

**ANNA MARIA GIOMARO**

**DEPERIBILITÀ DEI MEZZI DI PROVA  
E DIRITTO CONDIZIONATO**



SOMMARIO: 1. Furto e danneggiamento compiuti su documenti che provano un rapporto di credito: le due possibili situazioni processuali conseguenti all'illecito e le loro conseguenze. — 2. L'illecito sui documenti che provano un rapporto di credito condizionato; D. 9, 2, 40: descrizione della fattispecie e natura dell'azione prevista. — 3. Furto di documenti: D. 47, 2, 27, 1-2 e il furto dei documenti di prova di un rapporto condizionato. — 4. Confronto fra l'ipotesi del furto di documenti e l'ipotesi del danneggiamento degli stessi. — 5. D. 9, 2, 40: la « condanna condizionata ». — 6. Il legato condizionato e l'azione *ex interdicto de tabulis exhibendis* in pendenza della condizione.

1. Di fronte a casi particolari in tema di *lex Aquilia* le fonti documentano che spesso l'applicazione rigorosa della legge non avrebbe potuto aver luogo, non essendosi realizzati tutti i requisiti richiesti dalla legge stessa nella descrizione delle fattispecie tipiche. Si pensi a:

D. 47, 2, 32 pr.-1 (PAUL. 1. 9 *ad Sabinum*) Quidam tabularum dumtaxat aestimationem faciendam in furti actione existimant, quia si iudici apud quem furti agatur, possit probari, quantum debitum fuerit, possit etiam apud eum iudicem eadem probare apud quem pecuniam petat: si vero in furti iudicio probare non potest, ne illud quidem posse ostendi, quanti eius intersit, sed potest post furtum factum tabulas nactus esse actor, ut ex eo probet quanti sua interfuerit, si tabulas nactus non esset. 1. De lege Aquilia maior quaestio est, quemadmodum possit probari, quanti eius intersit: nam si possit alias probare non patitur damnum...

Ci si trova in materia di illecito compiuto su dei documenti (*tabulae* testamentarie, chirografi, ecc.): al riguardo la giurisprudenza romana era incerta se nei vari casi fosse applicabile genericamente un'*actio damni iniuriae*, o piuttosto un'*actio furti*, fino a concludere, con Ulpiano, che l'*actio furti* dovesse con-

cedersi in ipotesi di furto dei documenti, e l'*actio damni* nel caso di distruzione o deterioramento, fatte salve ulteriori indagini sulla direzione dell'intenzione delittuosa <sup>(1)</sup>. Tuttavia il passo non si occupa di questi problemi, e focalizza la sua attenzione sul valore dell'*aestimatio* nell'*actio furti*.

L'ipotesi presupposta dal testo sarebbe la seguente: rubate le *tabulae* viene data contro il ladro l'*actio furti*. In questa azione l'attore dovrà fornire la prova:

1) dell'esistenza delle *tabulae* (l'attore deve dimostrare che è stato stipulato un contratto il cui tenore era stato trascritto nelle *tabulae* in questione);

---

(1) In prevalenza i testi che prendono in esame i problemi processuali derivanti da ipotesi di distruzione o deterioramento di *tabulae* (tenendo presente che si tratta in prevalenza di tavole testamentarie e di chirografi) prevedono al riguardo un'azione di danneggiamento: così, per esempio, D. 9, 2, 40, D. 9, 2, 41, D. 9, 2, 42, ecc.

Ma nelle stesse fonti si fa cenno anche ad un'altra soluzione, secondo la quale la distruzione ed il deterioramento di documenti sarebbero punibili alla stessa stregua del furto. La dottrina ha parlato in proposito di un cambiamento di posizioni nella giurisprudenza: la nozione del furto, col tempo, sarebbe andata restringendosi a causa di una più rigorosa precisazione dei suoi elementi costitutivi; ne sarebbe risultata esclusa la fattispecie del danno *rebus integris*, che dopo l'espansione del concetto di *contrectatio* aveva subito trovato la sua disciplina nella disciplina del furto; di conseguenza i giuristi romani si trovarono costretti ad allargare la nozione di danno, escludendo dal novero dei suoi elementi essenziali quello della *mutatio rei*. (Cfr. in tal senso B. ALBANESE, *Studi sulla 'lex Aquilia'*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 21 (1950), p. 93 e nt. 2; IDEM, *La nozione di 'furtum' fino a Nerazio*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 23 (1953), p. 73 ss.; IDEM, *La nozione del 'furtum' da Nerazio a Marciano*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 25 (1956), in particolare p. 287 e nt. 453; nello stesso senso M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 26 (1957), p. 407 nt. 376; diversamente il WIEACKER, *Furtum tabularum*, in *Synteletia Arangio-Ruiz*, Napoli 1964, I, p. 570, ritiene che la distruzione di un documento (cui può essere equiparato l'*interlevare*, e quindi il deterioramento) possa essere sempre configurato anche come furto, e che, pertanto, in tali ipotesi i classici concedessero sia l'*actio furti* che l'*actio legis Aquiliae*, cumulando l'indennizzo. Un accenno al problema si legge anche in J. A. C. THOMAS, *'Contrectatio', complicity and 'furtum'*, in *IURA* 13 (1962), p. 88 nt. 54: secondo l'autore molti casi di furto, fra cui anche talune ipotesi di furto di documenti, col tempo per il tramite del dolo sarebbero stati assimilati al danneggiamento.

Questo cambiamento giurisprudenziale — io parlerei, piuttosto che di cambiamento, di due diverse opinioni parallele, e non saprei definire quale prevalesse —

2) del furto delle *tabulae* (l'attore deve dimostrare che i documenti sono stati rubati, e che sono stati rubati dal convenuto);

è ampiamente documentato nel Digesto: accanto ai molti passi che si riferiscono all'*actio legis Aquiliae*, altri, e non di scarso rilievo, parlano di *actio furti* (così D. 9, 2, 41 in fine, D. 47, 2, 27, pr., D. 47, 2, 31, 1, ecc.).

Ulpiano cerca di dettare una sistemazione dottrinale della fattispecie per distinguere quando si debba fare ricorso all'*actio furti* e quando all'*actio damni*:

D. 47, 2, 27, 3 (ULP. 1. 41 *ad. Sab.*) *Sed si quis non amovit huiusmodi instrumenta, sed interlevit, non tantum furti actio locum habet, verum etiam legis Aquiliae: nam rupisse videtur qui corrupit.*

Ma dallo stesso libro 41 *ad Sabinum* di Ulpiano è ripresa e riportata nel Digesto un'altra distinzione:

D. 47, 2, 31 pr.-1 (ULP. 1. 41 *ad Sab.*) *Sed et si imaginem quis vel librum deleverit, et hic tenetur damno iniuriae, quasi corrupit. 1. Si quis tabulas instrumentorum rei publicae municipii alicuius aut subriperit aut interleverit, Labeo ait furti eum teneri: idemque scribit et de ceteris rebus publicis deque societatibus.*

Secondo Labeone l'*actio legis Aquiliae* era riservata ai casi riguardanti la documentazione privata, mentre per i documenti ed atti pubblici, in ogni caso, anche di distruzione o deterioramento (*si quis ... interleverit*), era preferibile l'*actio furti*. Non si hanno difficoltà a comprendere i motivi della prima soluzione proposta da Ulpiano, in quanto corrispondono ai caratteri fondamentali di distinzione dell'*actio furti* e dell'*actio damni*. Invece è più difficile interpretare il motivo delle riserve di Labeone. L'argomento più ovvio è il seguente: l'azione da furto comportava in ogni caso una sanzione più grave, giustificabile non tanto in base alla gravità dell'atto compiuto, quanto, piuttosto, all'importanza dei documenti su cui l'atto era stato compiuto.

Ma se Labeone ed Ulpiano ricorrono a criteri oggettivi per operare una discriminazione fra l'*actio damni* e l'*actio furti*, Pomponio, invece, sembra basarsi su un sistema di valutazione soggettiva, che gli permette di superare anche i limiti della dualità di azioni: si dovrà esaminare l'*animus* dell'agente, per concedere, di volta in volta, un'*actio legis Aquiliae* se il colpevole ha agito con *animus damnum dandi*, l'*actio furti* per il caso di *animus furandi*, l'*actio iniuriarum* di fronte a *animus iniuriandi*:

D. 9, 2, 41 (ULP. 1. 41 *ad. Sab.*) *... sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit vel pluribus praesentibus legerit, utilius est in factum et iniuriarum agi, si iniuriae faciendae causa secreta iudiciorum publicavit. interdum evenire Pomponius eleganter ait, ut quis tabulas delendo furti non teneatur, sed tantum damni iniuriae, ut puta si non animo furti faciendi, sed tantum damni dandi deleverit: nam furti non tenebitur: cum facto enim etiam animum furis furtum exigit.*

Sul problema trattato in questa nota si veda anche J. A. C. THOMAS, *Furtum of Documents*, in *RIDA* 15 (1968), p. 440 ss.

3) del tenore del contratto, cioè del valore del credito di cui i documenti facevano fede;

4) dell'interesse dell'attore stesso (il quale, in pratica, si concreterebbe nell'ammontare del credito quando il debito non è ancora scaduto, mentre dopo la scadenza aumenterebbe progressivamente con l'aggiunta delle *usurae* di mora).

Pertanto si presentano due possibilità:

a) se è possibile dimostrare al giudice dell'azione penale che esistevano delle *tabulae* a prova di un credito del valore di X, dalla stessa prova si potrà valutare l'*id quod interest* per la determinazione della condanna. È chiaro che la stessa dimostrazione può essere data al giudice dell'azione contrattuale, e che, quindi, accanto all'azione penale può essere esperita anche l'azione civile;

b) invece, se non è possibile fornire al giudice dell'azione penale la prova dell'ammontare del credito, non è neanche possibile dimostrare allo stesso giudice a quanto ammonti l'interesse (se pure si riesca a dimostrarne l'esistenza), a meno che, in seguito, non si torni in possesso delle *tabulae* rubate: perciò è necessario fare ricorso ad una *aestimatio* giurata dell'attore per determinare la condanna. Si noti poi che in questo caso non sarà possibile esperire anche l'azione contrattuale, e ciò per mancanza di prove.

In verità il passo dice molto di più, perchè il fine che il giurista si ripropone non è soltanto quello di definire le due diverse situazioni, ma piuttosto, come già si diceva, quello di discutere il problema del valore della condanna in seguito all'*actio furti*.

Benchè la *communis opinio* in materia fosse rivolta alla considerazione dell'*id quod interest* <sup>(2)</sup>, tuttavia Paolo riporta

---

(2) Cfr. D. 47, 2, 27: in questo passo, trattando di un caso di furto di documenti, Ulpiano dice: *et generaliter dicendum est in id quod interest duplari*. Così, del resto, anche D. 9, 2, 41 parla di *aestimatio eius quod interest*. Sul punto si veda J. A. C. THOMAS, *Furtum of Documents II*, in *IURA* 20 (1969), p. 309 ss.

l'opinione di una corrente dottrinarica — i *quidam*, non meglio identificati <sup>(3)</sup> — la quale proponeva per ogni caso una valutazione della semplice *aestimatio tabularum*, e ciò sulla base dei seguenti argomenti:

a) nella prima delle due situazioni che si sono esaminate precedentemente non sarebbe nemmeno possibile parlare di un *id quod interest* come valore distinto dall'*aestimatio tabularum*, in quanto, poichè in concorso con l'azione penale per il furto il creditore può esperire anche l'azione contrattuale per l'ammontare del debito, l'interesse violato dal furto verrebbe a coincidere appunto con il solo valore materiale delle tavole in sè <sup>(4)</sup>;

b) nella seconda situazione, invece, il parlare di un *id quod interest* comincia ad avere un significato autonomo, in quanto non appare possibile agire anche con l'azione contrattuale e perciò l'interesse leso dal furto viene a ricomprendere anche il valore del credito e non il solo e semplice *pretium rei*: ecco, però, che in questo caso l'impossibilità di parlare di una condanna nell'*id quod interest* discende dalla stessa impossibilità di dare prova dell'ammontare dell'interesse stesso (se non addirittura della sua esistenza).

Paolo critica l'opinione dei *quidam*. Il loro punto di vista potrebbe essere esatto — sembra dire il giureconsulto — se sotto di esso potessero essere ricomprese tutte le eventualità; vi sfuggirebbe invece il caso in cui *post furtum factum tabulas*

---

(3) Non mi aiutano in questo caso le note del SOLAZZI, « *Quidam* » (*Gli inominati delle Istituzioni di Gaio*), in *Scritti di diritto romano V* (1947-1956), Napoli 1972, p. 413 s. (che riproduce un'articolo pubblicato negli *Atti dell'Accademia di Napoli* 64, 1952-53). Il *quidam* non è qui indice di interpolazione, ma sta veramente ad indicare una contrapposizione dottrinarica fra l'opinione prevalente e una corrente minore (o comunque considerata tale dall'autore) della giurisprudenza sul tema della condanna *ex actione furti*.

(4) Cfr. J. A. C. THOMAS, *Furtum II*, cit., p. 302 s.: l'autore distingue un tipo di interesse, l'interesse positivo, che corrisponderebbe alla violazione del diritto reale che l'offeso aveva sulla cosa (di proprietà, di usufrutto, ecc.), e un interesse negativo, corrispondente al rischio di non veder soddisfatto il proprio diritto di credito per mancanza di valide prove.

*nanctus esset actor*, per il motivo che in questa ipotesi, che rientrerebbe nella seconda delle situazioni sopra delineate, il recupero delle tavole renderebbe possibile un'esatta valutazione dell'*id quod interest*, comprensivo del *pretium rei* e dell'ammontare del debito. Il giurista non mostra di avvedersi che l'ipotesi da lui prospettata potrebbe essere addotta in realtà a riprova della teoria dei *quidam*: infatti il recupero delle *tabulae* produrrebbe come prima conseguenza la rinnovata possibilità di esperire l'azione contrattuale per il debito, il che farebbe venir meno la coincidenza dell'interesse leso dal furto con il *quod interest*, e si ricadrebbe nella situazione indicata *sub a*.

Comunque, per il momento, interessa solamente la proposizione delle due situazioni nelle loro linee generali, che testimoniano la posizione della giurisprudenza nel caso di furto di documenti.

Invece, per quel che riguarda l'*actio legis Aquiliae* le cose erano per un lato più semplici, e per l'altro più complesse. Il discorso che fa Paolo sulla *lex Aquilia* deve essere ricostruito quasi completamente dal confronto con le due ipotesi precedenti del caso del furto. Infatti anche qui si dovrebbero presentare due possibilità: o è possibile nel giudizio penale dare dimostrazione: 1) dell'esistenza delle *tabulae* a prova di un contratto; 2) della loro distruzione o deterioramento; 3) del valore del credito, e quindi 4) dell'interesse; oppure non è possibile fornire la prova delle prime tre circostanze, e quindi nemmeno dell'interesse. Il giurista accenna solamente alla prima eventualità, quella in cui sia possibile dimostrare anche in altro modo che esisteva un credito del valore di X: in tal caso l'*actio legis Aquiliae* risulta inammissibile <sup>(5)</sup>, *nam si possit alias probare non patitur damnum*.

(5) Per ciò che riguarda l'infondatezza della domanda e le sue conseguenze nel diritto processuale romano si veda A. METRO, *La « denegatio actionis »*, Milano 1972, p. 24 ss. e più in particolare p. 156 ss. Cfr. anche A. BISCARDI, *Recensione a Metro*, in *SDHI* 40 (1974), p. 483, che, nel riconoscere un embrionale potere di *denegare actionem* anche al pretore dell'epoca delle *legis actiones* (e ciò contro

A tal proposito si legga anche:

D. 2, 13, 10, 3 (GAIUS l. 1 *ad ed. prov.*) Cum autem in id actio competit, quanti agentis intersit editas sibi rationes esse: eveniet ut, sive quis condemnatus sit, sive quod petierit non obtinuerit eo, quod non habuerit rationes ex quibus causam suam tueri possit, id ipsum, quod ita perdiderit, hac actione consequatur. sed an hoc procedat videamus: nam si apud hunc iudicem, qui inter eum et argentarium iudicat, potest probare se illo iudicio, quo victus est, vincere potuisse, poterat et tunc probare: et si non probavit, aut probantem iudex non curavit, de se ipso aut de iudice queri debet. sed non ita est. fieri enim potest, ut nunc, rationes vel ipso edente vel alio modo nactus, aut aliis instrumentis vel testibus, quibus illo tempore aliqua ex causa uti non potuit, possit probare potuisse se vincere. sic enim et de cautione subrepta aut corrupta competit condictio et damni iniuriae actio: quia quod ante non potuimus intercepta cautione probare et ob id amissimus, hoc nunc, aliis instrumentis aut testibus, quibus tum uti non potuimus, probare possumus.

Il caso esemplificato da Gaio riguarda l'*editio rationum argentarii* <sup>(6)</sup>. Se nel corso di un giudizio uno dei litiganti chiede ad un banchiere l'esibizione dei conti che lo riguardano e che sono pertinenti alla lite, ed il banchiere rifiuta di assecondarlo, qualora in seguito a ciò sia condannato, l'editto gli concede una

---

l'opinione espressa dal Metro), parla di un «potere bloccante del magistrato... in virtù della sua stessa funzione di controllore della legalità, e cioè per motivi di giuridica inammissibilità, quali la mancanza dell'azione od il suo esperimento al di fuori delle condizioni previste per il suo esercizio, o la deficienza dei presupposti processuali relativi alle parti, o la iterazione di un'azione già esperita contro il divieto del *'ne bis in idem'*».

(6) Dell'argomento mi sono interessata *ex professo* nell'articolo *Actio in factum adversus argentarios*, in questa stessa rivista, p. 53 ss. *passim*.

azione *in factum* contro il banchiere stesso per il valore del suo interesse determinato al momento in cui perse la causa.

Anche qui possono presentarsi due possibilità:

a) qualora nell'*actio in factum* l'attore abbia la possibilità di dimostrare: 1°) che esistevano delle *rationes*, 2°) che il valore dei conti trascritti era X, 3°) che avendo perso la causa nella quale richiese l'*editio* il suo interesse è pari a Y; ma tutto ciò avrebbe potuto dimostrare anche nel giudizio che si è concluso negativamente, *si non probavit aut probantem iudex non curavit, de se ipso aut de iudice queri debet*; quindi, in questa ipotesi l'*actio in factum* non doveva essere concessa (7);

b) può essere, invece, che nel primo giudizio il creditore non avesse avuto alcuna possibilità di dimostrare il suo diritto, se non attraverso l'*editio rationum* che l'argentario non ha effettuato, mentre ora, *rationes vel ipso edente vel alio modo nactus, aut aliis instrumentis vel testibus, quibus illo tempore aliqua ex causa uti non potuit*, può provare che se l'argentario avesse esibito egli avrebbe vinto (deve dimostrare che esistevano delle *rationes*, che inutilmente era stata richiesta la esibizione dei documenti relativi, e che con essi l'attore avrebbe provato inconfutabilmente il suo diritto): e in tal caso — sembra logico dedurre — Gaio non vedeva difficoltà alla concessione dell'*actio in factum*.

Gaio conclude accennando ad una situazione analoga nel caso di furto ovvero distruzione e deterioramento di documenti. Ci aspetteremmo che il giurista ripettesse qui, sia per il caso del furto che per il danneggiamento, le due ipotesi, come già si sono viste in Paolo (8). Invece l'esemplificazione (ed anche mol-

(7) Questa soluzione, che non si giustifica certamente in base all'equità, nasceva da esigenze di protezione dell'attività speculativa dei banchieri, esigenze che informano tutta la disciplina processualistica in materia: non è giusto che il privato sia danneggiato dalla mancata *editio rationum* dell'argentario, ma non è opportuno, d'altro canto, che a questi interessi del privato siano sacrificate senza limiti le esigenze di segretezza del banchiere (cfr. le considerazioni conclusive dell'articolo citato alla nt. precedente).

(8) Cfr. *supra*, p. 6.

to affrettata) viene data solo per la seconda ipotesi, e limitatamente al caso del furto: il giurista si limita ad annotare che, qualora in un secondo tempo si possa provare in altro modo quello che nel primo giudizio non era stato possibile dimostrare a causa del furto dei documenti, il derubato può ancora agire contro il ladro con l'*actio furti* per l'ammontare dell'interesse. Va da sè, anche qui, che le altre ipotesi di cui Gaio non fa parola rimangono presupposte. Tuttavia il discorso è già sufficiente a dimostrare l'importanza del problema suscitato dalla distinzione di Paolo.

2. Queste considerazioni servono come premessa alla lettura di:

D. 9, 2, 40 (PAUL. 1. 3 *ad ed.*) In lege Aquilia, si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub condicione mihi pecunia debita fuerit, et interim testibus quoque id probare possim, qui testes possunt non esse eo tempore, quo condicio extitit, et si summatim re exposita ad suspicionem iudicem adducam debeam vincere: sed tunc condemnationis exactio competit, cum debiti condicio extiterit: quod si defecerit, condemnatio nullas vires habebit.

Il caso esaminato è il seguente.

I documenti che provavano il credito di Tizio sono stati deteriorati e risultano inservibili. Si è visto che:

a) se Tizio può dimostrare altrimenti il suo credito, deve agire con l'azione civile, mentre non può ricorrere all'*actio legis Aquiliae* perchè non *patitur damnum*;

b) invece, se Tizio non può dare la prova dell'ammontare del suo credito, ma solo della distruzione dei documenti, esperirà l'*actio legis Aquiliae*.

Si dà l'ipotesi che il rapporto in contestazione sia condizionato e quindi non produca effetti se non al verificarsi della

condizione: e solo allora sarà perseguibile giudiziariamente. Frattanto tuttavia, nonostante la distruzione dei documenti, il creditore ha ancora la possibilità di dare dimostrazione del suo diritto attraverso la dichiarazione di testimoni, *qui testes posunt non esse eo tempore, quo condicio extitit. Quid iuris?* La soluzione di Paolo è veramente sconcertante: al creditore è dato di agire subito, *pendente condicione*, onde non correre il rischio di rimanere privo di valide prove al momento del verificarsi della stessa; *et si summam re exposita ad suspicionem iudicem adducam debeam vincere*. Però la condanna produrrà i suoi effetti solamente al verificarsi della condizione.

Allo stesso problema era riferita l'ultima parte di:

D. 47, 2, 32, 1 (PAUL. 1. 9 *ad Sabinum*) ... quid ergo, si forte pecuniam sub condicione credit et interim testium ei copia est, testimonio quorum probationem habeat, qui possunt mori pendente condicione? aut puta me petisse creditum et, quia testes et signatores, qui rem meminissent, praesentes non haberem, victum rem amisisse: nunc vero, cum furti agam, eorum memoria et praesentia ad fidem creditae pecuniae uti possum<sup>(9)</sup>.

Dopo aver richiamato l'attenzione sul fatto che l'*actio legis Aquiliae* non è concessa quando si possa provare il proprio diritto anche senza ricorrere alle *tabulae deletae* (*nam ... non*

(9) La prima parte del passo è stata citata ed analizzata *supra*, p. 3 ss.; per chiarezza, dal momento che non riporto nel testo la prima frase del paragrafo in questione, ritengo utile ritrascrivere qui tutto il passo: D. 47, 2, 32 pr.-1 (PAUL. 1. 9 *ad Sab.*) *Quidam tabularum dumtaxat aestimationem faciendam in furti actione existimant, quia si iudici apud quem furti agatur, possit probari, quantum debitum fuerit, possit etiam apud eum iudicem eadem probare apud quem pecuniam petat: si vero in furti iudicio probare non potest, ne illud quidem posse ostendi, quanti eius intersit. sed potest post furtum factum tabulas nactus esse actor, ut ex eo probet quanti sua interfuerit, si tabulas nactus non esset. 1. De lege Aquilia maior quaestio est, quemadmodum possit probari, quanti eius intersit: nam si possit alias probare non patitur damnum. quid ergo ...*



*patitur damnum*), Paolo prende in esame un caso particolare. Anche qui ci si trova di fronte ad un rapporto condizionato, il quale può essere provato, oltre che con il documento, peraltro ormai inservibile, anche con dei testimoni, e questi ultimi *posunt mori pendente condicione*, o, comunque, non essere presenti al verificarsi della condizione stessa. Nel giudizio civile che fosse instaurato a quella data (in quanto solo allora sarebbe possibile) il creditore risulterebbe soccombente, non potendo presentare i testimoni anzidetti a sostegno delle proprie ragioni: perciò gli è dato di giovare immediatamente della loro *memoria et praesentia ad fidem creditae pecuniae* nell'azione penale per il furto.

Il caso sarebbe lo stesso che Paolo tratta in D. 9, 2, 40; però è visto sotto un profilo diverso. Non meravigli il fatto che il giurista, dopo aver introdotto il paragrafo in questione con le parole *de lege Aquilia*, alla fine dello stesso faccia cenno soltanto ad un *agere furti*. Invero, da *quid ergo* alla fine il frammento deve essere letto come un ritorno alle argomentazioni iniziali del passo in materia di furto, dopo il brevissimo inciso — quasi una considerazione estemporanea — *de lege Aquilia maior quaestio est*. Dunque, in D. 47, 2, 32, 1 Paolo ripropone la stessa ipotesi di D. 9, 2, 40, ma dal punto di vista del furto: l'unica differenza consiste nel fatto che il documento non è stato distrutto o deteriorato, ma è stato rubato.

Così si spiega anche perchè *de lege Aquilia maior quaestio est*, e perchè Paolo, alla fine di D. 47, 2, 32, 1, torni a parlare solo dell'azione da furto. Infatti il furto c'è stato comunque, e di illecito si potrà parlare anche se la condizione del credito non si verificherà; pertanto un'*actio furti* non è contraria alla logica giuridica. Invece, nel caso del danneggiamento se la condizione non si verifica il danno non viene in essere, tanto più che al momento della distruzione dei documenti l'interessato poteva provare il suo diritto in altro modo, ad esempio con testimoni e *signatores*. A questo punto Paolo si vede costretto a

limitare il rimedio della « condanna condizionata » <sup>(10)</sup> alla sola ipotesi del furto, salvo generalizzare poi, in D. 9, 2, 40, in cui prevede la possibilità di agire immediatamente anche per l'illecito del danneggiamento, benchè ancora non si possa nemmeno parlare di illecito.

Delle stesse difficoltà appare consapevole anche Gaio, D. 2, 13, 10, 3 in fine: dopo aver presentato l'ipotesi della *cautio subrepta aut corrupta*, il giurista chiarisce le sue affermazioni soltanto dal primo punto di vista, quello della *cautio intercepta*.

L'inesistenza attuale dell'illecito ha indotto il Biondi a ritenere che, in realtà, nonostante la collocazione del passo sotto il titolo *ad legem Aquiliam*, l'azione di cui trattasi non sia affatto l'*actio legis Aquiliae*, bensì l'azione contrattuale: « ... è chiaro — scrive l'insigne Maestro <sup>(11)</sup> — che la condanna *ex lege Aquilia* dovrebbe essere inefficace non soltanto nel caso di deficienza della condizione, ma altresì qualora i testimoni, contrariamente alla precedente supposizione, siano presenti al verificarsi della condizione e possano far fede dell'obbligazione »; e aggiunge ancora <sup>(12)</sup>: « ... la stessa ragione, cioè il venir meno del danno, che porta ad ammettere l'invalidità della sentenza *si defecerit condicio*, vale altresì nel caso che i testimoni siano vivi e presenti quando la condizione si verifica; ma quest'ultima conseguenza esclude il passo in esame quando ammette piena efficacia alla sentenza nel caso che la condizione si sia verificata ».

Mi sembra, però, che questa soluzione, per quanto suggestiva, sia smentita da tre ordini di considerazioni: innanzi tutto dalla « inutilità », generalmente riconosciuta, di un *agere civi-*

---

<sup>(10)</sup> Per il momento mi si permetta di lasciare l'espressione fra virgolette, riservandomi di chiarire in seguito che cosa debba intendersi con precisione per « condanna condizionata ».

<sup>(11)</sup> Cfr. B. BIONDI, *Summatim cognoscere*, in *BIDR* 30 (1921), p. 243 (ed ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano 1965, p. 742).

<sup>(12)</sup> Cfr. BIONDI, *loc. cit.*

*liter pendente condicione* <sup>(13)</sup>; in secondo luogo dalla stretta analogia di situazioni che si è notata fra D. 9, 2, 40 e D. 47, 2, 32, 1; ed infine dalla coscienza che il punto di vista da cui muove Paolo è quello dell'indisponibilità assoluta delle altre prove al momento del verificarsi della condizione. D'altronde ulteriori argomenti a tal riguardo si potranno trarre dall'analisi di una fattispecie, che a me sembra analoga, della quale tratta Ulpiano in D. 47, 2, 27, 1-2.

3. Si è detto che la possibilità di un secondo mezzo di prova (testimoni, un altro documento, o, comunque, *aliae probationes*) quando il primo sia stato danneggiato fa venir meno uno dei connotati essenziali del *delictum*, cioè il danno; invece nel caso del furto la presenza di un secondo mezzo di prova non comporta difficoltà, perchè il *delictum* del furto, nel senso di *contrectatio* delle *tabulae*, si è già verificato.

Tuttavia anche per il furto sorgevano dei problemi in rapporto alla valutazione della condanna: ne tratta ampiamente Ulpiano nei *libri ad Sabinum*, a proposito dell'*actio furti*:

D. 47, 2, 27, 1-2 (ULP. 1. 41 *ad Sabinum*) 1. Inde potest quaeri, si quis, cum alias probationes mensaeque scripturam haberet, chirographi furtum passus sit, an aestimari duplo chirographi quantitas debeat. et nemquid non, quasi nihil intersit? quantum enim interest, cum possit debitum aliunde probare? quemadmodum si in binis tabulis instrumentum scriptum sit: nam nihil videtur deperdere si futurum est, ut alio chirographo salvo securior sit creditor. 2. Apocha quoque si fuerit subrepta, aequae dicendum est furti actionem in id quod interest locum haberet sed nihil mihi videtur interesse, si sint et aliae probationes solutae pecuniae.

---

(13) Cfr. D. 21, 1, 43, 9 (PAUL. 1. 1 *ad ed. aed. cur.*) *Si sub condicione homo emptus sit, redhibitoria actio ante condicionem existentem inutiliter agitur, quia*

Il giurista ha appena esposto, nel *principium* di questo frammento, i problemi relativi all'*aestimatio* nel caso di furto del documento, e la differenza di valutazione fra il *pretium rei* e l'*id quod interest* <sup>(14)</sup>. Sembra quasi che questi *libri ad Sabinum*, almeno per la materia in questione, siano condotti proponendo un continuo parallelo fra il *ius civile* e la casistica: il *quia nonnumquam calumniantur debitores*, il *et generaliter dicendum est* (che sembrano proprio far riferimento alla pratica) sono chiari indici di questo modo di procedere. Così, dalla stessa pratica, nasce anche l'interrogativo sulle *binæ tabulae*.

Se esistono due documenti a prova del credito, il furto di uno di essi non pone il creditore nella stessa situazione che si verifica quando il documento rubato era uno solo. Dei due tipi di interesse di cui parla la dottrina al riguardo, l'in-

---

*nondum perfecta emptio arbitrio iudicis imperfecta fieri non potest: et ideo etsi ex empto vel vendito vel redhibitoria ante actum fuerit, expleta condicione iterum agi poterit ...*; così anche D. 20, 1, 13, 5; D. 45, 3, 26; D. 45, 1, 116; D. 4, 8, 11, 5; ecc. (cfr. anche l'esposizione che del negozio condizionato fanno F. VASSALLI, *L'origine della trasmissibilità ereditaria dei crediti e dei debiti condizionali*, in *Studi giuridici*, I, Roma 1939, p. 331 ss.; C. GIOFFREDI, 'Pendenza' e 'sospensione' dalle fonti romane alla dommatica odierna, in *SDHI* 22, 1956, p. 150 ss.; G. G. ARCHI, *Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano 1962, p. 33 ss.).

Inoltre, data l'equiparazione tra gli effetti del *dies* e quelli della *condicio*, equiparazione avvenuta in diritto giustiniano ed ormai ampiamente documentata (cfr. VASSALLI, *Dies vel condicio*, in *Studi*, cit., p. 245 ss., e poi, sulla sua scia, fra gli altri, G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano, I: La procedura formulare*, Torino 1958, p. 97 ss., e A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano 1963, p. 78 ss. e 163 ss.), di una « inutilità » è lecito parlare soltanto per il diritto classico, mentre per l'epoca più tarda si dovrebbe fare ricorso ad ipotesi di vera e propria inammissibilità della domanda (così D. 4, 6, 33 b; D. 12, 1, 9 pr.; D. 12, 1, 36; D. 35, 1, 84; ecc.).

<sup>(14)</sup> D. 47, 2, 27 pr. (ULP. 1. 41 *ad Sab.*) *Qui tabulas vel cautiones amovet, furti tenetur non tantum pretii ipsarum tabularum verum eius quod interfuit: quod ad aestimationem refertur eius summae, quae in his tabulis continetur, scilicet si tanti interfuit, ut puta si chirographa aureorum decem tabulae fuerint, dicimus hoc duplicari. quod si iam erant inanes, quia solutum proponebatur, numquid ipsarum tantum tabularum pretii videatur esse aestimatio facienda? quid enim interfuit huius? sed potest dici, quia nonnumquam calumniantur debitores quasi indebito soluto, ab his interesse creditoris tabulas habere, ne forte controversiam super ea re patiatur. et generaliter dicendum est in id quod interest duplari.*

teresse alla cosa e l'interesse al mezzo di prova <sup>(15)</sup>, sembra leso qui soltanto il primo; pertanto ci aspetteremmo un'azione commisurata sul solo valore materiale del documento <sup>(16)</sup>.

In realtà dalla lettura del passo possono nascere dubbi di diversa natura. E innanzi tutto quale significato può avere praticamente il furto di uno solo dei documenti? Il documento viene tutelato in maniera particolare per il suo valore di mezzo di prova, ma, essendoci due documenti, il furto di uno solo di essi non porta nessuna utilità dal momento che il creditore può sempre provare *aliunde* il suo diritto. Comunque si può anche ammettere, per esempio, che il ladro (sia esso il debitore oppure un terzo che agisce a vantaggio del debitore) volesse impadronirsi di tutti due i chirografi, ma che il furto gli sia riuscito solo nei confronti di uno; ovvero si può anche pensare che l'autore del furto non fosse a conoscenza dell'esistenza del secondo chirografo.

A questo punto il creditore agisce processualmente: tuttavia mi sembrerebbe più logico che egli agisse per il soddisfacimento del credito avvalendosi del secondo chirografo, piuttosto che per il furto; o se vuole agire « anche » per il furto, poiché, come si diceva, è stato leso il solo interesse al valore materiale della cosa rubata, l'azione dovrebbe comportare una condanna al *pretium rei* e non al *quod interest*. Che significato può avere in questo caso un'*actio furti* per il *quod interest*? In questo caso ci sentiremmo quasi propensi a seguire l'opinione dei *quidam*, già criticata da Paolo, e ritenere che la commisurazione della condanna dovesse effettuarsi sul *pretium rei*. Invece nel pensiero di Ulpiano la *communis opinio* aveva troppo buon fondamento perchè il giurista se ne discostasse: dopo tutto il furto, se pure non ha privato il creditore della possibilità di provare il suo diritto, tuttavia l'ha diminuita del 50%.

(15) Cfr. THOMAS, *Furtum II*, cit., p. 302, e *supra* nt. 4.

(16) Su tutto il problema del furto dei documenti si legga WIEACKER, *op. cit.*, p. 586 ss., e ancora THOMAS, *Furtum I*, cit., *passim*, e *Furtum II*, cit., *passim*; lo stesso autore aveva accennato al problema in *Contractatio*, cit., p. 88 nt. 54.

Ci si può chiedere ancora che senso abbia parlare di *aestimatio chirographi quantitatis*, quando dall'altro documento si può trarre la certezza della *quantitas chirographi*. Ma forse l'*aestimatio* del derubato risulta necessaria in casi come questo per la valutazione complessiva dell'*id quod interest*, in modo che siano tenuti presenti i suoi vari elementi, cioè il *pretium rei*, la *summa adscripta*, le eventuali *usurae* e l'interesse del creditore in rapporto alla sua diminuita *securitas*.

In definitiva, di tutti i dubbi e gli interrogativi che sorgono dalla lettura di D. 47, 2, 27, 1-2, l'unico che sembra rimanere privo di una qualunque possibilità di soluzione è il seguente: perchè il creditore non agisce immediatamente per il soddisfacimento del credito, dal momento che lo può ancora provare col secondo documento?

Invero, il motivo per cui nel testo non si fa parola di una azione contrattuale, o, quanto meno, di una *condictio certae creditae pecuniae*, non può essere che uno solo, cioè l'impossibilità di esperire attualmente tale azione. Se fosse altrimenti il problema non sorgerebbe nemmeno, non si presenterebbe alcuna necessità di tutela particolare <sup>(17)</sup>, nè si spiegherebbero le parole con cui Ulpiano giustifica il ricorso anche in questo caso alla teoria dell'*id quod interest*. Infatti la frase *et numquid non quasi nihil intersit* fa balenare la concretezza di un interesse diverso dal puro e semplice valore materiale delle tavole. Al contrario, se si immagina un credito attualmente inesigibile, per esempio perchè sottoposto a termine o a condizione, l'azio-

(17) *Nulla quaestio*, infatti, se il credito risulta attualmente esigibile. In tal caso il furto di uno solo dei documenti non incide in alcun modo sulle vicende del credito, ma costituisce invece un episodio a sè in quanto il creditore conserva la possibilità di provare *aliunde* il suo diritto di credito e quindi può agire ugualmente e subito per il credito stesso. Il furto verrà valutato appunto come episodio a sè, con tutte le differenze che ciò comporta in tema di valutazione del *quod interest*.

La stessa situazione si verifica in ipotesi di *tabulae inanes, quia solutum proponebatur* (D. 47, 2, 27 pr.): sul punto vedi WIEACKER, *op. cit.*, p. 571 ss. Peraltro anche i problemi suscitati da questa ipotesi mi sembrano diversi da quelli proposti da D. 9, 2, 40.

ne relativa potrà essere intentata soltanto alla scadenza del termine o al verificarsi della condizione. Allora si può anche immaginare che, per l'eventualità che sia rubato anche il secondo documento, o che i testimoni muoiano, o che, comunque, le prove vengano meno, il creditore possa avvalersi di esse immediatamente, ma solamente per il furto <sup>(18)</sup>. Così acquista un diverso e più profondo significato la valutazione della condanna nella misura dell'interesse: infatti può essere che la *condictio certae creditae pecuniae*, o altra azione contrattuale, alla scadenza del termine o al verificarsi della condizione non si possano più intentare con esito positivo per mancanza di prove. Anche se il testo di Ulpiano non ne fa parola, mi sembra che questa debba essere la fattispecie considerata.

Però si devono tener distinte le due ipotesi, del verificarsi e del non verificarsi della condizione.

Qualora la condizione si verifichi, e quindi il credito produca i suoi effetti, si possono realizzare due situazioni. Infatti, se il secondo mezzo di prova può essere ancora utilizzato, grazie ai criteri della cumulatività, il creditore può ancora agire civilmente. Invece, se il secondo mezzo di prova non può più essere utilizzato, l'*actio furti*, a suo tempo esperita, avrà costituito anche l'unica possibilità di tutela concessa al creditore, dal momento che l'azione contrattuale risulta ormai impossibile. Ecco perchè l'*aestimatio* della condanna dell'*actio furti* farà sì che il creditore ottenga oltre al *pretium rei* anche la *summa adscripta* come compenso per l'interesse violato dal furto.

Si può obiettare che l'ammontare della condanna rimane uguale nell'un caso come nell'altro, e che quindi il creditore nella seconda ipotesi viene ad essere meno garantito, dal mo-

---

(18) L'eccezionalità di questo processo penale consiste nel fatto che nell'*actio furti* si dia udienza a dei testimoni i quali affermano essere stato stipulato un contratto sotto condizione: e su questa affermazione si determina poi l'ammontare della condanna. Il diritto non è ancora venuto ad effetto, ma si richiede la prova che esso esiste, sia pure quiescente, e di questa prova si fa uso come se il diritto stesso fosse già pienamente efficace, nel senso che per la valutazione dell'interesse si deve tener conto della stessa *summa adscripta*.

mento che, al contrario di ciò che avviene nel primo caso, egli non può vantare a suo favore il concorso di azioni.

Tuttavia, si pensi che analogo sarebbe il caso in cui di fronte ad un solo documento rubato *post furtum factum tabulas nanctus esset actor, ut ex eo probet, quanti sua interfuerit, si tabulas nanctus non esset* (D. 47, 2, 32 pr.). Stando alla lettera del testo, dalle tavole fortunatamente recuperate dopo il furto può e deve essere dedotto l'ammontare dell'interesse come se le tavole non fossero state recuperate, cioè per la *summa adscripta* più un'eventuale maggiorazione dovuta alle *usu-rae*. È chiaro che attraverso le tavole recuperate il creditore può agire anche, e vittoriosamente, con l'azione civile o contrattuale. Ma anche nel caso che le *tabulae* non siano recuperate, la condanna avrà lo stesso ammontare, con la differenza che occorrerà ricorrere ad una *aestimatio* giurata del creditore, al quale, del resto, non sarà data la possibilità di agire anche civilmente con esito positivo.

Non mi sembra che i Romani abbiano cercato di equilibrare le due situazioni: bisogna prendere come un dato di fatto, almeno per ora, le minori possibilità concesse al creditore quando le *tabulae* non fossero state recuperate, nel caso di unicità di documenti, o quando il secondo mezzo di prova non fosse più, utilizzabile, nel caso di *binae tabulae*, o di presenza concomitante di testimoni, o comunque di *aliae probationes*. Una indagine in questo senso sarebbe quanto mai suggestiva: si tratterebbe di indagare se e fino a che punto una sentenza di una azione penale, nell'esperienza processuale romana, poteva far stato in un successivo giudizio civile. Però quest'esame mi porterebbe assai lontano dai fini dell'attuale ricerca <sup>(19)</sup>.

(19) In tal senso si vedano gli appunti di J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *Praeiudicium*, in *Labeo* 8 (1962), p. 82 ss., e la voce *Praeiudicium* di F. DE MARINI AVONZO, in *Noviss. Dig. Ital.* 13 (Torino 1966), p. 541.

In pratica si tratterebbe di determinare se nell'ordinamento romano esistesse una disposizione analoga a quella che si legge all'art. 27 c.p.p. (*Autorità del giudicato penale nel giudizio di danno*), cv.: « Nel giudizio civile o amministrativo

Ritornando, quindi, al passo di Ulpiano D. 47, 2, 27, 1-2, si deve ancora dire dell'ipotesi in cui la condizione non si verifichi, ma dopo quanto è stato già detto mi sembra che non debbano sorgere problemi. Si è visto che l'*actio furti* deve sanzionare una situazione delittuosa che si è già verificata prima dell'avverarsi della condizione ed indipendentemente da essa: l'accertamento giudiziale è diretto a ricercare se vi è stata *contractatio* e per quale valore, quindi riguarda un avvenimento passato e certo. Pertanto, il non verificarsi della condizione del credito non ha alcuna ripercussione sulla sentenza dell'*actio furti*, la quale presenta una sua giustificazione ed una vita autonoma. Per questo motivo, secondo l'opinione prevalente cui sembrano aderire Paolo ed Ulpiano, la condanna anche in questo caso è pari al valore della *summa adscripta* aumentata delle *usurae*: non ha nessuna importanza il fatto che, non verificandosi la condizione, lo stesso diritto alla *summa adscripta* non venga neppure in essere. L'interesse viene determinato in ogni modo come interesse prevedibile al momento del furto.

---

per le restituzioni e per il risarcimento del danno, iniziato o proseguito contro il colpevole o contro il responsabile civile dopo la sentenza ... ha autorità di cosa giudicata (*scilicet* la sentenza penale stessa) quanto alla sussistenza del fatto, alla sua illiceità e alla responsabilità del condannato». In sostanza in sede di un giudizio civile ci si può chiedere che valore debba attribuirsi ad una sentenza che ha accertato una responsabilità penale «quando in questo (*scilicet* nel giudizio civile) si controverte intorno a un diritto il cui riconoscimento dipende dall'accertamento dei fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale (art. 28 c.p.p.)».

Su questo particolare aspetto del problema della pregiudizialità non si è soffermato a lungo il MARRONE, nel suo dottissimo studio su *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 24 (1955), p. 367 ss., come pure nell'articolo *Sulla funzione delle «formulae praeiudiciales»*, in *Jus* 11 (1960), p. 225 ss., dove l'attenzione dello studioso è focalizzata soprattutto sul problema delle sole questioni che, come si direbbe oggi, debbono essere decise *incidenter tantum*. Ma, infine, seguendo l'insegnamento dello stesso MARRONE (*L'effetto normativo della sentenza*, Palermo, 1965, p. 144 ss.), si deve forse concludere, anche in questo caso, per una pregiudizialità di mero fatto della prima decisione, comportante forse nel susseguente giudizio civile un'inversione dell'onere della prova (*op. ult. cit.*, p. 80 e p. 123 ss.).

In somma, non si può parlare per questa ipotesi di « sentenza condizionata ».

4. Ulpiano e Paolo seguono la stessa linea di pensiero; forse, però, c'è in Paolo un interesse ed una preoccupazione particolare che manca in Ulpiano. Infatti, se confrontiamo i due passi, D. 47, 2, 32 pr.-1 e D. 47, 2, 27, 1-2, si può notare che l'uno forma quasi la continuazione logica dell'altro e viceversa: se in D. 47, 2, 32 pr.-1 viene descritto il caso dell'esistenza di un solo documento e quindi del furto o della distruzione di questo, in D. 47, 2, 27, 1-2 si ipotizza l'esistenza di due documenti ed il furto di uno di essi, mentre ancora in D. 47, 2, 32, 1 si parla della possibilità di avere dei testimoni, oltre al documento rubato, e del debito condizionato. In pratica soltanto Paolo accentua il problema della condizione e lui solo espone i dubbi che sorgono in tema di *lex Aquilia*.

Se ne possono trarre i seguenti schemi generali:

### I.

- |  |   |
|--|---|
| — esiste un credito  | — esiste un credito   |
| — esiste un documento  | — esiste un documento   |
| — il documento viene rubato (e non esistono altri mezzi di prova)  | — il documento viene distrutto (e non esistono altri mezzi di prova)  |
| — <i>generaliter</i> viene concessa un' <i>actio furti in duplum</i> ; in rapporto ad essa:                              | — <i>generaliter</i> viene concessa un' <i>actio legis Aquiliae</i> ; in rapporto ad essa:  |
| 1. <i>quidam</i> pensavano dovesse valutarsi <i>dumtaxat aestimationem tabularum</i> , cioè il solo <i>pretium rei</i> ; | 1. Certamente anche qui i <i>quidam</i> avranno opinato che dovesse valutarsi <i>dumtaxat aestimationem tabularum</i> , cioè il solo <i>pretium rei</i> ; |

2. Paolo, pur valutando al suo giusto merito la precedente soluzione, propende per il parere di quanti (e sono i più) consideravano invece l'*id quod interest*;

3. Ulpiano si dichiara apertamente per quest'ultima opinione.

2. però, generalmente, si faceva forse riferimento all'*id quod interest*.

## II.

— esiste un credito

— esiste un documento

— il documento viene rubato (ma vi sono altri mezzi di prova, e cioè, in particolare:

1. un altro documento, oppure
2. dei testimoni)

— *generaliter* viene concessa un'*actio furti in duplum*; in rapporto ad essa:

1. *quidam* pensavano dovesse valutarsi *dumtaxat aestimationem tabularum*, cioè il solo *pretium rei*;

2. Paolo non prende in particolare esame il problema, e perciò se ne può concludere che accolga l'opinione dominante, la quale considera l'*id quod interest*;

3. Ulpiano si dichiara favorevole alla teoria dell'*id quod in-*

— esiste un credito

— esiste un documento

— il documento viene distrutto (ma vi sono altri mezzi di prova, e cioè, in particolare:

1. un altro documento, oppure
2. dei testimoni)

— non viene concessa l'azione per il danneggiamento perchè *si possit alias probare* — dice Paolo — *non patitur damnum*.

*terest*, ma richiama — per negarla — l'opinione di altra corrente dottrinarìa — probabilmente gli stessi *quidam* — che nel caso particolare propendeva per la considerazione del solo *pretium rei*.

Mentre Ulpiano approfondisce le varie ipotesi controverse di *aestimatio* dell'*actio furti* (e a tal proposito parla di *binæ tabulae*), Paolo dà come già risolti questi problemi <sup>(20)</sup> ed anzi si serve dei loro elementi costitutivi per comporre un'ipotesi più complessa, quella del credito condizionato:

— esiste un credito condizionato	— esiste un credito condizionato
— il credito può essere provato con un documento ed anche con dei testimoni	— il credito può essere provato con un documento ed anche con dei testimoni
— il documento viene rubato ed i testimoni <i>possunt mori pendente condicione</i>	— il documento viene distrutto ed i testimoni <i>possunt non esse eo tempore, quo condicio extitit</i>
— viene concessa l' <i>actio furti</i> .	— viene concessa l' <i>actio legis Aquiliae</i>

5. Ora mi sembra opportuno esaminare più compiutamente il valore della « condanna condizionata » di cui al passo D. 9, 2, 40.

Si è detto che l'ipotesi di D. 9, 2, 40 è sconcertante. Se ne ricaverebbe la possibilità di un procedimento che non è, come

<sup>(20)</sup> Lo stesso Paolo, però, ne aveva dovuto trattare se in D. 47, 2, 83, 3 espone i suoi dubbi in tema di furto di *tabulae cancellatae* e di *tabulae inanes*. Su tutto il problema si veda in particolare WIEACKER, *op. cit.*, p. 570 ss.

ci si sarebbe potuti aspettare, la proiezione storica dell'assunzione di testimoni a futura memoria dell'ordinamento odierno<sup>(21)</sup>; si tratta invece della possibilità di una condanna condizionata la cui esecuzione potrà essere fatta valere solo se e quando si avvererà la condizione, mentre nel caso contrario rimarrà senza effetto.

Innanzitutto ci si può chiedere quali siano le caratteristiche di questo procedimento che viene descritto in maniera inusitata col *summatim re exposita ad suspicionem iudicem adducere*.

Si è detto che si tratta di un'*actio damni*: perciò oggetto dell'accertamento deve essere in primo luogo il danneggiamento (come azione materiale di distruzione o deterioramento), ed in secondo luogo l'ammontare del danno subito.

Si è visto anche che la prova è fornita dai testimoni. Quale sia la funzione precisa di questi testimoni, quale la prova specifica che essi devono dare, è indicato da Paolo nella parte finale del frammento D. 47, 2, 32, 1: *aut puta me petisse creditum et, quia testes et signatores, qui rem meminissent, prae-*

---

(21) Non mi risulta che nell'ordinamento romano esistesse un'istituto analogo a quello che è oggi, nel nostro ordinamento, l'assunzione di testimoni a futura memoria.

Infatti la prova testimoniale conservò sempre, fin dalle sue origini, i caratteri dell'immediatezza e dell'oralità, che all'inizio appunto erano giustificati dalla funzione stessa di aiuto anche materiale che i testimoni dovevano assolvere (cfr. G. BROCCINI, *La prova nel processo romano arcaico*, in *Jus* 11, 1960, p. 366 ss.); solo in seguito, quando per l'influenza dell'ellenismo ebbe preso piede nel processo l'uso della prova scritta, la testimonianza poteva essere assunta per iscritto e suggellata anche prima del processo, purchè poi i sigilli fossero riconosciuti e verificati dai loro autori (così QUINT., *inst. orat.* 5, 73; cfr. G. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, in *Jus* 11, 1960, p. 407 ss.). Infine, ma soltanto nella legislazione di Giustiniano, venne riconosciuta la possibilità di assumere la testimonianza dei *testes necessarii absentes* mediante delega al funzionario del luogo di residenza dei testimoni stessi (C. 4, 21, 18), il quale redigeva la testimonianza per iscritto e probabilmente la sottoscriveva egli stesso (sul punto U. ZILLETI, *Studi sulle prove nel diritto giustiniano*, in *BIDR* 67, 1964, p. 200 ss.). Ma queste sembrano essere le uniche vere deroghe al principio che imponeva la presenza dei testimoni al processo.

*sententes non haberem, victum rem amisisse: nunc vero, cum fur-ti agam, eorum memoria et praesentia ad fidem creditae pecu-niae uti possum.* Un'azione contrattuale instaurata al verificar-si della condizione potrebbe avere esito negativo per il credi-tore, perchè potrebbero venirgli a mancare, con la morte o la assenza dei testimoni, le prove del suo diritto; invece, al mo-mento presente, queste prove possono essere utilizzate nel pro-cesso penale. Perciò la funzione dei *testes et signatores* è limi-tata al riconoscimento dell'esistenza del credito e del suo am-montare, nonchè, ma solo secondariamente, all'affermazione che il contratto relativo era stato trascritto nelle *tabulae* e che essi stessi, i testimoni, avevano partecipato alla loro formazio-ne e, perciò, in un normale giudizio civile sarebbero stati chia-mati a verificare gli eventuali sigilli <sup>(22)</sup>. Non per nulla Paolo sottolinea che la *memoria et praesentia* dei testimoni viene ri-chiesta specificamente *ad fidem creditae pecuniae*.

Invece la prova della distruzione del documento e del fat-to che essa sia avvenuta ad opera del convenuto non rientra necessariamente nell'attività di questi testimoni, i quali, quin-di, potrebbero anche esserne ignari: e lo stesso si deve ripete-re per quanto riguarda la prova dell'ammontare dell'interesse. Però a questo proposito bisogna aggiungere che tale prova è strettamente collegata a quella che riguarda l'ammontare del credito, in quanto spesso l'interesse coincide proprio col valo-re del credito. Pertanto l'intervento dei testimoni assume una particolare influenza anche per la determinazione della con-danna, come presupposto della *aestimatio* pecuniaria deman-data all'attore.

E veniamo a quel *summatim* del testo, che tanti dubbi e sospetti ha fatto sorgere.

---

(22) Circa la necessità della presenza al processo dei testimoni negoziali cfr. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 4, e per gli atti *mortis causa* R. MARTINI, *Sulla presenza dei signatores all'apertura del testamento*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, p. 485 ss.

La quasi totalità della dottrina vi ha riconosciuto un'interpolazione giustiniana o pregiustiniana: Paolo avrebbe detto semplicemente *et si ad suspicionem iudicem adducam debeam vincere* <sup>(23)</sup>. Del resto, non me la sentirei di seguire l'esegesi dello Schulz <sup>(24)</sup>, che espugne come interpolato anche l'*adducere ad suspicionem*. A favore della genuinità di quest'ultima espressione si può citare, sia pure con tutte le riserve del caso <sup>(25)</sup>, D. 48, 19, 5 pr. (ULP. 1. 7 *de officio proconsulis: Ab-*

<sup>(23)</sup> La dottrina si è interessata del testo quasi esclusivamente per definirne la collocazione fra i passi che parlano di *summaria cognitio*: pertanto la citazione del frammento di Paolo è fatta spesso affrettatamente ed in genere *ad adiuvandum*. Così H. K. BRIEGLEB, *Einleitung in die Theorie des summarischen Processes*, Leipzig 1859, p. 270 ss.; così K. F. VON SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, II, Berlin 1850, p. 244; così G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Tübingen 1910, p. 79 s., ed anche, dello stesso, *Romanistische Studien. Zur Sachwertberechnung nach dem aquilischen Rechte*, in ZSS 50 (1930), p. 30; così R. SAMTER, *Nichtförmliches Gerichtsverfahren*, Weimar 1911, p. 136; così ancora F. SCHULZ, *Scientia, Dolus und Error bei der Stellvertretung nach klassischen römischen Recht*, in ZSS 33 (1912), p. 65 nt. 3, che è l'unico fra questi autori più antichi che sospinga il sospetto di interpolazione oltre che alla frase *summatim re exposita* anche alle parole *si ad suspicionem iudicem adducam*. Un'analisi più particolareggiata del passo, e proprio in rapporto alla possibilità di una « sentenza condizionata », si può leggere in BIONDI, *op. cit.*, p. 242 ss.; in H. KRÜGER, *Das summatim cognoscere und das klassische Recht*, in ZSS 45 (1925), p. 68 ss.; in F. VASSALLI, *La sentenza condizionale*, in *Studi giuridici*, cit., p. 422 ss.; in D. SIMON, *Summatim cognoscere. Zwölf Exegesen*, in ZSS 96 (1966), p. 197 s.

Il passo è stato citato anche in margine alla trattazione del problema delle azioni in *id quod interest*: cfr. M. KASER, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München 1935, p. 174 nt. 26, e D. MEDICUS, *Id quod interest*, Köln-Graz 1962, p. 242 nt. 42. Infine il passo è stato collocato ancora fra i molti altri che documentano la diversa estensione che i concetti del furto e del danneggiamento vennero ad assumere col tempo: si vedano, per tutti, ALBANESE, *Studi sulla 'lex Aquilia'*, cit., p. 93 nt. 2; IDEM, *La nozione di 'furtum' fino a Nerazio*, cit., p. 197 nt. 210; IDEM, *La nozione del 'furtum' da Nerazio a Marciano*, cit., p. 287 nt. 453; MARRONE, *Actio ad exhibendum*, cit., p. 407 nt. 376; T. J. GERKE, *Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche aus der « Lex Aquilia »*, in SDHI 23 (1957), p. 101 s.; THOMAS, *Contrectatio*, cit., p. 88 nt. 54.

<sup>(24)</sup> Cfr. SCHULZ, *loc. cit.*

<sup>(25)</sup> Le riserve sarebbero giustificate dal carattere criminale del processo cui fa riferimento il rescritto di Traiano. Comunque ho richiamato questo passo soltanto per ciò che riguarda l'espressione formale, cioè per presentare una testimonianza dell'uso del termine *suspicio*. Si noti, però, come dico anche di seguito

*sentem in criminibus damnari non debere divus Traianus Iulio Frontoni rescripsit. sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus Traianus Adsidio Severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari...*), dove Ulpiano ricorda un rescritto dell'imperatore Traiano che vietava l'emanazione di condanne criminali sulla base di semplici sospetti. Questo principio, che trovava la sua formulazione teorica nella frase *satius est impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*, così lapidaria e suggestiva, era di nascita troppo recente perchè proprio i compilatori <sup>(26)</sup> creassero un'espressione così ambigua come l'*adducere ad suspicionem*. È ben vero che quelle *suspiciones* che Traiano considerava con diffidenza altro non erano che delle prove indiziarie, cioè dei mezzi attraverso i quali giungere ad una convinzione, mentre la *suspicio* di D. 9, 2, 40 è il risultato stesso dell'attività probatoria, la convinzione stessa del giudice; tuttavia io credo che la delimitazione fra l'uno e l'altro significato rimanga pur sempre troppo incerta perchè i compilatori arrischiassero possibili fraintendimenti.

Invero, la *suspicio* di D. 9, 2, 40 è un atteggiamento psicologico composto: vi rientrano innanzi tutto l'accertamento vero e proprio circa l'esistenza e l'ammontare del credito (che possono essere provati indubitabilmente coi *testes et signatores* addotti *ad fidem creditae pecuniae*), in secondo luogo l'accertamento della distruzione dei documenti (che può essere provata altrimenti), ed infine la convinzione che il giudice si è formata circa l'eventuale verificarsi della condizione cui è sottoposto il diritto di credito e l'eventuale venir meno dei testimoni con conseguente possibile danno del creditore. Proprio

---

nel testo, che il significato tecnico di *suspicio*, come è usato in D. 48, 19, 5 pr. non coincide affatto col significato che lo stesso termine viene ad assumere in D. 9, 2, 40.

<sup>(26)</sup> L'Albertario, ritiene che l'espressione sia completamente compilatoria (cfr. E. ALBERTARIO, *Delictum e crimen nel diritto romano-classico e nella legislazione giustiniana*, Milano 1924, p. 24 ss.).

in rapporto all'eventualità di questi accadimenti Paolo usa questo termine indefinibile, *suspicio*, che non esprime la certezza, quanto piuttosto la probabilità.

Detto ciò, non si può seguire nemmeno l'opinione di quanti vedono anche nel solo *summatim re exposita* un indice di interpolazione: l'espressione si spiega proprio con il carattere straordinario, eccezionale dell'accertamento; ed anzi, se non l'avesse scritta lo stesso Paolo, nella lettura del passo sarebbe stato necessario presupporla. Infatti: qual'è nell'ambito di questo processo il significato tecnico del *summatim re exposita*? Risulta quanto mai suggestiva, dopo quanto si è detto, l'interpretazione che ne dà il Krüger: l'espressione significherebbe « Alles zusammengenommen », tutto insieme, cioè, secondo le parole stesse dello studioso tedesco, « der Kläger soll den ganzen Tatbestand mit Benennung der Zeugen, mit der Betonung, dass sie seine einzigen Beweismittel sind, und mit dem Hinweis auf ihre Sterblichkeit vortragen » (27).

La dottrina posteriore, riprendendo in parte le opinioni espresse a suo tempo dal Briegleb e dal Savigny (28), forte delle critiche mosse da tutta la Pandettistica ed in particolare poi dal Biondi (29), vuole distinguere due significati che il *summatim cognoscere* avrebbe avuto nel tempo, e cioè:

(27) Cfr. KRÜGER, *op. cit.*, p. 69.

(28) La controversia fra il Briegleb ed il Savigny per ciò che riguarda la *cognitio summaria* di cui v'è traccia nelle fonti sorse sul terreno dei concetti di prova piena e semipiena. Infatti il BRIEGLER interpretava il processo sommario come processo che « beruht auf dem Prinzip der Prima-facie-Cognition » (*Einleitung*, cit., p. 238 ss.), mentre il SAVIGNY (*Vermischten Schriften*, cit., p. 242 ss.), e, con lui, il BETHMAN-HOLLWEG (*Der römische Civilprocess*, III, Bonn 1866, p. 342 ss.), in aperta polemica col Briegleb, affermarono che il significato del *summatim cognoscere* consisteva precisamente nel ruolo assolto in questa forma di processo dalla nuda affermazione del diritto, e non dall'oggettiva limitazione della ricerca: fra i primi motivi di critica che furono opposti al Briegleb vi era l'impossibilità pratica di distinguere in diritto classico una prova piena ed una semipiena, dal momento che era ancora sconosciuto il concetto di prova legale.

(29) La critica dei Pandettisti (in particolare si devono ricordare il SAMTER col suo *Nichtförmliches Gerichtsverfahren*, cit., p. 135 ss., ed il BESELER con i *Beiträge*, cit., p. 30 ss.) fu quasi esclusivamente negativa: non solo il concetto di

1) in un primo momento l'indagine compiuta dal giudice « Alles zusammengenommen »;

2) in seguito, a partire dal basso impero, il procedimento sommario vero e proprio, che poteva essere caratterizzato:

a) dall'esenzone dalle forme prescritte per l'introduzione della lite, o comunque da forme prescritte;

b) dall'inosservanza di certi termini;

c) dal sommario apprezzamento delle prove, e, in generale, dalla inapplicabilità delle comuni regole sulla prova;

d) dal divieto d'appello <sup>(30)</sup>.

Non mi sembra che l'espressione del testo di Paolo possa giustificare l'inserimento della fattispecie in questione in uno dei quattro casi di procedura sommaria del basso impero. Del resto si è detto che se anche Paolo non avesse scritto nel testo originale il *summatim re exposita*, lo stesso carattere straordinario del procedimento avrebbe fatto pensare necessariamente

processo sommario sarebbe rimasto estraneo alla dommatica classica, ma risulterebbe oscuro ed indefinito anche per il periodo postclassico.

Il BIONDI (*op. cit.*, p. 256 ss.), pur avvalendosi di certi risultati della pandettistica, riconosce l'esistenza di un vero « processo sommario come istituto giuridico » a partire dall'epoca posteriore a Diocleziano: tale istituto sarebbe stato caratterizzato dalla « facoltà concessa al giudice di procedere, ai fini della decisione, ad una indagine superficiale, limitata a ciò che appare *prima facie*, diretta alla ricerca del semplice verosimile, e nei casi in cui è ammesso dal legislatore importa una prova non assoluta ma semipiena, in antitesi alla prova piena e legale prescritta in tutti gli altri casi » (p. 257).

Anche per gli ultimi autori che si sono interessati *ex professo* della materia la *summaria cognitio* è giustificabile sempre e solo in ambiente giustiniano (cfr. KRÜGER, *op. cit.*, p. 83 ss.); ovvero rimane un istituto (se pure si voglia parlare di istituto) di natura indefinibile, dal momento che il significato del *summatim cognoscere* varia spesso sensibilmente dall'uno all'altro dei passi in cui si riscontra (cfr. A. STEINWENTER, *Das Verfahren sine scriptis im justinianische Prozessrechte*, in ZSS 76 (1959), p. 306 ss.).

L'ultima parola sull'argomento è quella del SIMON (*op. cit.*, in specie p. 197 ss.) che ha creduto di poter riconoscere al processo sommario un'applicazione limitata alle sole questioni incidentali che si debbano risolvere con sentenza non definitiva (sul punto vedi anche *infra*, nel testo).

<sup>(30)</sup> Cfr. L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, tradotte da R. Orestano, Milano 1938, p. 324.

ad una *cognitio* particolare. Dunque l'espressione è giustificabilissima anche per il processo dell'età di Paolo.

E quindi, che cosa si deve intendere per *summatim exponere*? Invero, contro l'interpretazione del Krüger non si può opporre altro che una certa imprecisione tecnica, in quanto non si comprende bene che cosa significhi sul piano pratico « Alles zusammengenommen ». Però su questa scia il Simon <sup>(31)</sup>, attraverso una minuta esegesi dei dodici passi del Corpus Iuris che parlano di *cognitio summaria*, è giunto a concludere che in ogni caso, e così anche in D. 9, 2, 40, il *summatim* richiama la attenzione sul fatto che:

1) il giudice deve conoscere di una questione pregiudiziale insieme alla questione principale, e, anzi, prima di essa;

2) la decisione sulla questione pregiudiziale fa stato nel giudizio principale, ma non è definitiva.

Pertanto, nel caso di D. 9, 2, 40, il giudice avrebbe dovuto indagare pregiudizialmente e sommariamente, quanto basta per giungere ad una valutazione approssimativa:

— l'esistenza e l'ammontare del credito, sia pure condizionato;

— la possibilità del venir meno delle prove del credito stesso nelle persone dei testimoni;

e poi, in linea principale, e con valore di vero e proprio accertamento:

— l'esistenza e la distruzione delle *tabulae*;

— il danno attuale e quello futuro eventuale.

È vero che l'accertamento dell'esistenza del credito e le circostanze particolari della prova di esso costituiscono la base indispensabile per l'accertamento del danno eventuale. Infatti il danno attuale corrisponderebbe in pratica al *pretium rei*, cioè a quel valore che il Thomas ha indicato come « interesse alla cosa » <sup>(32)</sup>: si tratta di determinare il valore delle *tabulae*

(31) Cfr. SIMON, *op. cit.*, p. 197 ss.

(32) Cfr. THOMAS, *Furtum II*, cit., p. 302 s., e *supra*, nt. 4.

in quanto tali, o delle *membranae*, della *charta*, ecc., cosa questa che, data la preziosità del materiale scrittorio nel mondo antico, doveva avere una certa rilevanza. Quanto al danno eventuale — Thomas preferisce parlare di « interesse al documento come mezzo di prova del diritto di credito »<sup>(33)</sup> —, esso risulterebbe dal valore del credito, eventualmente maggiorato, ma verrebbe in essere solamente se la condizione si verifica. Peraltro, nella determinazione della condanna si deve tener conto dell'uno come dell'altro elemento del danno.

Il Krüger, basandosi sulla versione greca dei Basilici dove il *summatim* del testo di Paolo è reso con *τέως* (= interim)<sup>(34)</sup>, afferma che una volta verificatasi la condizione, se i testimoni sono tuttora vivi, il creditore deve citarli ancora una volta a prova del suo diritto di credito: il che significa che il creditore può sempre agire per il soddisfacimento del suo diritto con l'azione civile o contrattuale, qualora ne abbia le prove. Certamente in via teorica questa eventualità non è preclusa. Però, al contrario, il testo presuppone che la prova del credito non sia più raggiungibile; lo si può evincere dalle parole di Paolo a proposito del caso di furto illustrato in D. 47, 2, 32 pr., che forma il perfetto parallelo con D. 9, 2, 40: *puta me petisse creditum et, quia testes et signatores, qui rem meminissent, praesentes non haberem, victum rem amisisse. Quid iuris*, qualora il creditore riuscisse ad ottenere altri mezzi di prova e con essi agisse al verificarsi della condizione? A differenza di quanto si è detto a suo luogo a proposito del furto<sup>(35)</sup>, qui anche in tale ipotesi<sup>(36)</sup> la sentenza precedente non dovrebbe produrre effetto. Infatti, in forza del principio che *si possit alias probare non patitur damnum*, l'*actio legis Aquiliae*

<sup>(33)</sup> Cfr. THOMAS, *Furtum II*, cit., p. 302 s., e *supra*, nt. 4.

<sup>(34)</sup> Cfr. KRÜGER, *op. cit.*, p. 69 s. Il testo dei Basilici corrispondente a D. 9, 2, 40 è Bas. 60, 3, 40 (Heimbach 5, 311).

<sup>(35)</sup> Cfr. *supra*, p. 19 ss.

<sup>(36)</sup> Come nel caso illustrato dal testo, *si condicio defecerit*.

sarebbe preclusa. Comunque i testi non prendono in considerazione questa ipotesi <sup>(37)</sup>.

Contro l'opinione del Simon, non mi sembra che il *nullas vires habebit* debba essere inteso con riferimento alla sola decisione pregiudiziale. Questa infatti, in quanto pregiudiziale, non avrebbe nessun valore al di fuori del processo *de quo* non solamente *si condicio defecerit*, bensì in ogni caso <sup>(38)</sup>. È sen-

---

(37) Forse si potrebbe pensare ad una *cautio* imposta coattivamente al creditore con la quale egli si impegni a restituire tutto quanto possa aver ottenuto con l'*actio damni iniuriae* nel caso che, in seguito, potendolo, voglia agire contrattualmente. È un'ipotesi suggestiva, che potrebbe avere delle corrispondenze, sia pure generiche, nelle fonti (si pensi, per far un'esempio, a D. 35, 2, 73, 1: *Magna dubitatio fuit de his, quorum condicio mortis tempore pendent, id est an quod sub condicione debetur in stipulatoris bonis adnumeretur et promissoris bonis detrahatur. sed hoc iure utimur, ut, quanti ea spes obligationis venire possit, tantum stipulatoris quidem bonis accedere videatur, promissori vero decedere. aut cautionibus res explicari potest, ut duorum alterum fiat, aut ita ratio habeatur, tamquam pure debeat, aut ita, tamquam nihil debeatur, deinde heredes est legatarii inter se caveant, ut existente condicione aut heres reddat, quanto minus solverit, aut legatarii restituant, quanto plus consecuti sint*, dove, in tema di applicazione della *lex Falcidia* a legati condizionati, si fa riferimento anche al sistema delle *cautiones*; si pensi a tutti gli altri passi simili sempre in tema di *lex Falcidia* (in particolare si veda M. PAMPALONI, *Rapporti giuridici condizionali e legge Falcidia*, in *BIDR* 21, 1910, p. 180 ss., F. VASSALLI, «*Falcidia stipulatio*», in *Studi giuridici*, cit., I, p. 347 ss., MASI, *op. cit.*, p. 44 ss., ed ivi alla nt. 98 di p. 45 ulteriore bibliogr.); si pensi ancora a D. 20, 1, 13, 5 (MARC. 1. s. *ad formulam hypothecariam: ... si praesens sit debitum, hypotheca vero sub condicione et agatur ante condicionem hypothecaria, vero quidem est pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt 'si condicio extiterit nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit'*), che parla di *cautiones* per la restituzione dell'ipoteca per un debito condizionato, quando l'obbligazione non sia stata adempiuta all'avverarsi della condizione (cfr. MASI, *op. cit.*, p. 83 ss., ed ivi bibliogr.); si pensi, infine, che questo sistema delle *cautiones* aveva già un'utile applicazione, sia pure per un tipo particolare di condizione, nella *cautio Muciana* (cfr. per tutti D. 35, 1, 7), con la quale praticamente si otteneva lo stesso risultato che si vorrebbe raggiungere in tutti gli altri casi ricordati, cioè quello di anticipare gli effetti del negozio anche prima dell'avverarsi o non avverarsi della condizione, salvo poi restituire se i fatti si dimostrano contrari alla volontà del disponente. Ma è soltanto un'ipotesi. Essa potrebbe essere avvalorata ancora dall'analisi del passo di Ulpiano riportato in D. 43, 5, 3, 13-15, che io esamino nell'ultimo paragrafo; pertanto se ne farà cenno anche allora.

(38) Infatti la decisione pregiudiziale non costituisce altro che un episodio del processo di danneggiamento, nel senso che può essere intesa — come appun-

z'altro indubitabile il fatto che il giudice debba compiere una indagine pregiudiziale e che questa non pregiudichi la proposizione in futuro di una domanda principale sulla stessa questione, ma mi sembra che la *sententia* cui Paolo vuole riferirsi sia proprio quella dell'*actio damni*, l'unica che abbia una sua individualità concreta. Il Biondi <sup>(39)</sup> — e già si è detto come il Biondi ritenga che il processo di cui tratta D. 9, 2, 40 sia l'azione contrattuale, e non quella penale — parla di non definitività della sentenza nel senso che segue: « Queste considerazioni portano a riconoscere che la sentenza riguardi lo stesso credito condizionale e che la sommaria *cognitio* rifletta non la prova di questo credito il quale dovrà essere regolarmente provato nei modi dovuti, ma la circostanza che i testimoni presenti al momento dell'azione possono non esserlo più al tempo in cui la condizione si verificherà; nè tale *cognitio* appare senza ragione ove si tenga presente che Giustiniano considera come un caso di *pluris petitio* l'*agere ante condicionem*, e quindi, allo scopo di evitare gli effetti penali della *pluris petitio* del nuovo diritto, il legislatore ammette che l'attore giustificando l'*agere ante condicionem* ottenga una sentenza non definitiva ».

A parte il fatto che non si può accettare l'interpretazione del procedimento in questione come procedimento fondato su un'azione contrattuale; a parte il fatto che devono essere considerati in maniera assolutamente diversa il valore e la portata delle dichiarazioni rese dai testimoni, così come il significato del *summatim exponere*; anche a voler riferire le considerazioni del Biondi sulla *pluris petitio* alla sola decisione pregiudiziale, ammesso e non concesso che essa abbia una sua autonomia fino a tal punto, rimarrebbe tuttavia un'obiezione di fondo: la giustificazione che fa capo « allo scopo di evitare gli effetti penali della *pluris petitio* del nuovo diritto », nello stesso

---

to sembra intenderla il SIMON, se interpreto bene il suo pensiero — come sentenza a parte ed autonoma. In realtà non si può nemmeno parlare di una sentenza vera e propria.

(39) Cfr. BIONDI, *op. cit.*, p. 244.

pensiero dell'Autore, sembra limitare il suo campo d'applicazione al solo diritto giustiniano. Invece per il diritto classico, e in particolare nel pensiero di Paolo, la stessa giustificazione non poteva avere un peso rilevante, dal momento che allora era riconosciuta la possibilità di un *petere ante conditionem* <sup>(40)</sup>, sia pure *inutiliter*.

I giustiniani, avvertendo solo in parte l'anormalità della soluzione prospettata dal giurista, la lasciarono filtrare nella compilazione, illudendosi di aver risolto ogni difficoltà grazie alle più ampie possibilità di procedimenti speciali offerte dalla nuova procedura sommaria.

Ma anche con ciò il testo di Paolo non si salva da ulteriori dubbi, soprattutto per ciò che riguarda il valore e le caratteristiche di questa condanna condizionata.

Paolo parla di *condemnationis exactio*, e questa precisazione è stata sottolineata dalla dottrina per negare l'esistenza di una *formula* in cui la *condemnatio* apparisse sottoposta a condizione <sup>(41)</sup>. Invero il problema non si pone nemmeno. Per parlare di *condemnatio* condizionata in senso tecnico, cioè come parte della formula, bisognerebbe pensare all'inserimento della condizione come un'eccezione, poichè le fonti sono tutte concordi nel definire le eccezioni, appunto, quali elementi condizionanti la *condemnatio* <sup>(42)</sup>. Ma questa soluzione non può essere soddisfacente. Le eccezioni sono condizioni della condanna nel senso che il loro essere conformi alla realtà impedisce al giudice di pronunciare la condanna (come il verificarsi o il non verificarsi della condizione, a seconda che si tratti di condizione negativa o positiva, impedisce che il rapporto obbligatorio produca i suoi effetti). Pertanto le eccezioni devono essere valutate a priori, e non hanno più una loro individualità dopo la

---

<sup>(40)</sup> Cfr. F. STURM, *Ante condicionem petere*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, II, Milano 1973, p. 1237; vedi anche *supra*, nt. 13.

<sup>(41)</sup> Cfr. KRÜGER, *op. cit.*, p. 68, in specie nt. 4.

<sup>(42)</sup> Cfr. D. 44, 1, 2 pr.; D. 44, 1, 22; Gai 4, 119.

*sententia*. Qui, invece, una condanna c'è già stata, e, di conseguenza, la *condicio* di cui parla Paolo non può porsi sullo stesso piano delle eccezioni: essa opera proprio sulla *sententia* in concreto, nel senso che ne differisce l'esecuzione al momento del verificarsi della condizione.

Allora il problema va riguardato da un diverso angolo prospettico: è possibile mettere in moto il meccanismo processuale per giungere ad accertare un diritto che sul momento ancora non esiste, ed il cui venire ad esistenza dipenderà dal verificarsi di un evento futuro ed incerto?

Di fronte alla logica che rifiuterebbe di prendere in seria considerazione l'ipotesi di una condanna giudiziale con esecuzione eventuale e differita, va letto:

D. 49, 4, 1, 5, (ULP. I. 1 *de appellationibus*) Biduum vel triduum appellationis ex die sententiae latae computandum erit. quid ergo, si sententia fuerit sub condicione dicta? utrum ex die sententiae tempus computamus ad appellandum an vero ex die, quo condicio sententiae extitit? sane quidem non est sub condicione sententia dicenda: sed si fuerit dicta, quid fiet? et est utile statim tempora ad appellandum computari debere.

Nel passo si fa parola di una *sententia sub condicione*, benchè si aggiunga che una sentenza di questo genere *dicenda non est*.

Il Vassalli esclude che un tal genere di sentenza potesse essere conosciuta al diritto romano classico, data la struttura del processo in questo periodo; e un argomento di più a favore della sua tesi lo trae proprio da questo passo, D. 49, 4, 1, 5, dove si parla sì di una *sententia sub condicione*, ma è escluso certamente ogni riferimento alla procedura ordinaria la quale non ammette appello contro la sentenza del giudice <sup>(43)</sup>. Lo stesso

(43) Cfr. VASSALLI, *La sentenza*, cit., p. 407.

Vassalli riconosce invece che « sentenze *sub condicione* erano note a Ulpiano ed erano proprie altresì del diritto giustiniano » , con l'avvertenza, però, che esse non potevano essere sottoposte a quella condizione che è anche elemento accidentale del negozio giuridico: « tali condizioni renderebbero la sentenza nulla, e nulla di nullità assoluta (questo è il senso della frase *non est sub condicione sententia dicenda*), come, pel diritto classico almeno, tutte quelle violazioni di legge che non consistano in una erronea applicazione della legge al dato caso » <sup>(44)</sup>. Perciò egli ricostruisce il passo espungendone il tratto da *sane quidem* fino a *tempora ad appellandum*, sostituendovi la soluzione secondo lui più congrua al problema del termine per appellare in caso di sentenza condizionata: *et dicendum est biduum vel tri-duum ex die quo condicio extitit computari debere* <sup>(45)</sup>; e questa ricostruzione è precisamente l'opposto di quella proposta dal testo (*et est utile statim tempora ad appellandum computari debere*), la quale, però, risponde in modo più consono all'affermazione *sane quidem non est sub condicione sententia dicenda*.

A parte il fatto che si può dubitare di molte, se non di tutte, le sentenze condizionate che il Vassalli cita riferendole alla *cognitio extra ordinem* <sup>(46)</sup>, in realtà tutta la frase da *quid ergo*

<sup>(44)</sup> Cfr. VASSALLI, *La sentenza*, cit., p. 423.

<sup>(45)</sup> Cfr. VASSALLI, *La sentenza*, cit., p. 428 s.

<sup>(46)</sup> Infatti, per ciò che riguarda quelli, fra i testi citati dal VASSALLI (*La sentenza*, cit., *passim*), in cui compare una *cautio* ad affiancare la pronuncia della « sentenza condizionata » (così D. 33, 4, 7 pr.: p. 408; D. 33, 4, 1, 15: p. 408 s.; D. 6, 1, 21: p. 412 s.; D. 32, 19: p. 413 s., dove la *denegatio actionis*, in realtà, è soltanto il mezzo di coazione indiretta esercitato dal pretore per ottenere la *cautio*; così D. 32, 11, 21: p. 414; così anche C. 7, 45, 5, benchè non si parli specificatamente di una *cautio*, dal momento che si fa tuttavia un chiaro riferimento ad un impegno comunque preso dai fideiussori; così D. 35, 1, 71 pr.: p. 420; così D. 6, 1, 57: p. 421 s.), la confutazione dell'ipotesi che essi si riferiscano veramente a casi di « sentenze condizionate » potrebbe essere la stessa di cui anche *infra*, p. ss.: in realtà la sentenza è data *pure* e la condanna incondizionatamente, ma ad essa si aggiunge una promessa solenne o di restituire l'ammontare della condanna nel caso che gli eventi si svolgano in modo contrario al desiderato, o di effettuare una determinata azione voluta dall'altra parte; per cui il soccombente è tenuto in ogni caso a pagare l'ammontare della *condemnatio*, ma il vincitore sarà obbli-

fino a *debere* sembra un interrogativo di un interprete di Ulpiano, più che di Ulpiano stesso; sembra quasi che taluno, studiando la materia degli appelli, abbia annotato a margine dell'opera di Ulpiano il suo dubbio circa la sorte dell'appello nel caso di sentenza condizionata, proponendo anche le due possibilità di risposta ed una soluzione finale, quasi in una sintesi di una discussione di scuola.

È certo che se una *sententia* condizionata *dicenda non est*, essa, una volta emessa, dovrebbe essere nulla, e non si potrebbe parlare, a rigore, di termini per appellare. Se se ne parla, significa che una sentenza condizionata doveva essere nota al diritto romano.

---

gato a sua volta, se del caso, cioè se si verificherà o non si verificherà la condizione, o a restituire in pristino (così è anche per il caso di D. 43, 5, 3, 13-15, su cui *infra*, p. 41 ss.), o a essere convenuto e, con ogni probabilità, condannato in un giudizio *ex cautione*.

Per quel che riguarda altri due testi citati dal Vassalli, D. 33, 5, 6 e D. 33, 5, 8 pr. (ambidue *op. cit.*, p. 420), non è affatto vero, a mio parere, che « questi casi di *denegatio actionis* si risolvono in altrettante sentenze sotto la condizione 'nisi intra certum tempus legatarius elegerit (resp. optaveris)' »: penso piuttosto che si risolvano in maniera analoga al caso illustrato in C. 7, 45, 5, cioè concedendo al soccombente una possibilità alternativa o di *elegere, optare* (o, per C. 7, 45, 5, di prestare la *cautio*), ovvero di vedersi *denegare* l'azione; inoltre tutto questo avviene prima di giungere al giudizio (non per niente i testi parlano di *praetor* e non di *iudex*).

Per D. 39, 2, 45, riportato dal Vassalli a p. 420 s., si potrebbe ripetere press'a poco lo stesso discorso: per di più siamo in tema di *missio in possessionem* (e non di sentenza), e quindi di provvedimento dato dal pretore (e non di decisione giudiziale) *ex damno infecto*, dove è noto che il pretore concede la *missio in bona* proprio al fine di ottenere una *cautio*.

Infine rimangono da discutere i testi che fanno riferimento al giuramento (C. 7, 45, 11; C. 4, 1, 11 e C. 4, 1, 12: p. 416 ss.). Dopo quanto si è detto basteranno qui poche parole: anche il giuramento implica l'assunzione di un impegno, ed in maniera anche più solenne di quanto non avvenga con una *cautio*; d'altra parte in C. 4, 1, 11 e C. 4, 1, 12 la sentenza è chiaramente subordinata alla prestazione del giuramento che avviene prima. Qualche dubbio può rimanere ancora circa la possibilità di configurare una « sentenza condizionata » in C. 7, 45, 11 (*Cum iudex in definitiva sententia iusiurandum solummodo praestari praecipiat, non tamen addat, quid ex recusatione vel praestatione sacramenti fieri oportet, huiusmodi sententiam nullam vim obtinere palam est*), in cui una *sententia* sembra essere stata data.

Ma un tal genere di sentenza si può realizzare solamente attraverso la combinazione di due elementi: una condanna (nel senso di statuizione che accerti la titolarità del diritto controverso e contemporaneamente imponga determinati comportamenti alla parte soccombente), ed una condizione dal cui verificarsi o meno dipenda l'esecuzione della condanna stessa. In tal modo il diritto risulta indubitabilmente accertato in seguito al giudizio, ma rimane senza efficacia fintantochè non si sia verificata la condizione.

Quindi, per tornare al caso di D. 9, 2, 40, se a Tizio viene riconosciuto un diritto di credito sotto la condizione *si navis ex Asia venerit*, e, in seguito alla distruzione del chirografo, egli agisce in pendenza della condizione, il processo riconoscerà il suo diritto (nel caso il diritto al risarcimento del danno causatogli dalla distruzione o dal deterioramento del documento), e ne seguirà una condanna del debitore al risarcimento del danno stesso; ma Tizio non potrà pretendere tale prestazione se non se e quando la nave tornerà dall'Asia.

Si è detto che l'oggetto dell'accertamento giudiziale non è il rapporto condizionato (se non in via pregiudiziale), ma piuttosto la distruzione dei documenti che comprovano il rapporto e l'interesse del creditore alla loro conservazione. Questo interesse è costituito a sua volta di due elementi, cioè il valore materiale del documento in sè, da un lato, e l'ammontare del credito più le eventuali *usurae* moratorie, dall'altro: tuttavia esso sorge solo come interesse eventuale, che potrà avere una sua realtà concreta solo se e quando la nave tornerà dall'Asia. Pertanto, in deroga alle norme che disciplinano i termini per la proposizione dell'azione esecutiva, fino a tale momento non potrà farsi luogo all'esecuzione forzata della sentenza nel caso di mancato adempimento volontario.

A mio parere nel passo di Paolo si fa sentire l'eco della concezione dei *veteres* in tema di rapporto processuale come è stata ampiamente documentata dal Biscardi, la cui teoria trova

qui un'ulteriore applicazione <sup>(47)</sup>. Secondo tale concezione l'obbligazione dedotta in giudizio « viene sostituita, con la *litis contestatio*, da una diversa obbligazione (quella di eseguire il giudicato, subordinatamente alla condanna), e perciò si estingue » <sup>(48)</sup>. Se, come i *veteres*, si parla di « *oportere*, termine tecnico per alludere ad una *obligatio iuris civilis*, non solo per il momento che precede, ma anche per quello che segue la *litis contestatio* (« *condemnari oportere* », « *iudicatum facere oportere* ») » <sup>(49)</sup>, se si parla del processo in chiave di diritto sostanziale, non fa alcuna meraviglia un'ipotesi come quella di D. 9, 2, 40.

Il dire che la *condemnationis exactio* viene differita al momento del verificarsi della condizione significa, in realtà, che rimane sospesa la stessa efficacia obbligatoria della *condemnatio*, nel senso che il *damnatus* è un *damnatus* eventuale, e come tale non è tenuto obbligatoriamente ad adempiere alla condanna (al *iudicatum facere oportere*) se non sotto la condizione *si navis ex Asia venerit*; chè, se la nave non ritorna dall'Asia, la *condemnatio* è come se non ci fosse stata, *nullas vires habebit*. Poichè l'effetto della *condemnatio* è quello di far sorgere il rapporto obbligatorio del *iudicatum facere oportere*, il non verificarsi della condizione impedisce che tale rapporto produca i suoi effetti <sup>(50)</sup>. Invece, se la condizione si verifica, allora si rea-

(47) Cfr. A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, p. 159 ss.

(48) A. BISCARDI, *op. ult. cit.*, p. 160.

(49) BISCARDI, *op. ult. cit.*, p. 161. Si leggano anche BISCARDI, *Sul fondamento dell'obbligazione iudicati in diritto romano classico*, in *Scritti dedicati ad A. Rasselli*, I, Milano 1971, p. 183 e 199 s., e G. MELILLO, *Modificabilità convenzionale dell'obligatio iudicati*, in *Studi in onore di G. Grosso*, II, Torino 1968, p. 299 ss.

(50) Si legga anche D. 46, 7, 1: *In stipulatione iudicatum solvi post rem iudicatam statim dies cedit, sed exactio in tempus reo principali indultum differtur*, dello stesso Paolo (l. 24 *ad ed.*). Del resto anche Ulpiano prevede un caso di condanna sottoposta ad un termine, chiedendosi subito quando possa essere proposta l'*actio iudicati*: D. 42, 1, 4, 5 (ULP. l. 58 *ad ed.*) *Si quis condemnatus sit, ut intra dies solvat, unde ei tempus iudicati actionis computamus, utrum ex quo sententia prolata est, an vero ex eo, ex quo dies statutus praeteriit? ...*

lizza l'obbligazione processuale di adempiere la sentenza, e cominciano a decorrere i termini per la proposizione dell'*actio iudicati* <sup>(51)</sup>.

In conclusione, la condizione del rapporto sostanziale proietta i suoi effetti sul processo, e agisce parallelamente con la stessa efficacia nell'un campo e nell'altro.

6. Tuttavia, in un caso analogo a quello di D. 9, 2, 40, Ulpiano adotta una soluzione differente. Si legga:

D. 43, 5, 3, 13-15 (ULP. 1. 68 *ad ed.*) 13. Et si legatum sit, tantum venit in aestimationem, quantum sit in legato: 14. et si sub condicione legatum sit, quasi condicione existente sic aestimandum est, nec compelli debet ad cavendum, ut se restitutum caveat, quidquid consecutus est, si condicio defecerit, quia poena contumaciae praestatur ab eo qui non exhibet. 15. Inde quaeritur, si hinc consecutus aestimationem legatarius postea legatum petat, an sit audiendus. et putem, si heres idem praestitit. exceptione doli repellendum, si alius, repelli non oportere. et ideo et si heres sit, qui interdicto usus est, aestimationem consecutus, eadem est distinctio.

Il passo è tratto dal titolo *de tabulis exhibendis*, e si riferisce in particolare all'azione che deriva dall'interdetto relativo. La condanna che ne consegue è determinata nell'*id quod interest*, ed il suo ammontare, mancando le *tabulae* che non sono state esibite, è affidato ad una *aestimatio* <sup>(52)</sup>. L'interesse si commisura sul valore della liberalità, e perciò se l'interdetto è stato richiesto dall'erede dovrà essere fatta la stima dell'eredità

---

(51) Cfr. F. LA ROSA, *L'actio iudicati*, Milano 1963, p. 53 ss.

(52) D. 43, 5, 3, 11 (ULP. 1. 68 *ad. ed.*) *Condemnatio autem huius iudicii quanti interfuit aestimari debet.*

nel suo complesso <sup>(53)</sup>, se invece è stato richiesto dal legatario dovrà stimarsi il valore del legato <sup>(54)</sup>.

Ulpiano si sofferma in particolare sull'ipotesi del legato condizionato, dando per pacifica la possibilità di agire immediatamente *ex interdicto quasi condicione existente*; stando alla lettera del testo non è richiesta nemmeno una *stipulatio* per la restituzione di quanto eventualmente si sia ottenuto per il caso che la condizione non si verifichi: e ciò *quia poena contumaciae praestatur ab eo qui non exhibet*. Una volta verificatasi la condizione, peraltro, il legatario potrebbe pretendere dall'erede il soddisfacimento del suo diritto. Si presentano allora due possibilità: se l'azione interdittale a suo tempo era stata concessa contro l'erede e quindi l'erede stesso aveva dovuto soggiacere alla condanna interdittale, contro l'azione del legatario che *legatum petat* è opponibile ora *l'exceptio doli*; invece, se il giudizio precedente era stato intentato contro un terzo poi risultato soccombente, nulla impedisce ora che il legatario agisca contro l'erede per l'adempimento del legato.

Ma qui sorgono i primi dubbi. Il fatto che il legatario, una volta ottenuta contro l'erede la condanna all'*aestimatio legati ex interdicto*, non possa più agire contro l'erede stesso, potrebbe essere consono ai principi dell'acquisto della proprietà mediante l'*aestimatio*, ma mal si concilia con quanto precedentemente affermato, e cioè che la *stipulatio* per la restituzione rimane esclusa in quanto colui che non esibisce deve subire la *poena contumaciae*. Inoltre si dovrebbe giustificare la diversa situazione stabilita per il terzo soccombente *ex interdicto*, il quale sembra che non possa in nessun caso andare esente dalla *poena contumaciae*. Ed infine non appare pacifico a tutta prima che la stessa *distinctio* (cioè le due situazioni cui si accennava pri-

---

<sup>(53)</sup> D. 43, 5, 3, 12 *Quare si heres scriptus hoc interdicto experiatur, ad hereditatem referenda est aestimatio.*

<sup>(54)</sup> D. 43, 5, 3, 13 (citato anche *supra*, nel testo) *Et si legatum sit, tantum venit in aestimationem, quantum sit in legato.*

ma per il caso del legatario) possa applicarsi anche al caso che sia l'erede a richiedere l'esibizione delle *tabulae*.

Esaminiamo in particolare la fattispecie.

Quando si fa ricorso all'interdetto *de tabulis exhibendis*? Si risponde comunemente, seguendo gli insegnamenti della dottrina <sup>(55)</sup>, che l'interdetto viene richiesto ogni volta che si debba far valere un interesse alla semplice esibizione del testamento in funzione di verifica e di controllo, senza nessuna pretesa di carattere reale; e con ciò si viene a contrapporre l'interdetto all'*actio ad exhibendum*, in cui l'attore vanterebbe sulla cosa un vero e proprio diritto di proprietà.

Da un punto di vista pratico una prima ipotesi di applicazione dell'*interdictum* suddetto la si può ricavare forse dal Digesto, ed in particolare dal titolo 3 del libro 36, *ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur*. Il pretore aveva ritenuto opportuno che ai legatari si desse garanzia circa la conservazione dei legati mediante *stipulatio* o *satisfatio* <sup>(56)</sup>.

(55) Cfr. G. G. ARCHI, *Interesse privato e interesse pubblico nell'apertura e pubblicazione del testamento romano (Storia di una vicenda)*, in *IURA* 20 (1969), p. 351 ss.; secondo l'autore citato l'*exhibere* dell'*interdictum* assume un valore ed una funzione particolare che prescinde totalmente dal recupero materiale delle *tabulae*, accontentandosi, per contro, « della liquidazione del danno commisurata al valore dell'eredità » (p. 35), mentre l'*actio ad exhibendum* avrebbe una funzione prettamente recuperatoria. Il MARRONE (*L'actio*, cit., p. 254 nt. 218) sostiene invece una identità di funzioni fra i due mezzi processuali, interdetto esibitorio ed *actio ad exhibendum*, e perciò riconosce all'erede la possibilità di scegliere alternativamente l'uno o l'altra. Una tesi intermedia è appoggiata dal BISCARDI (voce « *Interdictum de tabulis exhibendis* », in *Noviss. Dig. Ital.* 8, Torino 1962, p. 805), il quale, dopo aver individuato la funzione dell'interdetto che « è da intendere qui nel senso della possibilità offerta all'impetrante di accertare l'autenticità delle *tabulae*, di esaminarne il contenuto e, se del caso, di prenderne copia (cfr. D. 29, 3, 2, 45; D. eod., 1 pr.-1) », ne prende in esame la legittimazione attiva, estesa a tutti coloro che ne abbiano interesse (e perciò oltre all'erede sono previsti « i sostituti, i manomessi, i legatari, i fedecommissari, ecc. »), precisando che « l'unica differenza tra l'erede e tutti gli altri interessati è che soltanto il primo avrà la scelta fra interdetto e *actio ad exhibendum*, essendo il solo al cui interesse conoscitivo si aggiunga un interesse di natura reale all'esibizione delle *tabulae* (D. 10, 4, 3, 8), che sono di sua proprietà, e che egli solo potrà rivendicare ».

(56) Cfr. D. 36, 3, 1 pr.-3 (ULP. 1. 79 *ad ed.*) *Legatorum nomine satisfidari oportere praetor putavit, ut, quibus testator dari fiverit voluit, his diebus detur*

A tale *stipulatio* erano tenuti l'erede nei confronti del legatario <sup>(57)</sup> ed il fedecommissario nei confronti dell'erede e dei legatari <sup>(58)</sup>. Il caso in cui l'opportunità della *stipulatio* risalta con maggior evidenza è quello del legato sottoposto a condizione; ma le fonti affermano che la stessa garanzia poteva essere richiesta anche quando non fosse prevista alcuna dilazione all'acquisto del diritto <sup>(59)</sup>.

Nel caso che l'obbligato rifiutasse di prestare la *cautio*, il legatario — per limitarci al caso del legatario — veniva immesso nel possesso dei beni a lui legati <sup>(60)</sup>; a tal fine, però, sulla

---

*vel fiat dolumque malum afuturum stipulentur. 1. Semper autem satisfacere cogitur, cuiuscumque sit dignitatis vel facultatum quarumcumque heres. 2. Nec sine ratione hoc praetori visum est, sicuti heres incumbit possessioni bonorum, ita legatarios quoque carere non debere bonis defuncti: sed aut satisfacitur eis aut, si satis non datur, in possessionem bonorum venire praetor voluit. 3. Non solum autem omnibus legatariis satisfacere oportet, sed et successoribus legatariorum satisfacere debere iam constat, quamvis isti non ex iudicio defuncti, sed successionis necessitate quasi ad aes alienum admittantur.*

Sul problema si legga S. SOLAZZI, *Note minime sulla « cautio legatorum servandorum causa »*, in *RISG* 3 (1949), p. 38 ss.

<sup>(57)</sup> Cfr. D. 36, 3, 1, 1, citato nella nota precedente. Inoltre non soltanto l'erede istituito doveva dare garanzia per i legati, ma anche il sostituto: *Certe sive ex asse sive ex parte quis legatum debeat, cavere debet, sive institutus sit heres sive substitutus* (D. 36, 3, 1, 12).

D'altronde, benchè la *cautio* assuma propriamente il nome di « *cautio legatorum vel fideicommissorum servandorum* » (così la rubrica del titolo D, 36, 4), le fonti documentano addirittura l'esistenza di un'analoga *cautio* che deve essere prestata dall'erede istituito nei confronti dell'erede sostituto: si legga D. 2, 3, 12 (ULP. I. 75 *ad ed.*) *Inter omnes convenit heredem sub condicione, pendente condicione possidentem hereditatem, substituto cavere debere de hereditate, et, si defecerit condicio, adeuntem hereditatem substitutum et petere hereditatem posse et, si optinuerit, committi stipulationem. et plerumque ipse praetor et ante condicionem existentem et ante diem petitionis venientem ex causa iubere solet stipulationem interponi*. Si può forse parlare di una « *cautio hereditatis servandae* »?

<sup>(58)</sup> Cfr. 36, 3, 14 pr. (ULP. I. 79 *ad ed.*) *Haec stipulatio et in fideicommissis locum habet, sive pure fideicommissum sit relictum sive ex die certa vel incerta vel sub condicione, sive res aliqua sive hereditas sive ius aliquod relictum est*. Si legga anche D. 36, 3, 15, 2 (PAUL. I. 75 *ad ed.*: *Etiam si ab intestato debeatur fideicommissum, locum habet haec stipulatio*).

<sup>(59)</sup> Cfr. D. 36, 3, 15 pr. (PAUL. I. 75 *ad ed.*) *Etiam de praesenti legato locum habet haec stipulatio, quoniam nonnullas moras exercitio iudicii habet*.

<sup>(60)</sup> Cfr. D. 36, 3, 1, 2 (ULP. I. 79 *ad ed.*) *Nec sine ratione hoc praetori visum est, sicuti heres incumbit possessioni bonorum, ita legatarios quoque carere*

base di un rescritto di Antonino Pio, doveva presentare le prove del suo diritto rappresentate dalle tavole testamentarie o dai codicilli <sup>(61)</sup>. Pertanto è logico pensare che l'onorato richiedesse questi documenti — nel nostro caso, appunto, le tavole testamentarie — a colui che li possedeva: e quest'ultimo poteva essere lo stesso erede onerato di legato e che aveva rifiutato di prestare garanzia, oppure un terzo che li avesse avuti per esempio in deposito. Se non otteneva soddisfazione pacificamente, il legatario doveva ricorrere all'autorità del pretore e con una *postulatio exhibitionis* otteneva il decreto o interdetto esibitorio.

A questo punto si può ritenere applicabile il disposto di D. 43, 5, 3, 13-15, e pertanto bisogna tener distinte le due ipotesi:

1) se le *tabulae* sono in possesso dell'erede e questi non le esibisce, il legatario agisce contro di lui *ex interdicto*, ottenendone la condanna ad una somma pari al valore del legato condizionato; qualora poi venga ad esistenza la condizione e quindi il legatario sia legittimato ad agire contro l'erede per il legato, la sua azione potrà essere paralizzata dall'*exceptio doli*, in quanto egli ha già ottenuto lo stesso valore (il legato) e dallo stesso soggetto con l'azione *ex interdicto* <sup>(62)</sup>;

---

*non debere bonis defuncti: sed aut satisfabitur eis aut, si satis non datur, in possessionem bonorum venire praetor voluit.* Così anche D. 36, 3, 4; D. 36, 4, 1, 1; D. 36, 4, 2; D. 36, 4, 5 (in particolare il paragrafo 5); D. 36, 4, 8. Comunque si tratta di un possesso particolare che non sembra essere convertibile in dominio per usucapione: cfr. D. 36, 4, 5 pr. (ULP. 1. 52 ad ed.) *Is cui legatorum fidei commissorum nomine non cavetur missus in possessionem nunquam pro domino esse incipit. nec tam possessio rerum ei quam custodia datur: neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem.*

<sup>(61)</sup> Cfr. D. 36, 3, 5, 2 (PAP. 1. 28 quaest.) *Si dies aut condicio legati fidei commissi petitionem actionemve differre dicatur, et ideo satisfatio desideretur, heres autem per calumniam postulari contendat et relictum neget, non aliter audiendus erit qui cavere postulat, quam si scripturam, qua relictum adfirmet, exhibuerit.*

<sup>(62)</sup> L'esecuzione della condanna interdittale contro il possessore delle *tabulae* viene ad assumere un valore sussidiario rispetto a quel possesso interinale dei beni che il pretore non può concedere proprio perchè il soccombente *ex interdicto* si era rifiutato di esibire il testamento.

2) invece, se le *tabulae* sono possedute da un terzo che non le esibisce, il legatario agisce contro di lui *ex interdicto* e ne ottiene la condanna all'*aestimatio legati*; in seguito, avveratasi la condizione, egli potrà ancora agire contro l'erede per il legato.

Tralasciando per il momento il problema di un'eventuale restituzione al terzo nell'ultima ipotesi considerata — tema, questo, sul quale ci sarà modo di ritornare in seguito — conviene accennare ora all'*eadem distinctio* nei confronti dell'erede.

Se per esempio Tizio è stato istituito erede sotto condizione, non avendo ottenuto la *cautio hereditatis servandae causa* nella pendenza della condizione stessa, può vedersi costretto ad agire *ex interdicto* contro Caio che possiede le *tabulae* testamentarie e non le esibisce: la condanna è commisurata sul valore dell'eredità. Quando poi si verifica la condizione cui era sottoposta la delazione ereditaria, l'erede potrà agire anche con la *petitio hereditatis*, la quale sarà intentata contro Caio (se Caio è allo stesso tempo possessore delle *tabulae* e dei beni ereditari), ovvero contro altri (presumendo, in questo caso, che questi « altri » siano possessori dell'eredità). Pertanto, nel primo caso Caio, convenuto con la *petitio hereditatis*, potrà opporre l'*exceptio doli*; invece nel secondo caso all'azione per l'eredità non potranno essere opposte eccezioni. In ogni modo è chiaro che per l'erede il problema sorge quando egli debba rivendicare l'eredità, e che la stessa *distinctio* potrà essere applicata nel suo caso in base al fatto che il convenuto della *petitio hereditatis* sia, o non sia, possessore delle *tabulae testamentarie*, e quindi convenuto anche nell'*actio ex interdicto*.

Anche qui la possibilità di opporre l'*exceptio doli* alla *petitio hereditatis* sarebbe giustificata dal fatto che l'erede avrebbe già ottenuto da parte dello stesso soggetto obbligato il soddisfacimento del suo diritto (l'*aestimatio hereditatis*) in sede di procedimento interdittale.

Ma, come già si è detto, questa conclusione appare in con-

trasto con l'affermazione precedente *nec compelli debebit ad cavendum, ut se restitutum caveat, quidquid consecutus est, si condicio defecerit, quia poena contumaciae praestatur ab eo qui non exhibet*.

Di *contumacia* si parla spesso nelle fonti a proposito dell'inottemperanza all'ordine magistratuale di esibizione<sup>(63)</sup>. Ed in particolare si noti che di *contumacia* in tal senso si fa parola proprio a proposito di un caso analogo, D. 36, 3, 5, 1, cioè nel caso che forma il precedente logico (o. almeno, uno dei precedenti) dell'interdetto esibitorio, quello dell'erede che si rifiuta di prestare garanzia per la conservazione dei legati condizionati durante la pendenza della condizione. Peraltro si è discusso se nel diritto classico si possa parlare anche di una *poena contumaciae*, e se sia nato nel periodo classico il giuramento estimatorio diretto a punire la *contumacia*, che compare in questo come in altri testi<sup>(64)</sup>.

Comunque sia, il passo presenta chiari segni di interpolazione: infatti non sarebbe altrimenti giustificabile la contraddizione che si viene a creare nel testo fra quella *poena contumaciae*, che deve gravare sempre su chi non esibisce e per il solo fatto della non esibizione da un lato, e dall'altro quell'*exceptio doli*, certamente classica, con cui l'erede può paralizzare l'azione del legatario contro di lui.

In particolare non mi sembra che nel diritto classico si possa parlare di una vera e propria *poena contumaciae*<sup>(65)</sup>. Sa-

---

(63) Cfr. D. 49, 1, 28, 1 (SCAEV. 1. 25 dig.) *Iussus a iudice exhibere secundum praeceptum praesidis provinciae rationes, quas apud se esse caverat, instrumentorum gratia data dilatione nec postea exhibuit ideoque secundum constitutionem recitatum, quia per contumaciam instrumenta non exhibuerat, ...* (a parte le evidenti interpolazioni su cui L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano 1958, p. 165 s.).

Sul concetto di contumacia si vedano E. VOLTERRA, *Contumacia nei testi giuridici romani*, in *BIDR* 38 (1930), p. 142 ss., e CHIAZZESE, *op. cit.*, p. 113 ss.

(64) Così CHIAZZESE, *op. cit.*, p. 147 ss., ed in specie p. 151 s.

(65) Non è opportuno prendere posizione qui nella polemica ancora aperta circa i rapporti di interdipendenza fra *iusiurandum in litem*, *contumacia*, *arbitrium iudicis* ed azioni preordinate ad una *restitutio* (su cui, da ultimo, S. SCHIPANI, *Zum*

rebbero stati i compilatori ad inserire nel testo in esame la menzione della *poena contumaciae*, ed in conformità ad essa avrebbero poi negato la necessità di una *cautio* con cui si promettesse la restituzione di quanto si fosse ottenuto *ex interdicto* per il caso che la condizione non si fosse verificata <sup>(66)</sup>.

In realtà, però, mentre da un punto di vista sostanziale l'intervento dei compilatori nel testo ha avuto, come si è detto, risultati profondi, dal punto di vista formale essi si sarebbero limitati a volgere al negativo una frase positiva, negando la necessità di una *cautio* che invece doveva essere richiesta nel testo originale <sup>(67)</sup>. Perciò il commentario *ad edictum* di Ulpiano avrebbe disposto originariamente che, qualora non si verificasse la condizione, in base alla *cautio* il legatario fosse tenuto a restituire quanto avesse ottenuto precedentemente con la condanna *ex interdicto* dell'altra parte. Invece, se la condizione non si fosse verificata, la condanna del processo interdittale avrebbe dovuto valere quasi come adempimento del legato

---

*iusiurandum in litem bei den dinglichen Klagen*, in *Studien im römischen Recht. Max Kaser zum 65. Geburtstag*, Berlin 1973, p. 169 ss., ed ivi bibliogr.); certamente, però, il diritto classico non può aver concepito il giuramento estimatorio che consegue alla *contumacia* come una *poena* in senso tecnico. L'espressione è ritenuta spuria anche dal VOLTERRA (*op. cit.*, p. 123 nt. 1), che riprende e fa propria la critica di E. LEVY, *Die Haftung mehrerer Tutoren*, in *ZSS* 37 (1916), p. 63 nt. 6; così anche A. GUARNERI CITATI, *Indice delle parole e delle frasi ritenute interpolate nel Corpus Iuris*, Roma 1923, p. 19.

<sup>(66)</sup> Senza ulteriori precisazioni si sarebbe portati ad espungere dal passo tutta la frase *nec compelli - non exhibet*. Del testo di Ulpiano rimarrebbe allora la proposizione generale, che afferma la possibilità di agire in pendenza della condizione *quasi condicione existente* (affermazione questa che il giurista leggeva nell'editto) e il caso particolare, *inde quaeritur*, con la sua particolare risposta, *et putem*. Però, in tal modo, verrebbe a mancare completamente la previsione, e quindi la disciplina, del caso in cui la condizione non si fosse verificata.

<sup>(67)</sup> I compilatori avrebbero trasformato un *et* in *nec*, e poi vi avrebbero aggiunto la causale *quia - non exhibet*, che così funge anche da causale dell'interpolazione. Pertanto, la ricostruzione che proporrei è la seguente:

*et si legatum sit, tantum venit in aestimationem, quantum sit in legato: et si sub condicione legatum sit, quasi condicione existente sic aestimandum est, <et> [nec] compelli debebit ad cavendum, ut se restitutum caveat quidquid consecutus est, si condicio defecerit, [quia poena contumaciae praestatur ab eo qui non exhibet]. Inde quaeritur...*

quando fosse stata comminata contro l'erede (il quale avrebbe potuto paralizzare la nuova eventuale azione del legatario mediante *exceptio doli*), mentre non avrebbe impedito una nuova *petitio legati* quando fosse stata pronunciata contro un *alius*, cioè un terzo possessore delle *tabulae* non esibite.

Ulpiano non dice quale fosse la sorte della condanna subita dall'*alius* al momento in cui la condizione non è più un evento futuro ed incerto.

La *ratio* della condanna consisterebbe nell'opportunità di concedere all'onorato *sub condicione* un certo appagamento del suo diritto per il caso che, verificatasi la condizione, i beni legati (o i beni ereditari) risultassero periti o deteriorati. Su questa base si giustifica l'*aestimatio* della condanna che viene eseguita *quasi condicione existente* <sup>(68)</sup>, cioè per il valore complessivo della liberalità.

Ma se la condizione non si verifica, non viene ad effetto il diritto del legatario (o dell'erede), e perciò non sembra avere più nessuna giustificazione quella condanna precedente nella misura del *quod interest quasi condicione existente*. A questo riguardo tuttavia mi sembra che il problema non sorga: infatti la *cautio ut se restitutum* ha un valore generale e perciò deve essere prestata al soccombente in ogni caso, sia esso l'erede sia il terzo <sup>(69)</sup>.

Diverso è il caso in cui, verificandosi la condizione, i beni non risultino nè periti nè deteriorati: anche in questo caso la

---

<sup>(68)</sup> Si noti l'affinità di situazione fra D. 9, 2, 40 e D. 43, 5, 3, 13-15: l'eccezionalità del procedimento *quasi condicione existente* risiede anche per quest'ultimo caso nella possibilità che viene concessa dal pretore di determinare l'ammontare della condanna *quasi condicione existente*: infatti l'accertamento del giudizio interdittale non riguarda affatto il rapporto condizionato, bensì soltanto l'esistenza di un *interdictum esibitorio* cui non si sia volontariamente adempiuto (cfr. *supra*, nt. 18).

<sup>(69)</sup> Si può notare ancora un'analogia con D. 9, 2, 40: nel passo di Paolo si diceva che *si condicio defecerit* la sentenza non avrebbe dovuto avere nessun valore e quindi ne sarebbero venute meno le conseguenze patrimoniali; e in questo caso, sia pure attraverso un meccanismo diverso, si ottiene lo stesso risultato, cioè il venir meno delle conseguenze patrimoniali della condanna interdittale.

condanna precedente non sembra più giustificabile nel momento in cui l'onorato inizia l'azione per il legato (o per l'eredità). Secondo la lettera del testo l'erede già condannato può valersi dell'*exceptio doli*; invece per ciò che riguarda l'*alius*, di fronte al silenzio delle fonti, si può forse ipotizzare anche per questo caso la prestazione di una *cautio ut se restitutum* <sup>(70)</sup>.

Mi sembra opportuno ora definire se anche nel caso di D. 43, 5, 3, 13-15 si possa parlare di condanna condizionata.

Nell'ipotesi esiste una condanna emanata secondo il normale procedimento *ex interdicto*, e pertanto di per se stessa pienamente efficace. Essa è diretta ad accertare un diritto che non è il diritto all'eredità o al legato, il quale, non essendosi ancora verificata la condizione, non si può dire esistente. Quello che deve essere accertato *in primis* è la legittimità o meno dell'inottemperanza all'interdetto esibitorio, e quindi il diritto all'esibizione ed il conseguente ammontare dell'interesse alla esibizione stessa: è palese che tale interesse dipende necessariamente dalla titolarità del diritto all'*hereditas* o al legato, ma la verifica di tale titolarità si pone solamente come presupposto, e perciò va conosciuta dal giudice solo in via pregiudiziale <sup>(71)</sup>. E ciò è tanto vero che l'aver esperito questa azione non esclude che, in seguito, si possa o magari si debba agire per il riconoscimento del diritto, con l'*actio ex testamento* o con la *reivindicatio* nel caso del legato, oppure con la *petitio hereditatis* nel caso dell'*hereditas*: allora il diritto dovrà essere dimostrato ed accertato in forma piena. Insomma la titolarità del di-

---

<sup>(70)</sup> A questa conclusione giungo sia per ragioni di equità, sia in base agli stretti rapporti di analogia con D. 9, 2, 40: infatti anche in quel caso si diceva che, se, una volta verificatasi la condizione, i testimoni (o, comunque, le altre *probationes*) fossero stati ancora disponibili, logicamente si sarebbe dovuto pensare ad una nullità della sentenza precedente sulla base del principio che *si possit alias probare non patitur damnum* (cfr. *supra*, p. 32).

<sup>(71)</sup> Ancora un'altra analogia con D. 9, 2, 40: il giudizio *de quo* nell'uno come nell'altro caso richiede che il giudice accerti pregiudizialmente l'esistenza del rapporto condizionato per la determinazione dell'ammontare della condanna (cfr. *supra*, p. 31 s.).

ritto sostanziale non rimane affatto pregiudicata dal risultato, qualunque esso sia, dell'azione interdittale.

Quanto alla condizione di cui al passo D. 43, 5, 3, 13-15, essa influisce sulla condanna, ma con modalità e risultati diversi da quelli che si son visti in D. 9, 2, 40. Là, a proposito della condanna condizionata Paolo aveva affermato che la sua *exactio* non sarebbe stata immediata (come risulta invece nel caso di D. 43, 5, 3, 13-15), ma avrebbe subito essa le conseguenze sospensive della condizione del credito. Qui, al contrario, la condanna produce subito tutti i suoi effetti, subito sorge l'obbligazione di adempiere al giudicato (*iudicatum facere oportere*), e quindi subito cominciano a decorrere i termini per la proposizione dell'*actio iudicati* nel caso di inadempimento; soltanto che, se a suo tempo la condizione non si verifica, il soccombente può valersi della *cautio* per ottenere la restituzione di quanto abbia pagato a cagione della condanna interdittale.

Pertanto, se altrove (D. 9, 2, 40) la condizione sospensiva del negozio aveva lo stesso effetto sospensivo anche sulla condanna, qui invece la condanna apparirebbe sottoposta ad un effetto risolutivo, in quanto le sue conseguenze verrebbero meno al verificarsi di un determinato evento<sup>(72)</sup>: se davanti ai testi di Paolo si poteva pensare che la condizione dell'*exactio* altro non fosse che il riflesso della condizione apposta al negozio, nel caso del testo di Ulpiano la stessa considerazione non è possibile. Infatti, sulla sentenza non agisce la stessa condizione che era apposta al negozio, ma un'altra, in tutto uguale meno che in un carattere: la condizione del negozio viene capovolta, trasformata da positiva in negativa, e pertanto la condanna produce subito le sue conseguenze, ma queste vengono risolte al ve-

---

(72) È noto come la condizione risolutiva fosse sconosciuta al diritto romano; tuttavia i giuristi romani ottenevano gli stessi risultati sottoponendo il negozio ad un patto di risoluzione sospensivamente condizionato. È il nostro caso: al semplice patto di risoluzione si sostituisce qui la *cautio*, che dà una maggior garanzia anche giudiziaria. Sul problema in particolare ARCHI, voce *Condizione (diritto romano)*, in *Enc. del Dir.* 8, Milano 1961, p. 743.

rificarsi dell'evento contrario a quello dedotto in condizione. Nei dettagli la situazione sarebbe la seguente: ipotizzando come *cautio* una promessa verbale solenne, il legatario il cui lascito è sottoposto alla condizione *si navis ex Asia venerit* promette la restituzione di quanto abbia ottenuto con la sentenza interdittale, ma l'efficacia di questa promessa è subordinata al verificarsi della condizione *nisi navis ex Asia venerit*. Viceversa, se la nave tornerà dall'Asia (che era la forma della condizione del lascito), la *cautio* non produrrà alcun effetto, mentre continueranno a prodursi gli effetti della condanna interdittale.

Pertanto, a ben guardare, la condizione risulta apposta alla *cautio* e non alla condanna vera e propria; la *cautio* poi si ricollega alla condanna in un rapporto *ad relationem* <sup>(73)</sup>, ma in maniera tale che, in sostanza, è la sentenza a rimanere condizionata, sia pure risolutivamente. Ciò è dimostrato dal venir meno di tutte, indistintamente, le conseguenze della condanna: come nel caso di D. 9, 2, 40 la condizione produceva i suoi effetti sul rapporto obbligatorio derivante dalla condanna sospendendone l'efficacia, nel caso di D. 43, 5, 3, 13-15 la condizione agisce ugualmente sull'obbligazione del *iudicatum facere oportere*, sia pure con efficacia risolutiva.

Pertanto, se la condizione (negativa) si verifica nei trenta giorni fra la pronuncia della condanna interdittale ed il termine ultimo per proporre l'*actio iudicati*, quest'ultima non ha più ragione di essere e, se richiesta, dovrà essere denegata.

---

(73) In sostanza la disposizione testamentaria del legato avrebbe prodotto i suoi effetti *si navis ex Asia venerit*, e quindi la condanna del processo interdittale continuerà a produrre i suoi effetti *si navis ex Asia venerit*; ma il verificarsi di effetti nuovi, questa volta risolutivi, si avrà *nisi navis ex Asia venerit*.