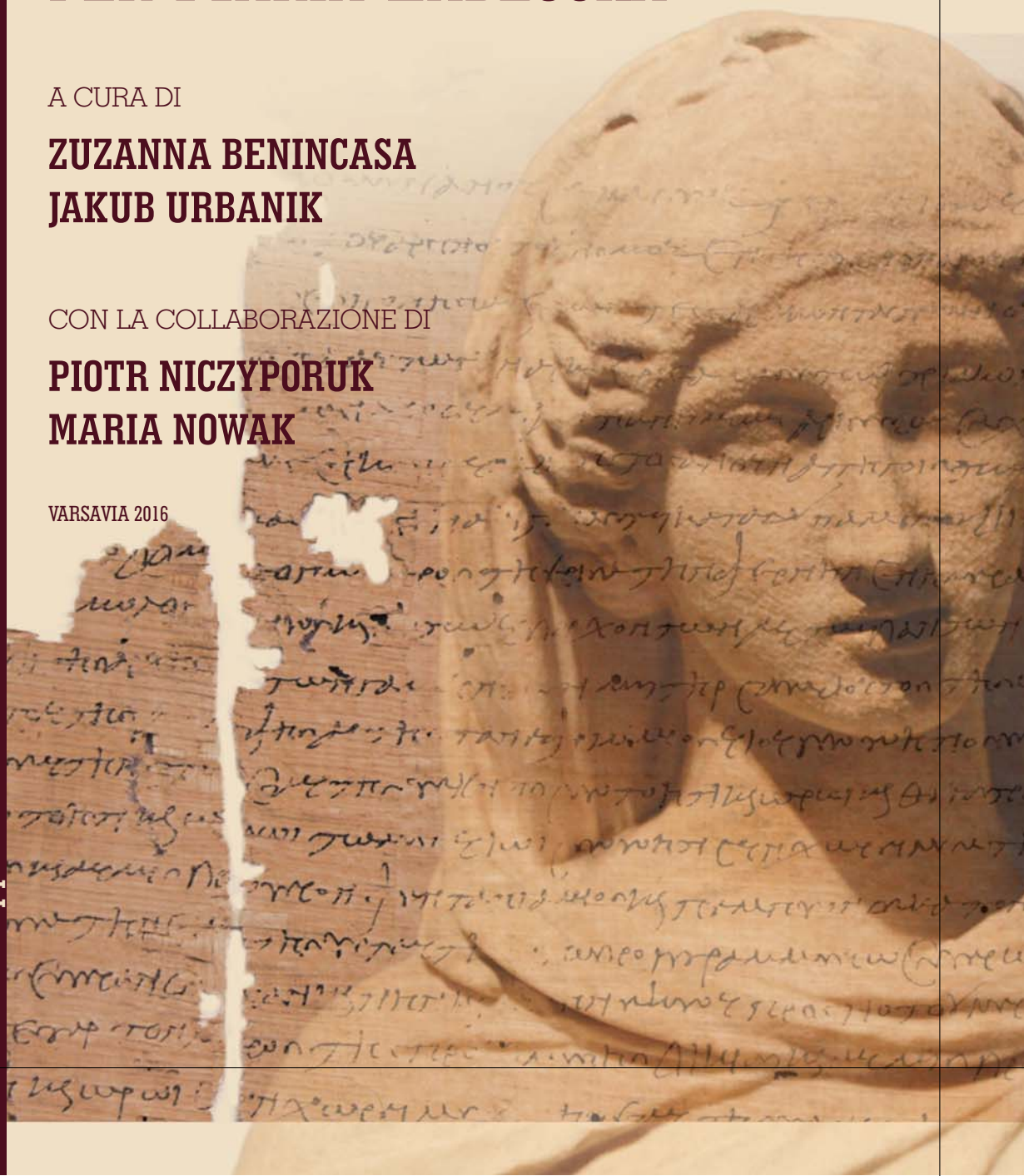
A CURA DI

**ZUZANNA BENINCASA**  
**JAKUB URBANIK**

CON LA COLLABORAZIONE DI

**PIOTR NICZYPORUK**  
**MARIA NOWAK**

VARSAVIA 2016



# **MATER FAMILIAS**

## **SCRITTI ROMANISTICI PER MARIA ZABŁOCKA**

A CURA DI

**ZUZANNA BENINCASA  
JAKUB URBANIK**

CON LA COLLABORAZIONE DI

**PIOTR NICZYPORUK  
MARIA NOWAK**

VARSAVIA 2016

*Supplements to The Journal of Juristic Papyrology* are jointly published by the Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw, the Institute of Archaeology of the University of Warsaw, and Fundacja im. Rafała Taubenschlaga, Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa 64 tel. (+48 22) 55 22 815 and (+48 22) 55 20 384, fax: (+48 22) 55 24 319 e-mails: g.ochala@uw.edu.pl, t.derda@uw.edu.pl, kuba@adm.uw.edu.pl web-page: <<http://www.taubenschlagfoundation.pl>>

Cover design by Maryna Wiśniewska  
Computer design and DTP by Jakub Urbanik

© for the book by Zuzanna Benincasa & Jakub Urbanik  
and Fundacja im. Rafała Taubenschlaga

© for the constituting papers by the Authors

Warszawa 2016

ISBN 978-83-938425-9-9

Wydanie I.  
Druk i oprawa: Sowa Sp. z o.o., Piaseczno



*Mater Familias*  
*Scritti per Maria Zabłocka*

**INDICE**

Zuzanna BENINCASA & Jakub URBANIK

*Prefazione* ..... XIII

*Elenco delle opere di Maria Zabłocka* ..... XXIII

José Luis ALONSO

*The Emperor, the ex-prostitute, and the adulteress.*

*Suet. Cal. 40 revisited* ..... 3

Krzysztof AMIELAŃCZYK

*In search for the origins of the Roman public law offences (crimina)*

*in the Archaic period* ..... 23

Zuzanna BENINCASA

*Alcune riflessioni sulla libertà di caccia nel diritto romano.*

*vivai e riserve di caccia* ..... 39

Witold BORYSIAK

*Roman principle*

*Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*

*and the reasons of its modern rejection* ..... 63

Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI

*Un ordinamento giuridico e le sue trasformazioni* ..... 85

Cosimo CASCIONE

*Celso lettore di San Paolo?*

*Una nota minima in tema di interpretazione* ..... 101

Alessandro CORBINO	
<i>Personae in causa mancipii</i> .....	107
Božena Anna CZECH-JEZIERSKA	
<i>Roman law in Polish People's Republic: Stages of transformation</i> .....	119
Tomasz DERDA & Maria NOWAK	
<i>Will of [---]is daughter of Pachois from Oxyrhynchos.</i>	
<i>P. Oxy. II 379 descr.</i> .....	135
Marzena DYJAKOWSKA	
<i>Verba impia et maledicta.</i>	
<i>The influence of Roman law upon the western European doctrine</i>	
<i>of verbal insult of the ruler in the 16–17th centuries</i> .....	145
András FÖLDI	
<i>Appunti sugli elementi romanistici nel nuovo Codice civile ungherese</i> ..	161
Ewa GAJDA	
<i>Elements of theology in Roman law.</i>	
<i>On Zenon's Henoticon and Justinian's letter (Cf. I.I.8)</i> .....	191
Luigi GAROFALO	
<i>Roma e i suoi giuristi nel pensiero di Nicolás Gómez Dávila</i> .....	207
Tomasz GIARO	
<i>L'expérience de l'absurde chez les juristes romains</i> .....	243
Sławomir GODEK	
<i>Ignacy Daniłowicz on the impact of Roman law</i>	
<i>on the law of the pre-partition Commonwealth</i>	
<i>in the light of his letters to Joachim Lelewel</i> .....	269
Ireneusz JAKUBOWSKI	
<i>Some remarks about Roman law</i>	
<i>in Tadeusz Czacki's opus magnum</i> .....	285
Maciej JOŃCA	
<i>Per aspera ad astra.</i>	
<i>Johann Bayer, römisches Recht</i>	
<i>und das Ausbildungsprogramm der jungen Radziwiłłs</i> .....	295

Aldona Rita JUREWICZ	
<i>TPSulp. 48 und actio quod iussu.</i>	
<i>Konnte Prudens adjektivisch belangt werden?</i> . . . . .	307
Agnieszka KACPRZAK	
<i>Obbligo del lutto e il controllo sociale sulla sessualità di vedove</i> . . . . .	323
Leszek KAZANA	
<i>Il delitto Matteotti: qualche dubbio sul colpevole</i> . . . . .	351
Piotr KOŁODKO	
<i>Some comments on the role of the quaestor as a prosecutor</i>	
<i>in criminal proceedings in the times of the Roman Republic</i> . . . . .	375
Przemysław KUBIAK	
<i>Between emotions and rationality</i>	
<i>Remorse as mitigating circumstance in Roman military law</i> . . . . .	397
Sławomir KURSA	
<i>Capacity of women to make testamentum parentis inter liberos</i> . . . . .	415
Marek KURYŁOWICZ	
<i>Ancarenus Nothus und Gaius von Hierapolis</i>	
<i>Miscellanea epigraphica: CIL VI 7193a &amp; IGR IV 743</i> . . . . .	425
Luigi LABRUNA	
<i>«Necessaria quanto la giustizia ...»</i>	
<i>Etica e tradizione dell'avvocatura</i> . . . . .	445
Paola LAMBRINI	
<i>Ipotesi in tema di rescissione per lesione enorme</i> . . . . .	453
Elżbieta LOSKA	
<i>Testamenti factio passiva of actresses in ancient Rome</i> . . . . .	465
Adam ŁUKASZEWICZ	
<i>Remarks on Mars Ultor, Augustus, and Egypt</i> . . . . .	487
Rafał MAŃKO	
<i>Roman roots at Plateau du Kirchberg</i>	
<i>Recent examples of explicit references to Roman law</i>	
<i>in the case-law of the Court of Justice of the EU</i> . . . . .	501

Carla MASI DORIA	
<i>Una questione di «stile»?</i>	
<i>A proposito di una critica di Beseler a Mommsen</i> .....	527
Rosa MENTXAKA	
<i>Sobre la actividad comercial del clero hispano en los inicios del siglo IV</i>	
<i>a la luz de dos cánones del Concilio de Elvira</i> .....	535
Joanna MISZTAL-KONECKA	
<i>The non-litigious proceedings in Polish Law</i>	
<i>and Roman iurisdictio voluntaria</i> .....	569
Józef MÉLÈZE MODRZEJEWSKI	
<i>Modèles classiques des lois ptolémaïques</i> .....	579
Piotr NICZYPORUK	
<i>La capacità giuridica e la tutela del nascituro nella Roma antica</i> .....	597
Dobromiła NOWICKA	
<i>Family relations in cases concerning iniuria</i> .....	619
Tomasz PALMIRSKI	
<i>Some remarks on legal protection of commodans</i>	
<i>prior to the introduction of the praetorian actio commodati</i> .....	639
Anna PIKULSKA-RADOMSKA	
<i>Über einige Aspekte der Steuerpolitik und Propaganda</i>	
<i>der öffentlichen Macht im römischen Prinzipat</i> .....	653
Manex RALLA ARREGI	
<i>Sobre una posible relación causal entre regulación canónica</i>	
<i>y legislación imperial en los primeros siglos del monacato</i> .....	677
Francesca REDUZZI MEROLA	
<i>Schiavitù e dipendenza nel pensiero di Francesco De Martino</i> .....	693
Władysław ROZWADOWSKI	
<i>Sul trasferimento del credito in diritto romano</i> .....	705
Francesca SCOTTI	
<i>Actio aquae pluviae arcendae e «piccola bonifica agraria»:</i>	
<i>Un esempio dalle fonti giustinianee</i> .....	725

Michał SKŘEJPEK	
<i>La pena di morte nel diritto romano: necessità o no?</i> .....	785
Marek SOBCZYK	
<i>Recovery of performance rendered dotis nomine</i> <i>on account of a future marriage that did not take place</i> .....	797
Andrzej SOKALA	
<i>Władysław Bojarski Paterfamilias</i> .....	819
Janusz SONDEL	
<i>Alcune considerazioni sulla storia e sull'insegnamento</i> <i>del diritto romano in Polonia</i> .....	849
Agnieszka STĘPKOWSKA	
<i>Il ruolo del consenso muliebre</i> <i>nell'amministrazione dei fondi dotali in diritto romano</i> .....	889
Dorota STOLAREK	
<i>Lenocinium in the Lex Iulia de adulteriis</i> .....	909
Paulina ŚWIECICKA & Łukasz MARZEC	
<i>From Roman oratores to modern advocates</i> <i>Some remarks on the formative of lawyer's ethics in Antiquity</i> .....	935
Adam ŚWIEŃTOŃ	
<i>Superexactiones in the Late Roman Law</i> <i>A short review of the imperial constitutions in the Theodosian Code</i> ..	965
Renata ŚWIRGOŃ-SKOK	
<i>Family law in the private law systematics</i> <i>from the Roman law until the present day</i> .....	979
Sebastiano TAFARO	
<i>Il diritto per l'oggi</i> .....	993
Anna TARWACKA	
<i>Manomissioni di schiavi nelle commedie di Plauto</i> .....	1025
Jakub URBANIK	
<i>Dissolubility and indissolubility of marriage</i> <i>in the Greek and Roman tradition</i> .....	1039

Andreas WACKE

- Führte die Unveräußerlichkeit des Mitgiftgrundstücks  
im römischen Recht zu relativer Nichtigkeit?  
Grenzen vom Verbot des venire contra factum proprium* ..... 1069

Jacek WIEWIOROWSKI

- Deformed child in the Twelve Tables* ..... 1157

Witold WOŁODKIEWICZ

- Apices iuris non sunt iura* ..... 1177

Karolina WYRWIŃSKA

- Functionality of New Institutional Economics  
in research on Roman law* ..... 1187

Jan ZABŁOCKI

- Il concetto di mater familias in caso di arrogazione* ..... 1199

*Mater Familias*  
*Scritti per Maria Zabłocka*  
pp. 705–724

Władysław Rozwadowski

**SUL TRASFERIMENTO DEL CREDITO  
IN DIRITTO ROMANO**

NELLA DOTTRINA ROMANISTICA moderna il problema dell'ammissibilità di una successione risulta molto controverso ed esige un'analisi accurata.<sup>1</sup>

Il romanista italiano Carlo Gioffredi, autore di alcuni studi approfonditi sulla problematica concernente la successione, ha scritto: «le affermazioni che precedono, come è noto non sono pacifiche, che anzi i problemi che si incentrano su quelle locuzioni («*successio in ius*» e «*successio in locum*») sono state oggetto, ormai da un cinquantennio, di indagini e di polemiche, nè tuttora sono sopiti i contrasti».<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Ho dedicato a questa problematica numerose pubblicazioni: *Przelew wierzytelności w prawie rzymskim* [La cessione del credito in diritto romano], Poznań 1969 (lavoro quasi interamente pubblicato in lingua italiana in *BIDR* 76 (1973), pp. 11–70, sotto il titolo: «Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano»); «Sukcesja syngularna w prawie rzymskim» [La successione a titolo particolare in diritto romano], *Acta Universitatis Wratislaviensis* 3063, *Prawo* 305 (2008), pp. 343–358; «Die Bedeutung der *Denuntiatio* bei der *Vorderungsübertargung* im römischen Recht», [in:] *Festschrift für Okko Behrends zum 70 Geburtstag*, Göttingen 2009, pp. 455–466; «Zmiana wierzyciela w prawie rzymskim a współczesny przelew wierzytelności» [Il mutamento del creditore in diritto romano e la cessione del credito moderna], [in:] *Księga jubileuszowa Wydziału Prawa WSM w Legnicy* 1, Legnica 2010, pp. 457–462.

<sup>2</sup> C. GIOFFREDI, «*Successio in ius*», *SDHI* 23 (1957), p. 1.

La prima controversia riguarda la nozione della successione stessa.<sup>3</sup> Nel diritto odierno la successione è percepita come un fenomeno giuridico tramite cui un soggetto (il successore), subentra nei rapporti giuridici dell'altro soggetto (detto autore o dante causa – *dante causa, auctor*).

Quando la successione riguardava un determinato rapporto giuridico era una successione singolare (a titolo particolare), invece quando un soggetto subentrava ad un altro in tutti i rapporti giuridici, sia attivi che passivi cioè nel loro complesso, veniva definita come una successione universale ed avveniva in un solo atto come ad esempio nel caso della successione ereditaria.

Il diritto acquisito tramite successione corrisponde al contenuto del diritto di un *dante causa*, anche se poteva essere limitato. Non era possibile invece estenderlo ulteriormente perchè in contrasto con la regola fondamentale espressa da Ulpiano con le parole: «Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet» (*D.* 50.17.54).

Nella dottrina romanistica degli inizi dell'Ottocento, si riteneva che l'idea di successione a titolo particolare ed a titolo universale non fosse affatto estranea al pensiero dei Romani.<sup>4</sup> Secondo Max Kaser tale *communis opinio* è venuta consolidandosi senza considerare le molteplici interpolazioni postclassiche delle fonti in materia.<sup>5</sup>

Infatti, partendo dagli inizi del secolo scorso sono stati pubblicati una serie di studi tesi a mostrare come l'idea della successione a titolo particolare, non costituisse altro che un'invenzione dei giuristi giustinianeî e che quindi la sua esistenza nelle fonti, fosse connessa alle numerose interpolazioni delle fonti romane del periodo classico.

<sup>3</sup> C. FADDA, *Teoria del negozio giuridico*, Napoli 1909, p. 43: «Il primo controverso è il concetto stesso di successione».

<sup>4</sup> R. TAUBENSCHLAG, *Rzymskie prawo prywatne* [Diritto privato romano], Warszawa 1969, pp. 76–79; A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, pp. 351; 751; R. SOHM, *Institutionen*, Leipzig 1901, pp. 304; 378; F. ŻRÓDŁOWSKI, *Instytucje i historia prywatnego prawa rzymskiego* [Istituzioni e storia del diritto privato romano], Lwów 1889, p. 313.

<sup>5</sup> M. KASER, s.v. «*Translatio*», [in:] *PWRE* VIA (1937), p. 2159. Egli giustifica le posizioni prese nella letteratura precedente nel modo seguente: «Die pandektistische Rechtslehre, die den Umfang der Interpolationen noch nicht kannte, hat für das klassische Recht aus dieser Anschauung noch keine ersten Konsequenzen gezogen».

Un tentativo in questa direzione fu fatto da Carlo Longo nelle sue pubblicazioni negli anni 1903 e 1906.<sup>6</sup> Le idee promosse da questo scienziato furono accolte con vivo plauso da molti romanisti, in maggioranza italiani,<sup>7</sup> successivamente vennero elaborate in una serie di pubblicazioni da P. Bonfante e da R. Ambrosino,<sup>8</sup> tuttavia molti autori hanno espresso il proprio dissenso su queste tesi.<sup>9</sup>

A tal riguardo non possono non menzionarsi le numerose pubblicazioni di P. De Francisci,<sup>10</sup> in cui l'autore sosteneva che tutti i testi classici, da cui risultava l'ammissibilità della successione a titolo particolare in rela-

<sup>6</sup> C. LONGO, «L'origine della successione particolare», *BIDR* 15 (1933), pp. 127-202; 224-309; IDEM «Sull'*hereditas* concepita come *universitas*», [in:] *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda* I, Napoli 1906, pp. 123-138.

<sup>7</sup> L. ALBERTARIO, «*Actio de universitate* e *actio specialis in rem*», [in:] *Studi di diritto romano* IV, Milano 1946, pp. 65-67; IDEM «La critica della critica», [in:] *Studi di diritto romano* V, Milano 1937, pp. 321-323; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli 1932, p. 1; V. ARANGIORUZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1947, pp. 509; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano* I, Padova, 1942, p. 89-94; G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano*, I: Le cose, Milano 1945, pp. 7-11; KASER, «*Translatio*» (cit. n. 6), p. 2159; W. ROBBE, *La successione e la distinzione fra successio in ius e successio in locum*, Milano 1905, p. 113, n.130 nomina anche De Francisci.

<sup>8</sup> P. BONFANTE, «La successione in *universum ius* e la formazione scolastica della dottrina del *universitas*», [in:] *Scritti giuridici vari* I, Torino 1926, pp. 57-258; 290-293; 308-311 IDEM, *Corso di diritto romano* VI. *La successione. Parte generale*, Roma 1930, pp. 47-53. Le idee formulate da Bonfante si basano sulla sua famosa teoria della genesi e della struttura della successione ereditaria nel diritto romano antico. Cfr. R. AMBROSINO, «*In iure cessio hereditatis*», *SDHI* 10.1 (1944), pp. 1-100; IDEM, «Esercitazioni di dommatica moderna sul diritto romano», *SDHI* 17 (1951), pp. 195-224.

<sup>9</sup> Subito dopo le pubblicazioni di Longo e di Bonfante le loro teorie sono state sottoposte ad una vivace critica da parte di FADDA, *Teoria* (cit. n. 3), pp. 53-56; 70, seguito da G. BORTOLUCCI, «La *hereditas* come *universitas*», [in:] *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano* I, pp. 431-448; IDEM, «La *universitas* come *hereditas*. Riposta ad un critico», *BIDR* 41 (1934), pp. 128-138; *BIDR* 44 (1935), pp. 128-13; B. BIONDI, «*Universitas* e *successio*. Saggio di anticritica, di storia e di dommatica romana», [in:] *Studi in onore di Pietro De Francisci* IV, Milano 1955, pp. 20-35; IDEM, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milano 1954, pp. 51-53; P. VOCI, *Diritto ereditario romano* I, Milano 1967, pp. 146-157; 161-166; GIOFFREDI, «*Successio in ius*» (cit. n. 2), p. 4. Quest'ultimo ha escluso decisamente le interpolazioni in relazione al termine «*successio*» nelle numerose fonti citate dal Digesto.

<sup>10</sup> P. DE FRANCISCI, *Translatio domini*, Milano 1921; IDEM, *Il trasferimento della proprietà*, Padova 1924.

zione al diritto reale erano stati interpolati, e la successiva puntuale critica di quest'idea di Filippo Gallo.<sup>11</sup>

Passiamo ora alle elaborazioni concernenti la successione a titolo particolare nel diritto romano. Tale successione poteva aver luogo sia in riferimento al diritto reale che a quello obbligatorio. Alcuni autori escludono perfino la possibilità della successione a titolo particolare in riferimento al diritto reale. Tale approccio è però difficile da conciliare col fatto di acquistare per un legatario la proprietà<sup>12</sup> tramite un legato *per vindicationem* – possibilità risalente al diritto romano arcaico.<sup>13</sup> L'oggetto della successione consisteva anche negli altri diritti reali come l'enfiteusi (*D.* 21.2.66 *pr*), *superficies* (*D.* 43.18.1.7), *subpignus* (*D.* 44.3.14.3; *D.* 13.7.40.2; *D.* 20.1.13.2).

Il carattere di successione a titolo particolare è da individuare anche nel trasferimento all'acquirente del diritto di proprietà. Quando l'oggetto del deposito era costituito da cose fungibili e col consenso del deponente, il depositario acquistava le cose depositate come oggetto del prestito. Lo stesso possiamo dire in riferimento del c.d. *contractus mohatre*.

È vera invece, la convinzione che il diritto romano originariamente non riconoscesse la successione a titolo particolare nel campo dei diritti obbligatori. Questa presa di posizione può spiegarsi prendendo in considerazione che nei limiti del *favor debitoris*, non era ammessa la sostituzione del creditore, perché in genere ogni debitore aveva interesse nel non mutare la propria controparte. In origine il surrogato della cessione era la *delagatio solvendi*. Un debitore col consenso del creditore prometteva nella stipulazione al nuovo creditore di prestare tutto ciò che doveva al creditore precedente. Tale promessa portava all'estinzione del rapporto giuridico preesistente e alla nascita di un nuovo vincolo obbligatorio. Tale procedura, non potendo aver luogo senza la partecipazione del debitore, non nuoceva agli interessi di quest'ultimo. Per eliminare la necessità della

<sup>11</sup> F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino 1955, p. 27, n. 37 con la letteratura critica rispetto alle teorie di De Francisci. Le idee proposte da quest'autore sono state seguite da numerosi romanisti.

<sup>12</sup> P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano 1920.

<sup>13</sup> Cfr. sull'argomento V. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano*, Roma 1934, p. 5, n. 2.

partecipazione del debitore, facilitando così lo scambio dei crediti necessario a favorire gli scambi economici, i Romani si servirono dell'istituzione della sostituzione processuale, attraverso la figura del cognitore o del procuratore. Questi come sostituto processuale acquisiva il diritto di accettare e tenere per se stesso la prestazione dovuta dal debitore e in caso di inadempienza del debitore poteva agire per via giudiziaria. Il sostituto processuale veniva nominato cognitore oppure procuratore *in rem suam* e non acquistava il credito verso il debitore, in quanto il creditore rimaneva sempre il *dominus negotii*. Infatti, il diritto spettante a tale sostituto si basava sul mandato datogli dal *dominus negotii*.

Nel caso di un processo contro il debitore, nella *intentio* di una formula processuale, come titolare del diritto, figurava il creditore reale, mentre il sostituto esercitava semplicemente tale diritto e veniva nominato esclusivamente nella *condemnatio*. Tale transazione non assicurava il sostituto, in quanto, il rapporto giuridico instaurato con il *dominus negotii* sulla base del contratto di mandato, si estingueva tramite la morte di una delle parti contraenti e poteva anche essere revocato dal *dominus negotii* prima della *litis contestatio* nel processo contro il debitore, per chiedere la prestazione al sostituto.<sup>14</sup>

Per ovviare a tali inconvenienti venne emanato da Antonino Pio un rescritto:

D. 2.14.16 pr. (Ulp. 4 ed.): Si cum emptore hereditatis pactum sit factum et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet. Nam ex quo rescriptum est a divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.

Se l'acquirente dell'eredità, in cui erano contemplati i debiti del defunto (*de cuius*), non si fosse servito dell'istituto del sostituto processuale per riscuotere tali debiti, poteva rivalersi contro il debitore del defunto attraverso l'*actio utilis*. In tal modo l'acquirente dell'eredità poteva agire contro i debitori del *de cuius* tramite un'azione processuale a *suo nomine* e quindi in nome proprio, come creditore e non in nome del venditore dell'eredità

<sup>14</sup> L'ampia spiegazione della questione in materia in W. D. GEHRICH, *Kognitur und Procuratur in rem suam als Zessionsformen des klassischen römischen Recht*, Göttingen 1963.

come invece avveniva nel caso del cognitore o del procuratore, che agivano *alieno nomine*. I debitori d'altro canto, nel caso in cui il venditore avesse agito tramite *actio directa* dopo aver venduto la propria eredità, se a conoscenza del fatto, potevano difendersi sollevando l'*exceptio doli*.

La riforma iniziata da Antonino Pio fu poi continuata ed arricchita nelle successive costituzioni imperiali in riferimento all'acquisto dei crediti non ereditari ma acquistati come singoli diritti soggettivi a titoli diversi.<sup>15</sup> Tale processo venne ulteriormente completato da Giustiniano con la consegna dell'*actio utilis suo nomine* alla persona a cui veniva donato il credito (Cf. 8.53.33, a. 528).

Nella procedura *extra ordinem* l'*actio utilis* non si basava sulla costruzione della formula processuale ma ne costituiva solo l'emanazione del diritto soggettivo realizzato suo tramite, divenendo così una delle azioni realizzate in questo modo (D. 3.5.46.1) e per questo da me definita azione *sui generis*.<sup>16</sup> Le informazioni a nostra disposizione sull'uso di quest'*actio utilis suo nomine* sono molto scarse, ciò dipende dal fatto che nel diritto giustiniano durante il processo, ogni cessionario chiedendo al debitore la prestazione dovuta, agiva *suo nomine*. Per questo motivo il ruolo di tale azione nel processo formulare è particolarmente controverso, e numerose sono le questioni rispetto alle quali la dottrina non è riuscita a giungere ad una *communis opinio*.

In letteratura è riscontrabile l'idea secondo cui il cedente (del credito) conservava i suoi diritti: «poteva accettare la prestazione dovuta dal debitore, liberarlo dal credito, agire contro di lui in via processuale tramite

<sup>15</sup> Gordianus, Cf. 4.10.1, (a. 242) a titolo della *datio in solutum*; Valerianus et Galienus, Cf. 4.1.2 (260) a titolo di dote; Diocletianus et Maximianus, Cf. 4.39.8 (senza la data) a titolo dell'acquisto del credito con ogni probabilità assicurato tramite la fiducia; Diocletianus et Maximianus Cf. 4.15.5 (294) a titolo della *datio in solutum*; Diocletianus et Maximianus Cf. 6.37.18 (294) a titolo di legato.

<sup>16</sup> Tale approccio è stato criticato da R. SOTTI, *Recherche sur les utiles actions. La notion d'action utile en droit romain classique*, Grenoble 1977, p. 31, n. 5 ed anche p. 361, n. 2. Secondo quest'autore non si possono applicare all'epoca classica le istituzioni del diritto giustiniano e questo succede nel caso dell'idea della tutela delle *actiones* date *utiliter* nel processo cognitivo. L'autore tralascia però il fatto che già nell'epoca del principato alcune pretese civili nel campo del diritto privato erano tutelate non nel processo formulare ma nel processo cognitivo.

l'*actio directa*, effettuare l'ulteriore cessione dello stesso credito».<sup>17</sup> Le suddette facoltà però costituivano le prerogative del creditore che agiva solo sulla base del *mandatum actionis*. Dopo aver consegnato al cessionario l'*actio utilis suo nomine*, il cedente perdeva tutte le sue prerogative e il ruolo dell'azione si limitava solo al fatto che essendo un'*actio utilis*, non originava dal cedente, imitando così solo il mezzo processuale a lui spettante. Il cessionario, agendo attraverso l'*actio suo nomine*, esercitava solo il proprio diritto e non quello spettante al cedente. Infatti, questi era il titolare del credito e tale credito non rientrava nell'eventuale eredità del cedente in quanto facente parte dell'eredità del cessionario.<sup>18</sup> Al cessionario spettavano anche i diritti accessori rispetto al credito ceduto (Cf. 4.10.6). Il cedente trasferendo il proprio credito al cessionario perdeva le sue prerogative rispetto al debitore. Non sembra giustificata l'opinione secondo cui, dato che al cessionario spettava solo l'*actio utilis*, il cedente conservava il diritto di instaurare l'*actio directa*. Una delle teorie riguardanti il trasferimento del credito in diritto romano, assume come punto di partenza l'ipotesi secondo cui il cedente benchè cedesse il proprio credito, ne conservava accanto al cessionario i diritti.<sup>19</sup> Il cedente poteva con ogni probabilità servirsi dell'*actio directa* se prima della

<sup>17</sup> K. KOLAŃCZYK, *Prawo rzymskie* [Diritto romano], Poznań 1987, p. 452.

<sup>18</sup> Cf. 8.53.33 pr. (Justinianus 528) «... donationis titulo cessiones actionum accipientes non aliter eas suis transmittre heredibus poterant». Questa regola non costituiva una novità introdotta solo da Giustiniano e ciò risulta dall'uso della parola «poterant» e lo si può anche dedurre dalla data della costituzione emanata agli inizi del suo governo come una delle prime regolazioni di quest'imperatore. Anche P. JÖRS, W. KUNKEL & L. WENGER, *Römisches Recht*, Berlin 1987, p. 278 sostengono: «Der Anspruch (del debito ereditario – W. R.) ging auf die Erben des Zessionars über».

<sup>19</sup> Tale approccio è comunemente accettato in letteratura. In modo chiaro ed esplicito è stato presentato da M. KASER, *Das römische Privatrecht* I, München 1971 (2ª ed.), p. 654: «Das Recht des Zedenten, dessen Ausübung des Abtretungszweck vereiteln würde, bleibt zwar neben dem Recht des Zessionars bestehen, ... ». Similarmente K. LUIG, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, Köln 1966, p. 6 (citando altri sette autori nella nota 34); JÖRS, KUNKEL & WENGER, *Römisches Recht* (cit. n. 18), p. 279; A. WACKE, «Übertragbarkeit des *iuris vinculum* mittelst Zession?», [in:] *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca* VIII, Napoli 2001, pp. 341; 367; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 1988, p. 733. Nella letteratura polacca tale idea è stata accettata da KOLAŃCZYK, *Prawo rzymskie* (cit. n. 17), p. 457; W. BOJARSKI, *Prawo rzymskie* [Diritto romano], Toruń 1994, p. 212; P. ŚCIŚLICKI, «Rzymska geneza instytucji zawiadomienia dłużnika o przelewie wierzytelności – *denuntiatio* z

*litis contestatio* contro il debitore, il cessionario per un qualche motivo avesse perso il proprio diritto, ad esempio per un *contrarius consensus* che risolveva il precedente contratto di vendita costituente la base della cessione, oppure quando tale contratto era dichiarato nullo. Ed ancora se ad esempio il credito fosse stato ceduto a titolo di dote e il matrimonio non fosse stato successivamente contratto.

Se il cedente agiva contro un debitore e quest'ultimo era consapevole della cessione a terzi del proprio debito, poteva sollevare in sua difesa l'*exceptio doli*. In questo caso il giudice liberava tale debitore da ogni responsabilità emanando il verdetto in suo favore. Qui il *dolus* era inteso come richiesta di prestazione rispetto alla quale esisteva l'obbligo della restituzione.<sup>20</sup> Nel caso in cui, nonostante l'*exceptio doli* sollevata dal debitore, il cedente avesse continuato il processo portando la procedura alla *litis contestatio*, ammettendo che al cedente nonostante la cessione spettasse l'*actio directa*, tale *litis contestatio* sarebbe finita nel consumare l'azione con l'effetto che il cessionario non avrebbe potuto agire con quest'azione contro il debitore tutelato con l'*exceptio rei iudicatae*.<sup>21</sup> Questo scenario sembra però improbabile e quindi bisogna ammettere che al cessionario continuava a spettare l'azione contro il debitore (ceduto) in quanto, l'*actio directa* esperita dal cedente non costituiva l'azione del creditore.

Diversa opinione in materia di consumazione dell'azione è stata espressa da Andreas Wacke il quale sosteneva che con ogni probabilità («vermutlich») l'*actio utilis suo nomine* spettante al cessionario aveva un carattere accessorio.<sup>22</sup> Tale idea, pur meritando attenzione per la sua originalità, sembra però molto controversa. Nel caso di c.d. *actiones adiecticiae qualitatis* esiste un solo creditore e due debitori, mentre nel caso del-

C. 8.41.3 pr. a wybrane ustawodawstwa współczesne» [La genesi romana dell'istituzione della notifica al debitore del trasferimento del credito – *denuntiatio* dal C. 8.41.3 pr. e alcune regolazioni moderne], *Zeszyty Prawnicze* 3.1 (2003), Warszawa, p. 107; W. DAJCZAK, [in:] *Prawo rzymskie* [Diritto romano], Warszawa 2009, p. 438, dove sostiene che «l'acquirente del credito non subentrava formalmente nel diritto del creditore precedente» («nabywca wierzytelności nie wstępował formalnie w prawo dotychczasowego wierzyciela»).

<sup>20</sup> Paulus D. 50.17.173.3: «dolo fecit qui petit quod redditurum est».

<sup>21</sup> Gai. 4.180: «tollitur adhuc obligatio litis contestatione».

<sup>22</sup> WACKE, «Übertragbarkeit des *iuris vinculum*» (cit. n. 19), p. 344.

L'*actio utilis suo nomine* la situazione sarebbe opposta: due creditori contro un solo debitore. La possibilità che conservava un creditore nel caso delle c.d. *actiones adiecticiae qualitatis*, perdendo la causa contro uno dei debitori, di poter esperire l'azione contro un secondo, era giustificata sulla base del principio d'equità. Ad esempio, nel caso in cui il creditore avesse agito contro l'*exercitor navis* e per motivi a lui estranei avesse perso la causa, conservava sempre la possibilità d'intraprendere l'azione accessoria contro il proprietario della nave. Ciò era possibile perché, come argomenta Paolo: «hoc enim edicto non transfetur actio, sed addicatur» (D. 14.1.5.1). Quindi, l'*actio exercitoria*, costituendo l'azione consegnata dal pretore, dato il suo carattere accessorio, non si consumava durante la *litis contestatio* del processo contro l'*exercitor maris* oppure contro il *magister navis*. L'*actio utilis suo nomine* non aveva tale carattere in quanto spettava al cessionario in virtù della cessione dei diritti da cui nasceva e con cui era strettamente legata. Se il cedente agiva con successo contro il debitore che non aveva sollevato nel processo *exceptio doli*, a tale debitore spettava la *condictio indebiti* che gli permetteva di chiedere la restituzione della prestazione. Tale *condictio* veniva consegnata dal pretore alla persona responsabile sulla base dello *ius civile* e tutelata tramite l'*exceptio* pretoria.<sup>23</sup>

Il contenuto della formula processuale dell'*actio utilis* consegnata dal pretore al cessionario è oggetto di diverse speculazioni per l'assenza delle rispettive testimonianze nelle fonti.<sup>24</sup> Secondo una delle ricostruzioni, tale formula si basava sul fatto, anche se secondo la teoria prevalente essa apparteneva alla categoria delle *formulae ficticiae*. Le ipotesi rispetto all'oggetto di tale *fictio* sono numerose.<sup>25</sup> Nel caso in cui il cedente cedeva l'eredità che conteneva il

<sup>23</sup> E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1972, p. 549.

<sup>24</sup> Come ha scritto P. GIRRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1929, p. 780, n. 3: «il existe de grandes incertitudes sur le caractère de cette action utile». Cfr. anche sull'argomento M. KASER, «Zum *pignus nominis*», *Iura* 20 (1969), p. 177: «Die Formelgestalt der *actio utilis* des Zessionars ist umstritten»; JÖRS, KUNKEL & WENGER, *Römisches Recht* (cit. n. 18), p. 279: «Die nähere Ausgestaltung der Vormel bleibt ungewiss, vielleicht war es eine *formula ficticia*»; WACKE, «Übertragbarkeit des *iuris vinculum*» (cit. n. 19), pp. 340-362.

<sup>25</sup> Le ipotesi riguardanti l'oggetto delle finzioni contenute nella formula spettante al cessionario: «si ad agendum mandasset» (P. E. HUSCHKE); «si dominus actionis esset» (A. SCHMIDT); «si creditor esset» (B. WINDSCHEID); «si As As No No stipulatus esset» (A. VON BRINZ);

credito, l'ipotesi più convincente sembra quella di von Salpius. Secondo questa ricostruzione l'oggetto della *fictio* consisteva nel trattare il cessionario come l'erede rispetto al patrimonio ereditato e quindi la formula di tale finzione era «si heres esset»<sup>26</sup>. È stata questa la *fictio* su cui si basava il pretore consegnando la legittimazione attiva all'acquirente del patrimonio del debitore fallito, per chiedere le prestazioni ai debitori tramite l'*actio Serviana* (Gai. 4.35). Si può quindi ipotizzare che della stessa finzione poteva servirsi, *ad similitudinem* il pretore, consegnando all'acquirente dell'eredità l'azione contro i debitori ereditari. Però tale finzione non poteva essere usata quando il diritto acquistato dal cessionario non apparteneva all'eredità ma consisteva nel singolo credito. Non è da escludere che la richiesta processuale acquistata dal cessionario potesse essere realizzata nel processo formulare. Il tentativo di ricostruire tale formula è stato fatto da Max Kaser. Nel caso della *condictio certae pecuniae*, tramite cui veniva pretesa una certa somma di denaro dall'eredità, la formula poteva essere la seguente:

Si paret Nm Nm (il debitore) Lucio Titio (il cedente) decem dare oportere  
eumque Lucium Titium, qui heres Publico Maevio factus est, hereditatem Ao  
Ao (il cessionario) vendidisse, iudex Nm Nm Ao Ao decem condemnat, s.n.p.a.

nel caso dell'acquisto del singolo credito potrebbe invece essere la seguente:

«si Titius Nm Nm Ao Ao delegavisset» (F. EISELE). Sul confronto di queste finzioni con la letteratura critica vedi KASER, «Zum *pignus nominis*» (cit. n. 24), p. 178. Rispetto al tentativo di configurare l'azione del cessionario come formula *in factum concepta* (K. von VANGEROW).

<sup>26</sup> B. VON SALPIUS, *Novation und Delagation nach römischem Recht*, Berlin 1964, p. 404. Le idee di VON SALPIUS sono state condivise da molti autori, tra cui C. FERRINI, s.v. «Obbligazione», 5. «Cambamenti dei soggetti nell'obbligazione», [in:] *Enciclopedia giuridica* XII, Milano 1900, p. 494; E. COSTA, *Storia del diritto privato*, Torino 1925, p. 424, n. 3; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* II, Roma 1928, p. 182, n. 2; H. SIEBER, *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, p. 288; G. ASTUTI, s.v. «Cessione. Storia», *ED* VI (1960), pp. 807-812. La richiesta del cessionario come azione basata sulla *fictio* accettata ancora nel 1966 da Kaser mentre scriveva: «Auch die *actio utilis* des Zessionars war vermutlich fiktivisch gefaßt» (cfr. M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, p. 263, n. 10). L'uso di tale *fictio* nel processo instaurato dall'acquirente dell'eredità contro i debitori ereditari sembra molto probabile, Cfr. la mia opinione in «Studi sul trasferimento dei crediti» (cit. n. 1), p. 152. La finzione «si heres esset» era molto diffusa nel processo romano. Veniva usata dal *bonorum possessor* (Gai. 4.34), fedecommissario universale dopo il *s.c. Trebellianum* (Gai. 2.253 ed anche dal *bonorum emptor* (Gai. 4.35).

Si paret Nm Nm (il debitore) Lucio Titio (il cedente) decem dare oportere eumque Lucium Titium, id quo Nm Nm sibi dare oportere Ao Ao (il cessionario) vendidisse, iudex ...<sup>27</sup>

Il contenuto di tutte e due le formule suggerisce che il cedente rimaneva sempre il soggetto del credito, in quanto, secondo la teoria proposta da Kaser, dopo l'introduzione dell'*actio utilis suo nomine*, il cessionario non costituiva l'unico soggetto del credito acquistato.<sup>28</sup> Per questo, a mio avviso, ammettendo che l'acquirente dell'eredità si servisse della formula con la finzione «si heres esset» e l'oggetto della richiesta costituisse la *condictio certae pecuniae*, quando il credito apparteneva all'eredità acquistata, la formula processuale poteva essere la seguente:

Si As As (il cessionario) Publio Maevio heres esset, tum si paret Nm Nm (il debitore) Ao Ao decem dare oportere, iudex Nm Nm Ao Ao decem condemna, s.n.p.a.

Invece nel caso dell'acquisto del singolo credito la formula processuale poteva essere:

Si paret Nm Nm (il debitore) Ao.Ao. (il cessionario) decem dare oportere, quia id quod Nm Nm Lucio Titio (il cedente) dare oportere eumque Lucium Titium Ao Ao vendidisse, iudex ...<sup>29</sup>

In queste formule l'unico creditore rispetto al credito trasferito rimane il cessionario e non il cedente.

Alcune fonti testimoniano che nel caso di acquisto di un singolo credito, l'imperatore per la prima volta consegnava l'*actio utilis suo nomine* all'acquirente in virtù del contratto di *emptio-venditio*. Tale costituzione non c'è pervenuta, ma sappiamo che successivamente servì da esempio per casi simili.

<sup>27</sup> KASER, «Zum *pignus nominis*» (cit. n. 24), p. 179.

<sup>28</sup> Come sostiene Kaser, (cfr. KASER, «Zum *pignus nominis*» [cit. n. 24], p. 180): «Neben den (il diritto del cessionario) freilich auch hier das Recht des Zedenten erhalten blieb».

<sup>29</sup> Cfr le mie opinioni espresse in «La successione a titolo particolare» (cit. n. 1), pp. 354-357.

Significativa in tal senso è la legge di Valeriano e Gallieno in cui leggiamo:

*Cf.* 4.10.2: *Nominibus in dotem datis, quamvis nec delagatio preacesserit nec litis contestatio subsecsta sit, utilem tamen maritio actionem est, ad similitudin eius qui nomen emerit dare oportere saepe rescriptum est.*

Il marito che a titolo di dote avesse acquistato un credito, poteva chiedere la prestazione tramite l'*actio utilis* fatta sul modello (*ad similitudinem*) in via analoga all'acquirente del credito. Gli imperatori affermavano che questi casi costituivano già materia regolata nei rescritti emanati in precedenza. In tal senso si esprime anche Giustiniano: «sicut venditionis titulo cessas actionem aetiam ... simili modo et donatas ad eos transferri volumus» (*Cf.* 8.53.33 *pr.*).<sup>30</sup> Così come le fonti informano su titoli diversi dell'acquisto del credito, nessuna delle costituzioni imperiali trattava in via diretta l'acquisto del singolo diritto, tramite il contratto di compravendita.<sup>31</sup> In questo caso la formula processuale poteva contenere le seguenti parole:

Si paret Nm Nm Ao Ao centum dare oportere, si hoc nomen Licius Titius Ao Ao vendidit iudex Nm Nm Ao Ao centum condemna, s.n.p.a.

In questa formula l'attore come titolare del diritto richiesto chiede la realizzazione di tale diritto *suo nomine* e non come colui che realizza il diritto spettante ad una terza persona.

Nell'adempimento del credito trasferito da parte del debitore, era fondamentale la consapevolezza di quest'ultimo del fatto che il suo creditore fosse il cessionario, in quanto, eseguendo la prestazione in suo favore si liberava dal suo obbligo (*solutio*). La consapevolezza da parte del debitore, che il cedente non fosse più il creditore, poteva darsi tramite notifi-

<sup>30</sup> Anche nella costituzione di Diocleziano e Maximiano *Cf.* 4.39.8, leggiamo: «utilis secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur».

<sup>31</sup> Dell'acquisto del credito tratta una delle costituzioni di Diocleziano e Maximiano (*Cf.* 4.39.8) ma il problema discusso riguarda piuttosto la problematica dell'acquisto della proprietà come conseguenza della fiducia che assicurava la vendita del credito.

ca fatta dal cessionario al debitore. La *denuntiatio* viene trattata nell'ambito della costituzione dell'imperatore Giordano:

*Cf.* 8.41.3 *pr.*: Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditor tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tanem antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore duo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.

Il debitore notificato in questo modo, eseguendo la prestazione al cedente non veniva a liberarsi dal suo debito e rischiava d'essere citato in giudizio dal cessionario con la pretesa di riesecuzione della stessa prestazione. Rispetto alla costituzione imperiale citata sopra, esistono numerosissime controverse. Una critica seria in materia è stata sollevata da O. Bähr, secondo cui il contenuto della costituzione: «vel aliquod ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit» sia frutto d'interpolazioni.<sup>32</sup> Tale approccio è stato condiviso da molti romanisti e per questo alcuni definiscono la *denuntiatio* di cui trattava la costituzione come «pseudogordiana». A mio parere la critica sollevata da Bähr non è giustificata. Quest'autore ritiene perfino che la *denuntiatio* avesse rilevanza non nel periodo in cui l'*actio* era *mandata*, «ma all'esperimento dell'*actio utilis*».<sup>33</sup> Tale approccio è contraddetto dalle parole stesse della costituzione in cui viene menzionata proprio l'*actio mandata*.

Occorre chiedersi se la *denuntiatio*, di cui parla la costituzione di Gordiano è stata inventata da quest'imperatore. Contro tale ipotesi si esprimono numerose fonti, non solo provenienti dai giuristi romani. La mancata consapevolezza del debitore in riferimento alla perdita della facoltà di accettare la sua prestazione, era rilevante già nel periodo preclassico. Di questa trattò sia Cicerone<sup>34</sup> che i giuristi di quel periodo storico come

<sup>32</sup> Sull'argomento mi sia permesso di rinviare alle opinioni da me espresse in: «Studi sul trasferimento dei crediti» (cit. n. 1), pp. 90-93; GEHRICH, *Kognitur und Procuratur* (cit. n. 14), pp. 21-35.

<sup>33</sup> O. BÄHR, «Zur Zessionslehren», *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 1 (1857), p. 388.

<sup>34</sup> Cfr. numerosi casi della *denuntiatio* nelle opere dell'Arpinata indicate da E. COSTA

Alfeno Varo. Quest'ultimo scrisse che se il debitore avesse effettuato la prestazione allo schiavo autorizzato ad accettare tale prestazione, si sarebbe liberato dal debito (*solvit*) se per un qualche motivo («ex aliqua causa») non avesse saputo che tale autorizzazione non spettava più allo schiavo.<sup>35</sup> Questa «aliqua causa» di cui parla Alfeno, poteva consistere anche nella *denuntiatio* cioè nella notifica fatta al debitore rispetto alla revoca dell'autorizzazione data in precedenza allo schiavo. Nel caso di vendita dell'eredità, il debitore ereditario si liberava dal debito rispetto al cessionario solo quando eseguiva la prestazione, non essendo a conoscenza di tale vendita. Questa mancata consapevolezza poteva essere eliminata tramite la *denuntiatio*. Degli effetti della mancata consapevolezza del debitore rispetto alla vendita dell'eredità ha scritto anche Papiniano (*D.* 2.15.17). Se l'erede avesse autorizzato l'acquirente dell'eredità a richiedere i debiti ereditari e successivamente avesse patteggiato con il debitore, quest'ultimo poteva contrapporre alla richiesta dell'acquirente dell'eredità l'*exceptio transacti negotii* nel caso fosse stato inconsapevole della vendita dell'eredità. Pure nella costituzione di Alessandro Severo viene evidenziata l'importanza della consapevolezza del debitore, su chi fosse la sua controparte, infatti possiamo leggere: «nondum certior a te de obligatione tua factus».<sup>36</sup>

La costituzione di Gordiano è l'unico atto normativo in cui si parla della *denuntiatio*. Ma con ogni probabilità sbagliano gli autori che ascrivono l'introduzione di tale istituto solo all'imperatore Gordiano,<sup>37</sup> in quanto capitava spesso che l'imperatore si servisse nel suo *responsum* di norme o regolazioni preesistenti. Ciò è suggerito anche dalla lettura della costituzione degli imperatori Valeriano e Gallieno in cui è consentita l'*actio utilis* a titolo di credito trasferito attraverso la dote. In questo caso gli

(Cicerone *giureconsulto* 11, Bologna 1927, pp. 23-24, n. 6), ed anche Cic. *pro Quint.* 6.27 «denuntiat sese procuratorem esse».

<sup>35</sup> *D.* 46.3.35: «nisi aliqua causa interciderit, ex qua intellegi possit invito eo, cuius tum is servus fuisset, ei solvi».

<sup>36</sup> *Cf.* 8.14.4. Tale costituzione imperiale è redatta con molta cura e precisione, è quindi plausibile che il testo sia stato redatto da Papiniano.

<sup>37</sup> Questo parere corrisponde alla *communis opinio* consolidatasi nella dottrina.

imperatori, si esprimono a tal riguardo così: «saepe rescriptum est».<sup>38</sup> Questa pratica degli imperatori è individuabile anche nelle costituzioni di Diocleziano e Massimiano.<sup>39</sup> Lo stesso, verosimilmente riguardava la *denuntiatio* di Gordiano, ciò è testimoniato dai casi analizzati sopra, concernenti gli effetti della consapevolezza del debitore in riferimento alla persona autorizzata ad accettare la prestazione da lui dovuta.

Non può condividersi neanche, l'ipotesi di alcuni autori, secondo cui in caso di vendita del credito, dopo l'introduzione dell'*actio utilis suo nomine*, l'acquirente del credito diventava soggetto di tale credito, solo dopo aver effettuato la *denuntiatio* nei confronti del debitore, essendo quest'ultima la condizione *sine qua non* del trasferimento.<sup>40</sup> Dal tenore letterale della costituzione di Gordiano si evince che un effetto uguale alla *denuntiatio*, veniva generato dall'accettazione da parte del cessionario, di una qualche parte del debito dovuto dal debitore (*aliquid ex debito*). In tal caso, il debitore effettuava la prestazione in assenza di notifica di trasferimento avvenuto, di cui invece era venuto a sapere in qualche altra maniera, definita da Alfeno Varo come «*aliqua causa*». Se fosse stata necessaria la *denuntiatio* ai fini dell'autorizzazione del cessionario ad acquistare il credito trasferito, questo avrebbe comportato che la prestazione del debitore effettuata prima di tale notifica sarebbe stata effettuata verso una persona non autorizzata e quindi non al creditore. Tale affermazione è contraddetta nella costituzione di Gordiano.

In sostanza la *denuntiatio* nel diritto romano serviva ad una sola cosa, rispetto al cessionario, come ha affermato con ragione Wiesław Litewski: «rendeva inefficace la prestazione effettuata dal debitore al cedente».<sup>41</sup> Bisogna notare che sia nel diritto civile polacco (art. 173 e art. 512 del *Codi-*

<sup>38</sup> Cfr. la nota 29.

<sup>39</sup> Cfr. il testo del *Cf.* 4.39.8 citato nella nota 30.

<sup>40</sup> In tal senso H. DERNBURG, *Pandekten*, Berlin 1886, pp. 130-134. F. ENDEMANN, *Römisches Privatrecht*, Berlin - Leipzig 1925, pp. 194-196. Ultimamente anche ŚCIŚLICKI, «Rzyska geneza instytucji zawiadomienia dłużnika» (cit. n. 19), p. 110; DAJCZAK, *Prawo rzymskie* (cit. n. 19), p. 438 sostiene in materia: «dal momento della notifica del debitore sull'alienazione del credito, il debitore può liberarsi solo consegnando la prestazione nelle mani del creditore».

<sup>41</sup> W. LITEWSKI, *Rzyskie prawo prywatne* [Diritto privato romano], Warszawa 2003, p. 250.

*ce civile polacco*) ed anche in molti codici civili di altri paesi,<sup>42</sup> tale funzione è assegnata alla notifica al debitore dell'avvenuta cessione. La stessa funzione era svolta dalla *denuntiatio* romana e questo non solo dopo la riforma di Antonino Pio ma già nel regime dell'*actio mandata*.<sup>43</sup> Tutto ciò si deduce dal modo diretto e dal tenore letterale del testo della costituzione di Gordiano concernente la *denuntiatio*: «quamvis creditorum tuo adversus eum mandaveris actiones».<sup>44</sup>

Torniamo ora alla problematica della successione nel diritto romano. Anche se i giuristi romani non si dedicarono all'elaborazione dogmatica del nostro istituto, classificarono i tipi di successione secondo il criterio della successione *ex lege* oppure dello *ius civile* e (*legitimo iure*), e la successione secondo il diritto pretorio (*praetorio iure*, Gai. 4.34; Paulus D. 50.16.70). Gli effetti giuridici rimanevano gli stessi indipendentemente dal tipo di successione: in tutti e due i casi questa risultava nell'acquisto da parte del successore del diritto spettante al cedente. Diversa né era però la tutela. All'acquirente, secondo le norme di *ius civile* spettava l'*actio directa*, mentre nel secondo caso veniva consegnata dal magistrato l'*actio praetoria* basata sulla *fictio* – «*actio ficticia*». Tale diversità viene eliminata nella *cognitio extra ordinem*. La nozione di «*successio*» nel diritto romano antico, corrispondeva alla nostra moderna successione a titolo universale e in questo senso il termine è divenuto un termine tecnico. A volte questo veniva sostituito dalla parola *universitas* (Gai. 2.191), per descrivere un diritto costituito da singole prerogative ma percepito come unità, come nel caso dell'eredità. Nel periodo di forte tendenza interpolazionistica, anche il carattere originale della nozione di «*successio*» venne messo in discussione. Di conseguenza, fu contestata anche l'autenticità della nozione di «*universum*» usata nella famosa definizione della successione eredita-

<sup>42</sup> Cfr sull'argomento ŚCIŚLICKI, «Rzymska geneza instytucji zawiadomienia dłużnika» (cit. n. 19), pp. 131–133.

<sup>43</sup> ENDEMANN, *Römisches Privatrecht* (cit. n. 51), p. 194; TAUBENSCHLAG, *Rzymskie prawo* (cit. n. 4), p. 218; W. OSUCHOWSKI, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego* [I lineamenti del diritto privato romano], Warszawa 1971, p. 473.

<sup>44</sup> Sulla *denuntiatio* cfr. le mie riflessioni in: «Studi sul trasferimento dei crediti» (cit. n. 1), pp. 90–110.

ria,<sup>45</sup> formulata da Giuliano e Gaio (*D.* 50.17.62 e *Gai.* 50.17.24). La successione a titolo universale è stata nominata dai Romani anche come «*successio in locum*», ma quest'ultima locuzione poteva anche riferirsi all'acquisto del singolo credito.<sup>46</sup> La nozione di «*successio in locum*» già nel diritto classico significava anche l'acquisto del diritto a titolo particolare.<sup>47</sup> Anche la locuzione della «*successio in ius*» non fu estranea al pensiero dei giuristi romani. Tale locuzione fu usata ad esempio sia da Ulpiano, che da Paolo: in tutti e due i casi si trattava dell'acquisto del diritto a titolo particolare e per di più, non del diritto di carattere reale ma dell'obbligazione (Ulpian – *D.* 8.4.13 *pr.*; Paulus – *D.* 20.3.3).

Nel diritto romano antico, il concetto di proprietà è stato identificato col concetto stesso della cosa e per questo motivo nelle fonti troviamo le locuzioni «tradere rem» al posto del «tradere proprietatem».<sup>48</sup> Tale pratica sembra giustificata se si prende in considerazione il fatto che nel diritto romano antico non esisteva distinzione tra proprietà e possesso: chi aveva potere reale sulla cosa era ritenuto il proprietario della cosa. Non è quindi accettabile l'idea di Kaser secondo cui: «Al diritto romano fosse ignota l'idea di trasferimento del diritto all'acquirente senza mutare l'identità del diritto. Il diritto dell'acquirente era ritenuto come un diritto nuovo».<sup>49</sup> È difficile immaginare che la cosa stessa in quanto emanazione

<sup>45</sup> Cfr. sul tema GIOFFREDI, «*Successio in ius*» (cit. n. 2), pp. 6–10.

<sup>46</sup> Da Gaio questo termine viene usato sette volte, nel Digesto di Giustiniano i casi del suo uso sono numerosi.

<sup>47</sup> GIOFFREDI, «*Successio in ius*» (cit. n. 2), p. 18.

<sup>48</sup> C. SANFILIPPO, «L'efficacia traslativa della volontà nel diritto romano», [in:] *Studi in onore di Gaetano Zingali*, Milano 1965, p. 607: «nella più antica concezione romana, non si distingue il diritto sulla cosa dalla cosa stessa. Non si trasferisce il diritto di proprietà sulla cosa, ma la cosa»; ROBBE, *La successione e la distinzione* (cit. n. 7), p. 58: «il diritto di proprietà si presenta, anche dal punto di vista del diritto romano, come identificato col concetto stesso della cosa su cui esercita».

<sup>49</sup> In questo senso già VON SALPIUS, *Novation und Delegation* (cit. n. 26), p. 347; N. BAMMATE, *Origine et nature du legs sinendi modo*, Lausanne 1947, p. 171: «Le droit ne se transfère pas, c'est la chose est transmise. L'alienateur reste passif; il se contente de souffrir l'activité de l'acquéreur. L'acte de acquisition a un caractère unilatéral il consiste essentiellement dans un acte matériel, une saisie de la chose abandonné l'alienateur».

del diritto di proprietà cambiasse la propria natura passando dal cedente all'acquirente. Nel diritto classico, spesso si scriveva sul trasferimento o sull'acquisto oppure sull'ereditare della cosa e non sul diritto di proprietà: tale pratica è riscontrabile ancora nel Digesto giustiniano,<sup>50</sup> anche se in quest'ultimo iniziano ad apparire le locuzioni «*proprietatem transferre*» oppure «*adquirere*» (e non «*rem*»).<sup>51</sup> Per quanto detto, la critica sul carattere autentico delle fonti provenienti dal periodo classico, concernenti l'acquisto del singolo diritto reale, sembra priva di fondamenti solidi. Bisogna affermare dopo Mario Talamanca che: «Nella sostanza i romani conoscevano, sicuramente, la successione a titolo particolare che consegue con l'acquisto a titolo derivativo».<sup>52</sup>

È *communis opinio* invece, che il diritto romano antico non riconoscesse la possibilità di acquistare il credito di un terzo e quindi, ne «*delegatio nominis*» ne «*mandatum actionis*», risultavano nel trasferimento del diritto del creditore ad una terza persona.

Qualcosa inizia a cambiare con il rescritto emanato da Antonino Pio in riferimento all'acquisto dell'eredità. Gaio, descrivendo i casi della successione universale, dopo aver elencato la successione ereditaria e l'acquisto del patrimonio del fallito (*decoctor*) passa agli ulteriori casi della successione («*alterius generis successionis*»), costituiti da: l'acquisto dell'intero patrimonio tramite l'assoggettamento di un *pater familias* all'autorità di un altro, nella procedura dell'*adrogatio* e l'acquisto del patrimonio della moglie *sui iuris* dal marito, come risultato dell'atto della *conventio in manum* (Gai. 3.82–83) Non viene invece trattato il caso della successione risultante dall'acquisto dell'eredità sulla base del contratto della compravendita. Con molta probabilità Gaio semplicemente non conosceva il contenuto del rescritto di Antonino Pio.

<sup>50</sup> Secondo i giuristi romani col trasferimento del singolo diritto, tale diritto acquistato dall'acquirente conservava la sua identità rispetto al diritto dell'alienante (Pomponius, *D.* 18.1.67; Ulpian, *D.* 41.1.20.1; Paulus, *D.* 18.1.15.2). Per questo FADDA, *Teoria* (cit. n. 3), p. 73 sostiene: «Nel riguardo dogmatico ne deriverebbe che il diritto classico non avrebbe ammesso la identità del diritto dell'alienante con quello dell'acquirente a titolo singolare».

<sup>51</sup> Già Gaio parla del «*mancipare proprietatem*», e non del «*mancipare rem*» (Gai. 2.33), oppure del «*adquirere proprietatem*», e non del «*adquirere rem*» (2.89).

<sup>52</sup> M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 670.

Gaio però, nomina come successore, l'acquirente del patrimonio dell'insolvente a cui spettava l'*actio Serviana* basata sulla  *fictio*  (Gai. 4.35) Tale pratica con molta probabilità ha indotto l'imperatore Antonino Pio a consegnare l'*actio utilis suo nomine* all'acquirente dell'eredità come «*actio ad exemplum*», rispetto alla formula dell'*actio Serviana* pretoria. Secondo Gaio il *bonorum emptor* sulla base del diritto pretorio (*pretorio iure*) costituiva il successore rispetto ai crediti rientranti nel patrimonio del fallito, in quanto, gli spettava l'azione utile basata sulla finzione «*si heres esset*» (Gai. 4.34). La posizione giuridica idonea era quella dell'acquirente dell'eredità. È dunque molto probabile che questi fosse ritenuto il successore sulla base del diritto pretorio. Se ammettiamo che l'acquirente dell'eredità agisse *suo nomine* contro i debitori del defunto, l'esperimento della stessa azione da parte dell'erede costituiva un comportamento doloso per un pretore, dato che non si poteva negare che tale acquirente fosse il successore a titolo particolare. Il pretore, dopo aver deciso di consegnare l'*actio utilis* a favore di una certa persona, negava la consegna dell'*actio directa* a tutti gli altri possibili pretendenti, così come la consegna al proprietario bonitario, dell'*actio publiciana* comportava la negazione al proprietario *ex iure Quiritium*, della *rei vindicatio*. Nella stessa maniera, consegnando l'*actio Serviana* come azione utile al compratore del patrimonio dell'insolvente, negava al fallito (*decoctor*) una *actio directa* contro i suoi debitori. L'aggettivo *utilis* rispetto all'azione concessa al cessionario indica esclusivamente che il pretore non aveva la facoltà di consegnargli l'*actio directa*, in quanto, il cessionario subentrava nel diritto del cedente (*succedit*) sulla base del diritto pretorio (*pretorio iure*) e non dello *ius civile* (*legitimo iure*). Non è quindi possibile che dopo la vendita dell'eredità, l'erede venditore potesse chiamare in giudizio i debitori ereditari sperando contro di loro l'*actio directa*. Anche secondo Talamanca l'*actio utilis* consegnata al cessionario «faceva venir meno la legittimazione attiva del cedente».<sup>53</sup>

Il fatto, che ai Romani fosse ignoto il termine di successione a titolo particolare, non deve necessariamente significare che l'idea stessa di tale successione fosse estranea al loro pensiero. L'attore che esperiva la formula con la  *fictio*  «*si heres esset*» (tale formula corrispondeva con ogni pro-

<sup>53</sup> TALAMANCA, *Istituzioni* (cit. n. 52), p. 653.

babilità al modo in cui la richiesta veniva esperita dall'acquirente dell'eredità contro i debitori ereditati) veniva nominato perfino da Gaio come un *successor* (Gai. 4.34). Risulta quindi vera l'affermazione secondo cui «il diritto romano riconosceva sia la successione a titolo particolare che la successione universale».<sup>54</sup> Tale affermazione vale anche in riferimento al periodo in cui era in vigore il processo formulare. Nella *cognitio extra ordinem*, come menzionato in precedenza, questo problema scompare completamente, in quanto, il contenuto della formula processuale perde ogni rilevanza e l'*actio utilis*, anche quella spettante al cessionario, diventa solo l'emanazione del diritto soggettivo di una certa persona.<sup>55</sup>

*Władysław Rozwadowski*

---

Cattedra di Diritto Romano e  
di Storia di Diritto Processuale  
Facoltà di Giurisprudenza e Amministrazione  
Università di Adam Mickiewicz  
ul. Św. Marcin 90  
61-809 Poznań  
POLONIA

<sup>54</sup> G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, Torino 1910, p. 672. Questo pensiero è stato formulato da GIOFFREDI, «*Successio in ius*», p. 13: «E si ritenga pure, che *successio in locum* già nel diritto classico indicasse anche l'acquirente a titolo particolare»; S. WRÓBLEWSKI, *Zarys wykładu prawa rzymskiego* [I lineamenti delle lezioni di diritto romano], Kraków 1916, p. 114: «in questo modo (tramite la costituzione imperiale) appare nel diritto romano l'idea del trasferimento del credito»; In riferimento al credito trasmesso in diritto romano cfr. VOLTERRA, *Istituzioni* (cit. n. 23), p. 591 dove afferma in modo convincente che: «Il primo riconoscimento del trasferimento diretto dei crediti da una persona ad un'altra fu operato da Antonio Pio nel caso di cessione a titolo oneroso di un'eredità, concedendo all'acquirente azioni utili da intentarsi in proprio nome per agire contro i debitori del defunto e nello stesso tempo permettendogli, denunziando ai debitori l'acquisto dell'eredità, di paralizzare le azioni dirette spettanti all'erede e d'impedire a quest'ultimo di riscuotere od estinguere i crediti: il debitore del defunto, a cui era stato denunziato l'acquisto dell'eredità, poteva infatti respingere con l'*exceptio doli* le azioni dell'erede (D. 2.14.16 pr.)». In tal senso si esprimono anche F. SCHWIND, *Römisches Recht*, Wien 1950, p. 280; TALAMANCA, *Istituzioni* (cit. n. 52), p. 653.

<sup>55</sup> D. 3.5.46.1 = *PSent.* 1.4.10. Cfr. anche M. KASER & K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München 1996, 578 con riferimento alla successiva letteratura nella nota 13.