

Iole Fagnoli

La morte dello schiavo «heres institutus» e poi «subreptus»

1. Nell'ambito del suo commentario all'Editto del pretore Ulpiano discute di una curiosa ed interessante fattispecie in un passo che la critica interpolazionistica non ha mancato di prendere di mira tra i suoi bersagli e che la letteratura più recente ha considerato solo sporadicamente:

D. 47.2.52.28 (Ulp. 37 *ad ed.*): Si servus subreptus heres institutus fuerit, furti iudicio actor consequetur etiam pretium hereditatis, si modo servus, antequam iussu domini adeat, mortuus fuerit. condicendo quoque mortuum idem consequetur.

Il caso descritto è la vicenda di uno schiavo che, dopo essere stato istituito erede, prima fu sottratto al suo padrone e successivamente morì. Ulpiano in proposito riteneva che il derubato potesse agire con l'*actio furti*¹, ottenendo con la *condemnatio* del reo non soltanto il valore dello schiavo, ma anche il valore dell'eredità.

I dubbi sollevati in dottrina sulla classicità del testo investono soprattutto l'ultima frase del passo – '*condicendo quoque mortuum idem consequetur*' – ritenuta dai più insiticia. Già alla fine del diciannovesimo secolo Pampaloni nega la genuinità di tale frase², affermando che i giustinianeî avrebbero inteso estendere all'*actio furti* ciò che i classici avevano stabilito solo per la *condictio furtiva*. Secondo l'autore – se ben intendo il significato della sua concisa ricostruzione – tutto il testo avrebbe fatto in origine riferimento solo alla *condictio*, ma i compilatori, intendendolo come un caso di applicazione dell'*actio furti*, avrebbero sentito l'esigenza di aggiungere la frase finale, convinti del fatto che la soluzione della fattispecie dovesse valere e per l'azione penale e per quella reipersecutoria.

¹) Ai fini circoscritti di questo lavoro non sembra necessario dare conto della sterminata letteratura esistente in tema di *furtum*, ma può essere sufficiente indicare solo alcuni dei più recenti lavori in argomento specificamente dedicati all'*actio furti* e alla *condictio ex causa furtiva*, rinviando per un quadro bibliografico generale a M.D. FLORIA HIDALGO, *La Casuística del Furtum en la Jurisprudencia romana*, Madrid, 1991, p. 243 ss., e a J.M. BLANCH NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano*, Madrid, 1997, p. 89 nt. 200; J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur Actio furti*, in «ZSS.», LXVIII, 1951, p. 217 ss., A.L. OLDE KALTER, *Condictio ex causa furtiva und dominium*, in «TR.», XXXVIII, 1970, p. 107 ss., H.J. WOLFF, *Condictio ob Causam Datorum, Furtum. Aquilische Haftung. Ein exegetischer Versuch*, in «Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow zum 70. Geburtstag», Berlin, 1970, p. 537 ss., M. KASER, *Die actio furti des Verkäufers*, in «ZSS.», XCVI, 1979, 89 ss., ID., *Grenzfragen der Aktivlegitimation zu actio furti*, in «De iustitia et de iure. Festgabe für U. von Lübtow zum 80. Geburtstag», Berlin, 1980, p. 291 ss., M.J. GARCIA GARRIDO, *La «actio furti» del «fur»*, in «Estudios F. Hernández Tejero», II, Madrid, 1992 (ma pubbl. 1994), p. 247 ss., G.L. FALCHI, *Una poco nota controversia tra Sabiniani e Proculiani sulla legittimazione passiva all'actio noxalis furti*, in «Studi C. Sanfilippo», V, Milano, 1984, p. 323 ss., W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1987, K. HACKL, *Gaius 4,37 und die Formeln der actio furti*, in «Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag», Stuttgart, 1993, p. 127 ss. E' appena il caso di precisare che la fattispecie di furto dello schiavo era configurata dalla giurisprudenza classica a condizione che lo schiavo stesso non concorresse al fatto delittuoso del terzo, divenendo con ciò *servus fugitivus*.

²) M. PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furtum (Furto di possesso e furto di uso)*, in «SSE.», XI, 1894, ora in *Scritti giuridici*, I, Pisa-Roma, 1941, p. 680 nt. 34 e p. 748.

Anche Bossowski ritiene che i giustiniani abbiano modificato il testo originale classico³. Nella frase finale i compilatori avrebbero cioè sostituito 'quoque' a 'vero' e 'idem' a 'quanti fuerit', ma soprattutto sarebbero intervenuti sulla frase iniziale, inserendo 'furti iudicio' in luogo di 'vinducando aut ad exhibendum agendo'. Considerando il testo congiuntamente a D. 13.1.3 (Paul. 9 ad Sab.)⁴, tale autore sostiene che in realtà nessuno dei due passi avrebbe parlato di *condictio ex causa furtiva*, bensì di *vindicatio rei furtivae* o di *actio ad exhibendam rem furtivam*, in quanto i compilatori, avendo introdotto nel sistema delle azioni la *condictio generalis* con cui veniva a confondersi la *condictio ex causa furtiva*, avrebbero sistematicamente sostituito la *condictio* alla classica *actio ad exhibendum* ormai desueta per quanto riguarda la *restitutio* della cosa furtiva, nonché in alcuni casi avrebbero inserito la menzione della *condictio* in luogo di quello della *vindicatio*. Già Biondi, recensendo questo lavoro di Bossowski, si dichiara in generale scettico di fronte a queste presunte sostituzioni del testo classico per mano dei giustiniani, osservando che questi ultimi tenevano comunque più conto della sostanza dei rapporti piuttosto che mirare semplicemente a sostituire un'azione con un'altra⁵.

Critico sull'interpretazione di Bossowski è anche Kaser, che in uno dei suoi primi lavori la qualifica seccamente «unrichtig»⁶ e per parte sua sembra solo accennare alla non classicità della frase finale, confessando però una certa indecisione sul punto. Considerando quindi il contenuto del testo ulpiano, Kaser ritiene in un primo momento strano che nel passo il riferimento fosse al valore dell'eredità, oltre che al valore obiettivo dello schiavo, dato che la legittimazione attiva all'*actio furti* non spettava solo al proprietario della cosa sottratta, ma anche ad altri soggetti eventualmente interessati, 'cuius interest rem salvam esse'⁷. Peraltro – così continua l'autore – i classici avrebbero immaginato come attore principalmente il proprietario della cosa rubata, per cui la cosa veniva valutata sulla base di quanto valeva per il proprietario⁸. Perciò si può ben comprendere come secondo Ulpiano l'attore dell'*actio furti* potesse ottenere non solo il valore dello schiavo, ma anche quello dell'eredità dello stesso. Per quanto poi riguarda l'uso dell'espressione 'si modo', Kaser osserva che, prima della morte dello schiavo, il *dominus* aveva ancora la possibilità di procacciarsi la sperata eredità tramite il *iussus*. Solo nel momento in cui diventava evidente che il *dominus* avesse perso tale possibilità, allora essa – nella misura del suo attivo – veniva ricompresa nella *litis aestimatio* e solo in questo caso costituiva un aumento effettivo del valore obiettivo dello schiavo⁹.

Below a sua volta non condivide l'opinione di Kaser sotto il profilo della critica testuale¹⁰. L'autore esamina il passo a proposito del «Maximalwert» dello schiavo nel momento in cui moriva il testatore, considerando la fattispecie descritta da Ulpiano un caso di liquidazione del lucro cessante, ossia una di quelle situazioni obiettive e tipicizzate in cui il diritto romano classico avrebbe ammesso la risarcibilità del mancato guadagno. Ecco dunque perché, nel determinare il valore dello schiavo, si deve aggiungere anche quanto lo stesso avrebbe eventualmente ereditato. Per il resto Below segue Pampaloni e ritiene la frase finale insitica, pur ponendo in evidenza la scarsità delle motivazioni addotte dal sostenitore della tesi cui aderisce e aggiungendo solo che indizio di interpolazione potrebbe essere forse la ripetizione del verbo 'consequetur'¹¹.

Afferma di condividere l'opinione di Pampaloni sull'interpolazione della frase 'condicendo consequetur' anche Gerke, pur considerando il resto del frammento classico¹².

³) F. BOSSOWSKI, *De conditione ex causa furtiva*, in «AUPA.», XIII, 1927, p. 420 s.

⁴) Sul passo cfr. *infra*, § 2.

⁵) B. BIONDI, *rec.* a F. BOSSOWSKI, *De conditione ex causa furtiva*, cit., in «BIDR.», XXXVIII, 1930, p. 257 s.

⁶) M. KASER, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München, 1935, p. 136 nt. 13.

⁷) KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 136.

⁸) KASER, *ibidem*.

⁹) KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 136 nt. 13.

¹⁰) K.H. BELOW, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, p. 47 s. e 64 ss.

¹¹) BELOW, *Die Haftung*, cit., p. 68. Si veda anche quanto sostenuto dall'autore a proposito di D. 13.1.3 (Paul. 9 ad Sab.), su cui *infra*, § 2.

¹²) TH. J. GERKE, *Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche aus der «Lex Aquilia» (Mit einem vergleichen-*

Il passo è stato saltuariamente considerato anche dalla letteratura più recente, senza però alcun riferimento ai problemi della critica testuale, per cui i dubbi che in passato erano stati sollevati sulla genuinità della testimonianza ulpiana non sono più stati considerati, né discussi.

Per cominciare, Pika in un suo lavoro sulla *condictio ex causa furtiva* cita rapidamente il testo una prima volta a proposito della legittimazione attiva del derubato alla *condictio*¹³. In altro punto della sua ricerca lo menziona a proposito della legittimazione dell'erede del derubato alla *condictio*¹⁴. In un terzo punto l'autore considera il passo ulpiano in relazione all'obbligo che grava sul *fur* di risarcire il danno¹⁵. In tutti tali casi è assente il benché minimo cenno a problemi di critica testuale.

Tafaro menziona in nota la testimonianza ulpiana¹⁶ e, in particolare, la frase '*actor consequetur etiam pretium hereditatis*', quale testimonianza del fatto che Ulpiano teneva conto anche di quell'eredità che, per l'avvenuta sottrazione dello schiavo, non si sarebbe potuta conseguire. Senza tornare sul passo né prendendo in considerazione il profilo della critica testuale, l'autore fa poi riferimento al problema più generale del *servus heres institutus*, arrivando a ipotizzare che, nei confronti della questione, sarebbero esistite due diverse correnti di pensiero nella giurisprudenza romana. Secondo alcuni – e Ulpiano avrebbe abbracciato questo orientamento – l'eredità devoluta allo schiavo lo rendeva *pretiosior* e quindi andava calcolata nel prezzo dello schiavo, mentre Pedio, e forse con lui anche altri giuristi, avrebbe ritenuto assurdo ritenere già acquisita un'eredità che, per altre ragioni, avrebbe potuto anche non essere conseguita, come emergerebbe da D. 35.2.63.pr. (Paul. 2 ad l. Iul. et Pap.)¹⁷: '*... sed nec heredem post mortem testatoris institutum servum tanto plurius esse, quo plurius venire potest, Pedius scribit: est enim absurdum ipsum me heredem institutum non esse locupletiore, antequam adeam, si autem servus heres institutus sit, statim me locupletiore effectum, cum multis causis accidere possit, ne iussu nostro adeat: acquirit nobis certe cum adierit, esse autem praeposterum ante nos locupletes dici, quam adquisierimus*'.

In realtà questa presunta contrapposizione non mi sembra ravvisabile. In effetti è vero che Paolo, citando Pedio, affermava che era assurdo che uno schiavo aumentasse di valore per essere stato istituito erede prima dell'adizione ereditaria, mentre un qualsiasi soggetto che fosse istituito erede non si arricchiva prima di tale adizione. Tuttavia Paolo stava parlando del valore effettivo di uno schiavo erede ai fini della vendita dello stesso. Invece Ulpiano, in D. 47.2.52.28, si riferiva al valore di uno schiavo erede morto, che quindi non poteva più ereditare. La differenza è che uno schiavo ancora in vita aumentava di valore solo al momento dell'accettazione e ovviamente non al momento della sua vendita, che non influisce in alcun modo sull'accettazione. La questione – a mio parere – si pone in termini diversi se lo schiavo moriva prima dell'accettazione, perché in quel caso non poteva più ereditare, per cui rimaneva il problema di attribuire o meno l'equivalente del valore dell'eredità a chi fosse l'effettivo proprietario dello schiavo.

den Ausblick auf die geschichtliche Entwicklung der Ansprüche aus Furtum), in «SDHL», XXIII, 1957, p. 69.

¹³ W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere*, cit., p. 20 nt. 6.

¹⁴ PIKA, *Ex causa furtiva condicere*, cit., p. 65. Sul *dominus* attore sia del giudizio reipersecutorio sia di quello penale nella fattispecie descritta da Ulpiano, e quindi contro l'interpretazione di Pika, si veda *infra* § 3.

¹⁵ PIKA, *Ex causa furtiva condicere*, cit., p. 104.

¹⁶ S. TAFARO, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli, 1980, p. 148 nt. 72.

¹⁷ TAFARO, *La interpretatio*, cit., p. 169. Si riporta qui il testo di D. 35.2.63.pr. per intero: '*Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. nec enim qui filium naturalem possidet tanto locupletior est, quod eum, si alius possideret, plurimo redempturus fuisset. sed nec ille, qui filium alienum possidet, tantum habet, quanti eum patri vendere potest, nec expectandum est, dum vendat, sed in praesentia, non qua filius alicuius, sed qua homo aestimatur. eadem causa est eius servi, qui noxam nocuit: nec enim delinquendo quisque pretiosior fit. sed nec heredem post mortem testatoris institutum servum tanto plurius esse, quo plurius venire potest, Pedius scribit: est enim absurdum ipsum me heredem institutum non esse locupletiore, antequam adeam, si autem servus heres institutus sit, statim me locupletiore effectum, cum multis causis accidere possit, ne iussu nostro adeat: acquirit nobis certe cum adierit, esse autem praeposterum ante nos locupletes dici, quam adquisierimus*'. Sul passo si veda G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, p. 30 ss., e anche, da ultimi, G. FALCONE, *D.1.3.13. Pedio, Ulpiano e la 'lex contractus'*, in «Labeo», XLIII, 1997, p. 250 nt. 35, e M. MIGLIETTA, «*Servus dolo occisus*». Contributo allo studio del concorso tra '*actio legis Aquiliae* e '*iudicium ex lege Cornelia de sicariis*', Napoli, 2001, p. 271 ss.

Valditara infine cita due volte il passo ulpiano¹⁸ a proposito del problema della liquidazione all'attore del valore dell'eredità del servo in tema di *actio furti* e di *condictio ex causa furtiva*, ma l'autore non è interessato a particolari approfondimenti dei profili di critica testuale sollevati dal frammento¹⁹.

2. Prima di prendere posizione su quelle tra le predette opinioni che hanno cercato di dimostrare la non classicità del passo, è opportuno esaminarne un altro di Paolo, escerpito dai suoi libri stavolta *ad Sabinum*, a fianco del quale riporto in parallelo la testimonianza ulpiana:

D. 13.1.3 (Paul. 9 *ad Sab.*): Si condicatur servus ex causa furtiva, id venire in conditionem certum est quod intersit agentis, veluti si heres sit institutus et periculum subeat dominus hereditatis perdendae: quod et Iulianus scribit. item si mortuum hominem condicat, consecuturum ait pretium hereditatis.

D. 47.2.52.28 (Ulp. 37 *ad ed.*): Si servus subreptus heres institutus fuerit, furti iudicio actor consequetur etiam pretium hereditatis, si modo servus, antequam iussu domini adeat, mortuus fuerit. condicendo quoque mortuum idem consequetur.

La presenza in D. 13.1.3 della locuzione '*quod intersit agentis*' ha attirato l'attenzione di quella letteratura che si è occupata della complessa problematica della valutazione del danno sofferto dal soggetto passivo di un illecito, contrattuale o extracontrattuale, e di conseguenza del significato con cui nelle fonti è utilizzata l'espressione '*id quod interest*'. Ma qui, per non allontanarsi dal ben più circoscritto obiettivo di questo lavoro, volto all'esegesi di D. 47.2.52.28, la testimonianza paolina sarà presa in considerazione solo per meglio capire il significato del passo ulpiano. Lenel²⁰ ha ritenuto possibile che il testo di D. 13.1.3 non fosse interamente classico proprio a causa dell'uso dell'espressione '*id quod interest*' in un caso di applicazione della *condictio*, in cui, data l'*intentio certa* della formula, il giudice era invitato a condannare il convenuto al '*quanti ea res est*' e non già a quantificare la condanna facendo riferimento all'interesse dell'attore. Tuttavia già Lenel stesso riconosce che, nella *condictio ex causa furtiva*, «das '*quanti ea res est*' unterlag aber einer freien Auslegung»²¹ e che quindi la clausola condemnatoria fosse talvolta da intendere in termini più ampi rispetto al valore della cosa oggetto dell'*aestimatio*. Anche Kaser concilia la *condemnatio* della *condictio* al '*quanti ea res est*' con la presenza nel passo dell'espressione '*quod intersit agentis*', escludendo però ogni ipotesi di intervento compilatorio e ritenendo che, nonostante il modo di esprimersi di Paolo, la *condemnatio* avesse qui per oggetto solo il valore obiettivo della cosa²². In termini analoghi Medicus, dopo avere analizzato il contenuto del passo, arriva alla conclusione che Paolo utilizzasse qui il termine interesse in senso atecnico con «eine gewisse Großzügigkeit bei der Sachwertberechnung»²³, ben diverso dal senso tecnico con cui lo si ritrova in materia di giudizi di buona fede; l'ammontare della *condemnatio* sarebbe stata pari solo all'*aestimatio* del servo sommato al valore dell'eredità, senza considerare le eventuali circostanze ulteriori che avrebbero potuto rientrare nell'interesse del derubato, quale per esempio la

¹⁸ VALDITARA, *Superamento*, cit., p. 16 nt. 48 e p. 40 nt. 111.

¹⁹ Menzionano rapidamente il testo anche E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1, Berlin, 1922, p. 134 nt. 2, F. HAYMANN, *Haftung für unmittelbaren und mittelbaren Schaden beim Kauf*, in «Studi P. Bonfante», II, Milano, 1930, p. 458, F. PRINGSHEIM, *Zur Schadenersatzpflicht des Verkäufers und des Käufers*, in «Studi S. Riccobono», IV, Palermo, 1936 [rist. Darmstadt 1974], ora in «Gesammelte Abhandlungen», II, Heidelberg, 1961, p. 132, P. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, p. 31, H.F. JOLOWICZ, *Digest XLVII.2. De furtis*, Cambridge, 1940, p. LXI nt. 5 e p. 80 s., F. DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale. Introduction and Select Texts*, Oxford, 1945, p. 41 nt. 11, e anche A. BURDESE, *rec. a PIKA, Ex causa furtiva condicere*, cit., in «SDHI.», LV, 1989, p. 475, pur citando il passo come D. 47.2.57.28 anziché come D. 47.2.52.28.

²⁰ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1987, p. 240 nt. 7 (§ 95).

²¹ LENEL, *ibidem*.

²² KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 120 ss., e *Das römische Privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*², München, 1971, p. 499 nt. 7 (§ 117) e p. 618 nt. 51 (§ 143).

²³ D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht als Schadensersatzes*, Köln-Graz, 1962, p. 263, e *rec. a H. HONSELL, Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht* (München, 1969), in «ZSS.», LXXXVIII, 1971, p. 453.

perdita per il derubato stesso della forza-lavoro del suo servo. Diversamente Below²⁴ sospetta per D. 13.1.3, come già per D. 47.2.52.28, della genuinità della frase finale, ritenendo non esatta la formulazione della frase *'periculum subeat dominus hereditatis perdendae'*, non elegante il continuo cambiamento di soggetto dell'*incipit* del frammento – *'servus, id, veluti si heres'* –, ed infine non corretta la mancanza di soggetto dell'infinitiva *'... consecuturum ...'* che chiude il passo. Sarebbero stati quindi i compilatori ad alterare il testo per esplicitare che il *fur* era sempre in mora, se il servo fosse perito per caso fortuito, e che quindi rimaneva responsabile entro i limiti di quanto si poteva ritenere rientrante nell'interesse del derubato, e ulteriore prova dell'interpolazione di D. 13.1.3 sarebbe il carattere insitico della frase finale del § 28. Cionondimeno mi sembra non solo che questi dubbi sulla formulazione del testo non siano probanti, ma anche che, a proposito del confronto con il § 28, l'autore, al fine di dimostrare una tesi, si basi su di un elemento che sembra un postulato e non già un dato dimostrato²⁵.

Allontanati quindi i dubbi sulla genuinità di D. 13.1.3, si proceda ora al confronto tra questo passo e D. 47.2.52.28. A ben vedere, tra i due testi la parte più simile sembra essere quella finale, ovvero *'condicendo quoque mortuum idem consequetur'* per il § 28 e *'item si mortuum hominem condicat, consecuturum aut pretium hereditatis'* per il § 3, in quanto in entrambe le frasi si specifica che, nella *condemnatio*, doveva computarsi anche il valore dell'eredità. In un caso c'è l'*'idem'* a rinviare alla soluzione del caso precedente dell'*actio furti*, mentre nell'altro si precisa che l'attore, agendo con la *condictio* per ottenere la restituzione del valore dello schiavo morto, avrebbe ottenuto anche il *'pretium hereditatis'*. Per quanto riguarda invece le differenze tra le due testimonianze, è da notare in primo luogo che Ulpiano considerava sia l'*actio furti* che la *condictio ex causa furtiva*, mentre Paolo si riferiva solo a quest'ultima. Inoltre nel passo ulpiano manca il corrispondente della parte iniziale del passo paolino, in cui si prospetta il caso generico del servo rapito, a prescindere dal fatto che fosse erede e a prescindere dalla sua morte. Oggetto dell'azione reipersecutoria era, secondo Paolo, l'*'id quod interest agentis'* e il giurista concretizzava la sua affermazione di carattere generale, portando l'esempio di un servo istituito erede e del rischio per il suo *dominus* di perdere l'eredità. In altri termini Paolo prospettava il caso particolare della morte del servo, un'ipotesi di rischio *hereditatis perdendae*, stabilendo che in tale evenienza fosse dovuto al padrone anche il valore dell'*hereditas amissa*.

Ora si potrebbe ipotizzare che i due passi dicano, almeno per quanto riguarda la *condictio* del servo erede morto, la medesima cosa. E la coincidenza risulterebbe avvalorata se si considerasse attentamente la diversa punteggiatura proposta dalla Glossa di Accursio nella testimonianza ulpiana: uno spunto esegetico questo, che non è stato preso in considerazione dalla letteratura moderna:

D. 47.2.52.28 (Ulp. 37 *ad ed.*): Si servus subreptus heres institutus fuerit: furti iudicio actor consequetur etiam pretium hereditatis: si modo servus, antequam iussu domini adeat, mortuus fuerit, condicendo quoque mortuum idem consequetur.

Infatti con i due punti dopo il termine *'hereditatis'* al posto della virgola mommseniana e con la virgola dopo il secondo *fuerit* al posto del punto fermo, si distinguerebbe nettamente una prima parte del passo da una seconda, in quanto l'inciso *'si modo servus, antequam iussu domini adeat, mortuus fuerit'* sembrerebbe riferirsi al caso di applicazione della *condictio ex causa furtiva* e non anche a quello dell'*actio furti* o, come seconda ipotesi, solo a quello dell'*actio furti*. Ma allora il passo ulpiano, nella sua seconda parte, non farebbe che riprendere esattamente quanto già riferito nel passo paolino, ossia che la *condictio* consentiva di conseguire anche il valore dell'eredità del servo solo nell'ipotesi in cui il ser-

²⁴) BELOW, *Die Haftung*, cit., p. 64 s.

²⁵) Critico sull'ipotesi dell'intervento compilatorio su D. 13.1.3 è altresì G. IMPALLOMENI, *rec.* a Below, *Die Haftung*, cit., in «Iura», XVI, 1965, p. 228. Sul passo si vedano anche R. VON MAYR, *Condictio incerti*, in «ZSS.», XXV, 1904, p. 199, H. SIBER, *Retentio propter res donatas*, in «Studi S. Riccobono», III, Palermo, 1936, p. 245, D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen, 1972, p. 139, VALDITARA, *Superamento*, cit., p. 16, 40 e 43, e PIKA, *Ex causa furtiva condicere*, cit., p. 20 nt. 6, p. 21 nt. 6, p. 103 s.

vo fosse morto. Se così fosse, le due fattispecie del passo ulpiano risulterebbero nettamente distinte l'una dall'altra: in caso di furto del servo erede con l'azione penale si sarebbe ottenuto sempre anche il *pretium hereditatis*, mentre con la *condictio* tale *pretium* si sarebbe conseguito solo ed esclusivamente nell'ipotesi di morte del servo e quindi qualora non fosse in alcun modo più possibile recuperare l'oggetto del furto.

In effetti la cesura posta subito dopo '*pretium hereditatis*' porterebbe a credere che il caso di applicazione della *condictio* descritta da Ulpiano avrebbe ricalcato esattamente quello descritto da Paolo. Ma perché l'*actio furti* avrebbe dovuto avere una *condemnatio* con *litis aestimatio* così diversa da quella della *condictio*? E in base a quale principio l'azione penale avrebbe consentito di recuperare il valore dell'eredità anche se lo schiavo fosse rimasto in vita e quindi fosse ancora, almeno in ipotesi, in grado di adire l'eredità per *iussus* del *dominus*?

Si tratta di interrogativi, a mio parere, insolubili. Infatti è ovvio che, finché era vivo, lo schiavo rimaneva erede, né il *dominus* poteva avanzare, nei confronti del terzo, alcuna pretesa sull'eredità, per cui è difficile spiegare come mai il derubato, sperando l'*actio furti*, avrebbe potuto ottenere anche il valore dell'eredità, mentre lo schiavo era ancora in vita. In effetti proprio a questo proposito si potrebbe menzionare l'altro passo di Paolo riportato nel ricordato D. 35.2.63.pr.²⁶, ove il giurista, citando Pedio, sosteneva che era assurdo che uno schiavo venisse valutato di più per l'eredità che doveva ancora conseguire, finché rimaneva incerto se l'avrebbe o meno conseguita. Dunque il presumibile significato che la punteggiatura della «Glossa» di Accursio vuole dare al testo, viste le numerose difficoltà che questo spunto interpretativo irrimediabilmente pone, non pare potersi accogliere.

E contro questa ipotesi sembrerebbe deporre anche la versione accolta nei Basilici del testo di D. 47.2.52.28:

Bas. 60.12.52.28: Ἐὰν δοῦλος γραφεὶς κληρονόμος κλαπῆ καὶ πρὸ ὑπεισελεύσεως τῆς κληρονομίας ἀποθάνῃ, τὸ τίμημα τῆς κληρονομίας εἰς τὴν περὶ κλοπῆς ἀγωγὴν καὶ εἰς τὴν τοῦ κλαπέντος ἀποιτήσιν καταφέρεται²⁷.

L'oggetto della *condemnatio* sia nel caso dell'*actio furti* sia in quello della *condictio furtiva* risulta qui espresso dalle parole τὸ τίμημα τῆς κληρονομίας. Nel testo dei Basilici, che sembra solo riassumere la fattispecie ulpiana, non si fa dunque alcuna distinzione tra oggetto dell'azione penale e oggetto dell'azione reipersecutoria, dato che in entrambi i casi quanto il derubato poteva conseguire era sempre il prezzo dell'eredità, cui si aggiungeva – è qui sottinteso – l'equivalente del valore del servo.

Tornando dunque al testo ulpiano dell'edizione mommseniana del Digesto, si può ritenere che la frase '*si modo servus, antequam iussu domini adeat, mortuus fuerit*', sebbene sintatticamente collegata alla prima parte relativa all'*actio furti*, intenda fare implicito riferimento anche all'ipotesi applicativa della *condictio*. Tale frase starebbe cioè a significare che, in caso di morte del servo erede nel momento in cui si trovava ancora presso il ladro, oggetto della *condictio ex causa furtiva* sarebbe stato il valore dello schiavo, cui andava aggiunto anche quanto lo stesso avrebbe ereditato. Dunque, anche senza ipotizzare una cesura dopo '*pretium hereditatis*', sembra potersi affermare che l'ultima frase di D. 47.2.52.28 riferisca il contenuto della fattispecie giuliana di D. 13.1.3.

3. Si arriva così a potere prendere finalmente posizione sulla classicità o meno di D. 47.2.52.28. A mio parere la frase finale del testo ulpiano – in base a quanto detto poc'anzi – sembra assumere un suo significato proprio, senza necessariamente attribuirlo alla mano dei compilatori. Ne deriva che risultano alquanto immotivati i supposti tagli interpolazionisti, per cui sembrano *a fortiori* infondate sia l'opinione di Pampaloni, condivisa da Gerke, sia la macchinosa interpretazione di Bossowski, che appare complicare ancor più il significato del passo che contribuire a chiarirlo; parimenti sareb-

²⁶) Cfr. *supra*, § 1.

²⁷) Questa la traduzione latina riportata nell'edizione dei Basilici curata da C.G.E. HEIMBACH (VI, p. 504): «Si servus heres institutus subrapiatur et ante aditionem hereditatis moriatur, pretium hereditatis in actionem furti et in conditionem furtivam venit».

be da respingere l'opinione di Below, che vorrebbe desumere dalla mera ripetizione del verbo *'consequetur'* la non classicità del testo.

Ma allora qual è il rapporto tra la testimonianza di Ulpiano e quella di Paolo? In D. 13.1.3 Paolo richiamava l'insegnamento di Giuliano due volte, una prima volta con la frase *'quod et Iulianus scribit'*, dalla quale sembra potersi arguire che la prima parte del passo, ossia la condanna all' *'id quod interest'* in caso di furto del servo, fosse un prodotto del pensiero giuliano. Il giurista severiano rinvia poi una seconda volta all'autorità di Giuliano con l' *'ait'*, lasciando capire che anche la soluzione per il caso della morte del *servus subreptus* fosse opinione del giurista adrianeo. Alla luce quindi della formulazione del passo paolino si desume che la soluzione di ricomprendere nel valore dello schiavo morto pure quello dell'eredità sembra essere stata già di Giuliano.

Se così fosse, al tempo di Ulpiano il principio per cui, in caso di applicazione della *condictio ex causa furtiva*, si dovesse liquidare anche l'equivalente dell'eredità, sarebbe stato ormai da lungi consolidato. Il contributo di Ulpiano di D. 47.2.52.28 sarebbe stato allora quello di estendere l'applicazione di tale *regula iuris* anche all'ipotesi dell'azione penale, ritenendo che pure in quel caso il *pretium hereditatis* fosse da aggiungere al valore dello schiavo.

Rimane però da chiarire la *ratio* di tale successione temporale, ossia perché il principio *'de quo agitur'* fosse stato utilizzato prima per la *condictio* e poi per l'*actio furti*. La già citata ricerca di Valditara sul problema dell'*aestimatio rei* nella valutazione del danno aquiliano considera il problema della liquidazione del valore dell'eredità del servo, intravedendo uno iato tra la discussione giurisprudenziale sviluppatasi in tema di danni aquiliani e quella sviluppatasi in tema di *actio furti* e di *condictio ex causa furtiva*. In tema di stima del danno aquiliano l'inclusione del valore dell'eredità nel *pretium servi* era dovuta alla particolare struttura della clausola condemnatoria ed era frutto dell'*aestimatio* del servo, mentre in tema di servo sottratto Giuliano avrebbe considerato l'*hereditas amissa* come oggetto dell'interesse dell'attore²⁸. Tale autore, pur solo accennando a D. 47.2.52.28 e a D. 13.1.3, congettura quindi che inizialmente a liquidare il *pretium hereditatis* avrebbe provveduto la *condictio ex causa furtiva* a causa della sua specifica funzione risarcitoria e solo successivamente il principio avrebbe trovato applicazione in tema di *actio furti*. Valditara allude anche all'idea che potrebbe ravvisarsi un'analogia tra questa fattispecie di furto del servo erede e quella di furto di documenti contenenti un credito, in quanto anche in tale ultimo caso per recuperare il valore dei documenti sottratti sarebbe stata data tutela in un primo momento con la *condictio ex causa furtiva* e solo in età severiana con l'*actio furti*²⁹. In questo quadro, risulta – a mio parere – essere in linea con la funzione risarcitoria della *condictio* pure il fatto che il principio *'fur semper in mora facere videtur'*, per cui il ladro era automaticamente in mora e rispondeva quindi anche per il perimento della cosa per caso fortuito, è formulato nelle fonti sempre con riferimento all'obbligo del ladro di restituire la cosa rubata e pertanto al *petitum* della *condictio ex causa furtiva*³⁰. Dunque sembra logicamente plausibile credere che, nel caso del furto del servo erede, il *pretium hereditatis* sarebbe stato oggetto della *condemnatio* dell'azione penale solo in un secondo momento.

Nel frammento in questione Ulpiano si esprimeva sintetizzando al massimo la fattispecie. Non si capisce, per esempio, né quale fosse lo spazio di tempo intercorrente tra il furto e la morte, né

²⁸ VALDITARA, *Superamento*, cit., p. 39 ss.

²⁹ VALDITARA, *Superamento*, cit., p. 41. In effetti si tratta di un'ipotesi plausibile, poiché Gaio, in D. 2.13.10.3 (1 *ad ed. prov.*: *'... sic enim de cautione subrepta aut corrupta competit condictio et damni iniuria actio ...'*), citava il caso del documento sottratto come ipotesi di applicazione della *condictio ex causa furtiva*, senza alcun riferimento all'*actio furti*, mentre Paolo, in D. 47.2.32.pr. (9 *ad Sab.*), e Ulpiano, in D. 47.2.27.pr. (41 *ad ed.*), menzionavano soltanto l'azione penale spettante al soggetto derubato per ottenere il *'pretium ipsarum tabularum, verum eius quod interfuit'*. Sul confronto tra questi testi in tema di «Urkundendiebstahl» si vedano KASER, *Quanti ea res*, cit., p. 142 ss. e 174 nt. 26, A. FERNANDEZ BARREIRO, *La previa informacion del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, 1969, p. 219 ss., e G. KLINGENBERG, *Das Beweisproblem beim Urkundendiebstahl. Die These der 'quidem' und die Klassiker*, in «ZSS», XCVI, 1979, p. 229 ss.

³⁰ La regola è enunciata espressamente in D. 13.1.8.1 (Ulp. 27 *ad ed.*): cfr. anche D. 13.1.17 (Pap. 10 *quaest.*), D. 13.1.20 (Tryphon. 15 *disput.*) e D. 43.16.1.35 (Ulp. 69 *ad ed.*).

quale fosse la causa del decesso. Non risulta presentata in alcun elemento neanche la *quaestio*, ma il giurista passava direttamente ad enunciare il proprio *responsum*, astenendosi poi dal dare una minima motivazione alla sua decisione. E' imprecisato inoltre chi fosse l'attore e dell'*actio furti* e della *condictio*. Il giurista parlava genericamente di *actor*, sebbene poi menzionasse il *dominus*, ma solo con riferimento all'autorizzazione che il *dominus* doveva dare allo schiavo perché potesse adire l'eredità.

Ora, contro l'opinione di Pika, che ritiene il passo un caso di trasmissibilità della *condictio ex causa furtiva* all'erede del derubato, ritengo che ad agire dovesse essere non l'erede del derubato, ma il padrone stesso che effettivamente era stato derubato dello schiavo. A mio parere, infatti, è da ritenere che lo schiavo fosse stato designato quale erede non del suo padrone, ma di un terzo, che però nel testo non viene menzionato.

E ciò si desume abbastanza chiaramente dalla fattispecie, in quanto, se lo schiavo fosse stato erede testamentario del suo padrone, non si sarebbe parlato di adizione dell'eredità su *iususus* del padrone stesso. Infatti era lo schiavo altrui che, se istituito erede, acquistava al proprio *dominus* e, sebbene erede fosse stato magari solo lui, necessitava a tal scopo del preventivo *iususus* di quest'ultimo e, in mancanza di ciò, siffatta *aditio* sarebbe risultata non valida³¹. Invece se lo schiavo fosse stato designato erede del suo padrone, l'*institutio* avrebbe dovuto essere *cum libertate*, in quanto in mancanza della contestuale manomissione, sarebbe risultata priva di valore³². E in tale caso ovviamente non avrebbe avuto alcun senso parlare di *iususus* del *dominus*. A mio parere, quindi, la fattispecie prospettata in D. 47.2.52.28 ha come presupposto che l'istituzione di erede del servo provenisse da un terzo e che quindi si trattasse dell'istituzione di un *servus alienus*.

Resta da precisare allora in quale momento questo terzo, che ha designato lo schiavo altrui come suo erede, fosse morto. Se si cerca un termine *a quo*, questo non può essere che il momento del furto: il testatore sarebbe morto dopo che lo schiavo è stato sottratto al suo legittimo padrone. Se fosse morto prima, lo schiavo avrebbe ereditato immediatamente su *iususus* del *dominus* e l'eredità sarebbe entrata a fare parte del patrimonio di quest'ultimo, per cui Ulpiano non avrebbe potuto parlare di liquidazione del valore dell'*hereditas amissa*. Se invece si pensa al termine *ad quem*, è da ritenersi che la morte del *de cuius* fosse anteriore alla morte dello schiavo. Infatti se così non fosse, il testatore avrebbe sempre avuto la possibilità di revocare il testamento a favore del servo.

Nella sua «Palingenesia» Lenel³³ appone una nota al passo in questione, che precede D. 47.2.52.29³⁴, in cui egli precisa che i due testi, e quindi la parte finale del frammento 52, si sarebbero riferiti *ad condemnationem*. Ulpiano, infatti, procedendo nel suo commento della formula edittale dell'*actio furti nec manifesti*, avrebbe qui discusso il tenore dei *verba* della *condemnatio*. Ora, è risaputo che il carattere tipico del genere letterario del commentario ulpiano *ad edictum* sia quello di articolare un discorso interpretativo, dando conto non solo del testo dell'Editto ma anche del significato che questo ha assunto nella prospettiva dell'interpretazione casistica che su di esso si è stratificata³⁵. Ulpiano dunque prendeva le mosse dal problema della *condemnatio* nell'*actio furti*, per poi precisare che la stessa soluzione poteva applicarsi anche alla *condemnatio* della *condictio*. E in effetti il giurista stava commentando proprio l'*actio furti* e non già la *condictio ex causa furtiva*, di cui, secondo la ricostruzione leneliana, avrebbe parlato poco più avanti³⁶.

In sostanza sembra che la successione delle due soluzioni sul piano cronologico risulti invertita sul piano testuale, in quanto, nonostante il caso di applicazione della *condictio* al furto del servo erede

³¹) Gai., *inst.* 2.189. Si veda P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II. Parte speciale. Successione ab intestato, successione testamentaria², Milano, 1963, p. 132 s.

³²) Gai., *inst.* 2.186-187. Cfr. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., p. 131 s.

³³) O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig, 1927, rist. Roma, 2000, II, c. 677 nt. 7 n. 1046.

³⁴) 'Si statuliber subreptus sit vel res sub conditione legata, deinde, antequam adeatur, extiterit condictio, furti iam agi non potest, quia desit interesse heredis: pendente autem conditione tanti aestimandus est, quanti emptorem potest invenire'; anche questo passo ha per protagonista un *servus subreptus*, ma si tratta del furto di uno schiavo già manomesso sotto condizione sospensiva.

³⁵) Così L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, Torino, 1989, p. 104.

³⁶) LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 678 n. 1057 ss.

fosse secondo la testimonianza di Giuliano precedente, sul piano temporale, a quello dell'*actio furti*, nel § 28 Ulpiano risolveva la fattispecie prima in relazione all'azione penale e poi estendeva il discorso all'azione reipersecutoria. Si può allora congetturare che, al tempo di Ulpiano, si fosse dimenticata o semplicemente offuscata la maggiore risalenza della soluzione del caso della *condictio* del servo erede rapito rispetto a quello dell'*actio furti*. Se ciò è plausibile, dunque, il giurista severiano, risolvendo la fattispecie di morte dello schiavo istituito erede e poi sottratto, non avrebbe affatto introdotto una nuova soluzione per l'*actio furti*, ma avrebbe dato semplicemente conto di un principio già esistente ed applicato nella prassi, «fissando» una volta per tutte siffatta regola interpretativa.