

ANNA MARIA GIOMARO

GAI. IV, 57
RIFLESSIONI E SPUNTI CRITICI



SOMMARIO: 1. GAI. 4,57: impostazione dei problemi relativi al *plus* e *minus in condemnatione*; individuazione della fattispecie e delle conseguenze giuridiche. — 2. Verificabilità di una *pluris condemnatio re*. — 3. *Idem* di una *pluris condemnatio tempore*. — 4. *Idem* di una *pluris condemnatio loco*. — 5. *Idem* di una *pluris condemnatio causa*. — 6. GAI. 4,55: verificabilità di un errore nella *condemnatio* relativamente alle *formulae incertae*, alle *formulae in rem ad incertam partem*, alle ipotesi di *aliud pro alio*. — 7. La *condemnatio cum deductione* delle azioni esperite da un *bonorum emptor*. — 8. Gli effetti del *plus* e *minus in condemnatione*. — 9. Poteri del giudice in ipotesi di *plus* e *minus in condemnatione*.

1. Nelle Istituzioni di Gaio, subito dopo l'esposizione delle linee generali e dei modi della *pluris petitio*, si legge un passo piuttosto oscuro circa un non meglio identificato *plus in condemnatione*:

GAI. 4,57. At si in condemnatione plus positum sit quam oportet, actoris quidem periculum nullum est, sed reus, cum iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio. Si vero minus positum fuerit quam oportet, hoc solum consequitur actor, quod posuit: nam tota quidem res in iudicium deducitur, constringitur autem condemnationis fine, quam iudex egredi non potest. Nec ex ea parte praetor in integrum restituit: facillius enim reis praetor succurrit quam actoribus. Loquimus autem exceptis minoribus XXV annorum; nam huius aetatis hominibus in omnibus rebus lapsis praetor succurrit.

A tutta prima si sarebbe tentati di rifiutare il passo nella sua interezza. Data la rigorosa corrispondenza che deve esistere nel periodo classico fra *intentio* e *condemnatio* non dovrebbe

essere possibile parlare di un *plus* nella *condemnatio* che non corrisponda ad un *plus* nell'*intentio*; e pertanto si potrebbe ritenere che la stessa collocazione del discorso in Gaio dopo la *pluris petitio* rispecchi quella che doveva essere la situazione reale, e cioè che un *plus in condemnatione* dovesse seguire necessariamente un eguale *plus in intentione*. Invero questa troppo semplicistica spiegazione del passo viene contraddetta da due ordini di ragioni:

1) innanzi tutto da una ragione di logica del discorso: se il *plus in condemnatione* si potesse verificare solamente come conseguenza di un *plus in intentione*, il giurista non ne avrebbe parlato separatamente, col rischio di ingenerare una qualche confusione;

2) in secondo luogo da una ragione più tecnica e stringente che appare dalla lettura dei testi: nel caso che il *plus in condemnatione* derivasse necessariamente da un eguale *plus in intentione*, le conseguenze delle due ipotesi dovrebbero essere identiche, mentre, al contrario, Gaio riporta una disciplina completamente differente circa le conseguenze dei due tipi di *plus*. Direi anzi che esse risultano essere esattamente opposte:

plus in intentione:

GAI. 4,56. Sed plus quidem intendere, sicut supra diximus, periculosum est . . .

minus in intentione:

GAI. 4,56. minus autem intendere licet, sed de reliquo intra eiusdem praeturae agere non permittitur: nam qui ita agit

plus in condemnatione:

GAI. 4,57. At si in condemnatione plus positum sit quam oportet, actoris quidem periculum nullum est . . .

minus in condemnatione ⁽¹⁾:

GAI. 4,57. Si vero minus positum fuerit quam oportet, hoc solum consequitur actor, quod

(¹) Infatti tutto quanto si è detto a proposito del *plus in condemnatione* deve essere ripetuto ugualmente per il fenomeno contrario.

per exceptionem excluditur, posuit: nam tota quidem res in
 quae exceptio appellatur litis iudicium deducitur, constringi-
 dividuae. tur autem condemnationis fine,
 quam iudex egredi non potest.

Dunque se ne deve concludere che esiste un'autonoma situa-
 zione di *plus* o *minus in condemnatione*. Inoltre, poiché tale
 situazione deve verificarsi autonomamente rispetto ad un eventua-
 le errore dell'*intentio*, la prima e più rilevante conseguenza del
 fenomeno deve essere una palese difformità fra l'*intentio* (che si
 deve presupporre esatta) e la *condemnatio*. Pertanto il *plus* o
minus della *condemnatio* non deve essere calcolato soltanto co-
 me *plus* o *minus* rispetto al rapporto sostanziale dedotto in giudi-
 zio, ma anche e soprattutto rispetto alla pretesa dell'attore così
 come appare formulata nell'*intentio* ⁽²⁾.

Ma — si può obiettare — come può essere che si addiven-
 ga ad una *litis contestatio* su una formula così palesemente incon-
 grua nelle sue parti? Eppure il passo di Gaio non lascia dubbi
 in proposito. La dottrina parla genericamente di errore nella re-
 dazione della *condemnatio* ⁽³⁾. Ma questa precisazione non chiari-

⁽²⁾ Cfr. PROVERA, *La 'pluris petitio' nel processo romano, I, La procedura formulare*, Torino 1958, p. 10. Ma altrove (p. 15) lo stesso Autore sembra ricollegare l'ipotesi del *plus in condemnatione* ad ipotesi di «domanda esorbitante dai giusti limiti». Il che, unito alla considerazione che «il *iudex* ha tutti e solo quei poteri che gli risultano attribuiti dalla formula, entro limiti più o meno rigorosi», se gli consente di fornire un'appropriata giustificazione alla situazione della *condemnatio minoris*, non mi sembra invece sufficiente a giustificare la particolare disciplina della *condemnatio pluris* (*op. cit.*, p. 16).

⁽³⁾ Non mi risulta che il passo sia stato esaminato a fondo per se stesso ed in particolare dal punto di vista di chi voglia individuare il caso descrittivo e gli effetti che ne derivano. La critica interpolazionistica si limita ad espungerne poche parole di congiunzione fra le varie frasi, e tutt'al più ad aggiungere talune precisazioni che nell'economia del discorso risultano del tutto pleonastiche [si veda per tutti BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in *ZSS* (1948), p. 270]. Talora ci si è accontentati di una semplice versione del passo, più che di una vera e propria interpretazione critica: così SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Padova 1936, p. 190; così ARANCIO-RUIZ, *Il processo privato romano*, Roma 1951, p. 49 ss.; così NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, A, Milano 1973, p. 122 s.

Il FERRINI [*Die processualische Consumption der 'actio de peculio'*, in *ZSS* 21

sce ancora la situazione, potendo l'errore assumere diversi aspet-

(1900), p. 198 e nt. 2], riferendosi specificamente a questo passo ne parla come di una definizione generale di errore nella *condemnatio*, cui sarebbe applicabile, come si desume dallo stesso passo, un generale istituto di *restitutio ex capite erroris*. Un accenno in tal senso si legge anche in HERDLITZKA, *Die Bedeutung des Besitzes für die Verurteilung des Vindikationsbeklagten im klassischen römischen Recht*, in ZSS 49 (1929), p. 303, e in BEKKER, *Ueber Anfang und Ende des 'in iure' Verfahrens, im römischen Formularprozess: ius dicere - litem contestari*, in ZSS 27 (1906), p. 24, il quale, più precisamente, parla di una *litis contestatio* celebrata «ungültig». Sempre dal punto di vista dell'errore, ancora non meglio identificato, ne fanno cenno il VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano 1937, p. 246 s. e lo ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961, in part. p. 168: i due autori valutano il passo quasi esclusivamente dal punto di vista della scusabilità dell'errore, requisito richiesto perché si possa dare rilevanza all'errore stesso. Ma il parlare della scusabilità dell'errore presuppone che esso sia visto in rapporto alla persona dell'attore (o al limite anche del *reus*) e a lui imputabile: così anche il BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano 1973, p. 363.

Torna alla mente l'accesa discussione fra il WLISSAK [*Die klassische Prozessformel*, I, Wien und Leipzig 1924, p. 152 nt. 61] ed il SOLAZZI [*Sulle classificazioni delle 'exceptiones'*, (1949), ora in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli 1960, p. 146 s., ed anche *Studi romanistici, Ommissione di 'exceptiones'*, (1949), ora in *Scritti cit.*, V, p. 210 ss.] circa l'identificazione di un caso di errore nella *condemnatio* nell'ipotesi di omissione di un'*exceptio peremptoria* descritta da GAI. 4,125. Secondo il Solazzi i due casi sarebbero da identificarsi l'uno con l'altro; l'errore sarebbe riferibile al *reus* il quale, per quel che riguarda in particolare GAI. 4,125, non ritenne di dover richiedere al pretore l'eccezione in parola: di qui l'errore che verrebbe a dimostrarsi nella *condemnatio*. Ebbene certamente non si può dubitare che il fondamento di una *restitutio in integrum* debba essere sempre, anche qui, un *iustus error* (ZILLETTI, *op. cit.*, p. 16 nt. 14; BRUTTI, *op. cit.*, p. 332 nt. 5) e che l'espressione «*cum iniquam formulam acceperit*» di GAI. 4,57 esprima il movente di politica giudiziaria del provvedimento (così dice ZILLETTI, *loc. cit.*), ma ritengo sia nel vero il Wlassak allorché afferma che le due testimonianze non possono essere accostate in quanto in GAI. 4,57 — come riferisce il Brutti (*loc. cit.*) — «l'iniquità ha origine da una iniquità della formula che è invece esteriormente immune da errori in GAI. 4,125». Inoltre l'errore di GAI. 4,57 non può essere fatto risalire alle parti, o per lo meno non solo ad esse: il Wlassak (*loc. cit.*) fa riferimento appunto alla responsabilità del magistrato; lo stesso Brutti si trova costretto a dire che il caso di GAI. 4,57, per mancanza di ulteriori precisazioni, non risulta classificabile né fra quelli di errore scusabile né fra quelli di errore non scusabile (*op. cit.*, p. 235 e p. 247).

Ancora un accenno a GAI. 4,57 si legge fra le ipotesi di *restitutio in integrum* cui si riferisce il KASER, *Zur 'in integrum restitutio', besonders wegen 'metus' und 'dolus'*, in ZSS 94 (1977), p. 170: anche nel pensiero del romanista tedesco l'ipotesi dovrebbe essere giustificata come errore nella *condemnatio*, ma le circostanze di esso non vengono chiarite.

ti e diversi significati, ed essere imputabile più o meno a ciascuna delle tre parti del processo ⁽⁴⁾.

Il Provera, l'unico che abbia dedicato al fenomeno più di una qualche riga marginale, riferisce l'ipotesi al solo caso di un'*actio certae creditae pecuniae*, per concludere che «sono certo ipotesi di scuola, ben difficile essendo in realtà che l'attore od il convenuto accettassero una formula evidentemente iniqua per l'uno o per l'altro, dal momento che l'errore non poteva non essere avvertito dalle parti immediatamente, confrontando la somma di denaro indicata nell'*intentio* quale oggetto di un'obbligazione pecuniaria e quella indicata nella *condemnatio*» ⁽⁵⁾. Si tratterebbe in questo caso di un mero errore materiale, dovuto forse a fretta, disattenzione, inavvertenza. Ma si tratterebbe comunque di un errore che fa capo non tanto all'attore o al convenuto che hanno contestato la lite su quella formula, quanto al pretore il

⁽⁴⁾ L'errata *condemnatio* potrebbe essere stata provocata anche da una *falsa demonstratio*. L'ipotesi non è da escludere nel modo più assoluto: si è già detto come possa sembrare assurdo che ben tre persone, le parti ed il magistrato (nonché eventuali testimoni) si possano essere convinti a contestare la lite su una formula così incoerente nelle sue parti essenziali, senza essere stati indotti a ciò da un qualche falso procedimento logico. E tuttavia le parole che Gaio dedica alla *falsa demonstratio* portano ad escludere che essa possa essere la causa delle anomalie della *condemnatio*: infatti la *falsa demonstratio*, sia *in plus* che *in minus* o in un *aliud pro alio*, non danneggia affatto le parti del processo [GAI. 4,58. *Si in demonstratione plus aut minus positum sit, nihil in iudicium deducitur, et ideo res in integro manet; et hoc est quod dicitur falsa demonstratione rem non peremi*; sul punto cfr. da ARANCIO-RUIZ, *Le formole con 'demonstratio' e la loro origine*, (1912), da ultimo in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, p. 384 ss., a KASER, *Formeln mit 'intentio incerta', 'actio ex stipulatu' und 'condictio'*, in *Labeo* 22 (1976), p. 7 ss.]; inoltre sarebbe interessante approfondire l'analogia tra la *falsa demonstratio* come parte della formula e la *falsa demonstratio* alla quale è dedicata gran parte dei frammenti in tema di legati [cfr. DONATUTI, *Falsa demonstratio non nocet* (1924), ora in *Studi giuridici*, I, Milano 1976, p. 247 ss.]. Poiché in un caso almeno la *condemnatio* errata danneggia l'attore — sarebbe il caso della *condemnatio minoris* — si deve concludere che i due fenomeni, *falsa condemnatio* e *falsa demonstratio*, non sono identici. Del resto si potrebbe ripetere qui anche l'altra considerazione che si faceva a proposito dell'*intentio*: se la *pluris* o *minoris condemnatio* dovesse farsi risalire sempre e necessariamente ad una *pluris* o *minoris demonstratio*, non avrebbe senso parlare dei due fenomeni separatamente.

⁽⁵⁾ PROVERA, *op. cit.*, p. 10 s.

quale non soltanto aveva l'obbligo di sorvegliare attentamente la redazione della formula, ma altresì (e soprattutto) deve essere considerato egli l'autore dell'ordine di condannare o assolvere rivolto al giudice. A questa ipotesi lo stesso Autore ne aggiunge un'altra consistente nel « caso in cui fosse stata inserita nella *condemnatio* della formula esperita dal *bonorum emptor*, una *deductio* inferiore all'effettivo ammontare del controcredito» (6).

Ma a mio parere il *plus in condemnatione* non si esaurisce in queste due ipotesi: gli errori di formulazione della *condemnatio* potevano ben essere di vario tipo, e se Gaio ne tratta qui senza esemplificazioni, ciò può spiegarsi forse col fatto che le esemplificazioni si potevano trarre dal confronto con la trattazione parallela del *plus in intentione* e del *plus in demonstratione*.

Come questi due fenomeni anche il *plus in condemnatione* determinerebbe in ultima analisi un *plus petere*, nel senso di richiesta che esorbiti dai limiti di quanto è effettivamente dovuto (7); ma le conseguenze devono essere necessariamente diverse perché se nelle ipotesi di errore nell'*intentio* o nella *demonstratio* questo si traduce in una iniquità della condanna (essendo però la *condemnatio* in conformità con quell'*intentio* o con quella *demonstratio*), nel caso in cui l'errore coinvolga soltanto la *condemnatio* esso determinerebbe un'incoerenza giuridica della formula (più o meno riconoscibile, come si vedrà, anche senza entrare nel merito), e quindi un'incoerenza giuridica dell'intero processo.

(6) PROVERA, *op. cit.*, p. 11 nt. 4. L'Autore dice tra l'altro: «Né l'incongruenza sarebbe sfuggita al pretore, cui spettava la direzione del processo nella fase *in iure* e che avrebbe certo potuto, mediante la *denegatio actionis*, impedire la conclusione della *litis contestatio* su una formula affetta da errore tanto macroscopico. Ma si davano ipotesi in cui l'errore avrebbe potuto essere non altrettanto evidente».

(7) Così il PROVERA, *op. cit.*, p. 15. Ed in questo senso potrebbe forse essere difesa la lezione con cui si apre il passo nel codice veronese, *at si in condemnatione plus petitum sit*, che gli editori hanno letto come *positum*. Però non mi risulta che i tre tipi di errore, nell'*intentio*, nella *condemnatio* e nella *demonstratio*, siano mai stati studiati da un punto di vista unitario. Comunque uno spunto in questo senso si può forse trarre *infra*, a partire dal paragrafo 7.

In astratto si potrebbe anche dubitare che, per lo meno in casi macroscopici, una palese difformità fra *intentio* e *condemnatio* potesse consentire una qualunque conclusione del processo. Se, per esempio, Tizio vanta una pretesa di 10 che nella *condemnatio* appare essere di 5, il giudice, dopo aver accertato l'esistenza della pretesa di 10, potrà anche condannare a 5 dal momento che è obbligato a procedere rigidamente secondo le indicazioni della *condemnatio*; e può anche essere che non si provi turbamento di fronte ad una simile soluzione, iniqua, ma tale che non viola il sistema generale del diritto. Ma se di seguito ad un'*intentio* di una revindica, *si paret hominem ex iure Quiritium Auli Agerii esse*, si leggesse una *condemnatio in duplum*, o in *tripulum* (e nulla vieta che l'errore nella *condemnatio* sia di questo tipo), certamente si potrebbe rimanere per lo meno sconcertati se non altro circa l'identificazione dell'azione: e, mettendoci dalla parte del *iudex* romano, una volta accertato che si tratta effettivamente di una *revindicatio* (cosa su cui la struttura dell'*intentio* non lascia dubbi di sorta), e che effettivamente l'*homo* appartiene ad Aulo Agerio, purtuttavia non credo che ce la sentiremmo di condannare in *duplum* ⁽⁸⁾.

(8) Questa ipotesi è senz'altro paradossale; ma si può fare ugualmente qualche altro esempio. Così è noto che l'*actio redhibitoria*, secondo un noto passo del Digesto [D. 21, 1, 45 (GAIUS I. 1 ad ed. aed. cur.) *Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur venditor. nam si neque pretium neque accessionem solvat neque eum qui eo nomine obligatus erit liberet, dupli pretii et accessionis condemnari iubetur: si vero reddat pretium et accessionem vel eum qui eo nomine obligatus est liberet, simplum videtur condemnari*], può essere data in *duplum* ovvero in *simplum* a seconda che l'attore abbia o non abbia effettuato la restituzione del prezzo e delle accessioni: è chiaro che per presentare la frase di rito della *condemnatio* nella sua formulazione precisa la *formula* deve indicare anche la circostanza relativa alla possibilità della restituzione. Pertanto se tale clausola non vi è espressa, una *condemnatio* in qualsiasi modo formulata, sia in *simplum* sia in *duplum*, dovrebbe essere inesatta e potrebbe mettere il giudice in grave imbarazzo.

Un altro esempio si può trarre dalle seguenti parole del PROVERA [*Corrispondenze fra 'stipulatio' ed 'intentio'* (Riflessioni su Gaio 4, 53 d), in *Annali Univ. Camerino* 21 (1955), p. 210]: «non crediamo fosse possibile agire con un'*intentio*: *si paret vinum Campanum dare oportere*, seguita da una *condemnatio* nel *quanti ea res*

2. L'inizio del paragrafo 57 in cui Gaio entra direttamente *in medias res* senza preoccuparsi di spiegare cosa debba intendersi per *plus* (come invece ha fatto per il *plus in intentione*) potrebbe far ritenere che tutta la trattazione precedente che tiene luogo della definizione possa essere riferita anche alla *pluris condemnatio*. Allora si dovrà parlare di quattro modi di manifestazione del *plus* nella *condemnatio*, a seconda che esso si verifichi *re, tempore, loco, causa*, come è per la *pluris petitio* ⁽⁹⁾?

Non lo escluderei a priori: si tratta solo di verificarlo caso per caso, con l'unica avvertenza che mentre il *plus* nell'*intentio* deve essere calcolato valutando il diritto sostanziale dell'attore e le eccezioni del convenuto, il *plus* della *condemnatio* non può essere inteso altro che in corrispondenza con l'*intentio*. Nell'assenza pressoché totale di fonti in proposito, si tratterà naturalmente di semplici ipotesi.

Ebbene non sempre può essere possibile conseguire una perfetta corrispondenza formale fra *intentio* e *condemnatio*. Essa risulta all'evidenza soltanto nei casi in cui l'*actio* sia *in perso-*

erit, stante il difetto di struttura di una formula così congegnata, in virtù della quale il giudice avrebbe dovuto valutare in danaro una prestazione che non era specificamente determinata, senza che egli fosse autorizzato a procedere a questa determinazione». Si deve dire che secondo l'Autore la *stipulatio* di cento anfore di vino Campano sarebbe una *stipulatio incerta* e ad essa dovrebbe corrispondere «un'*intentio incerta* nel *quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet*, preceduta da una *demonstratio: quod A. Agerius de N. Negidio incertum stipulatus est*» (*op. ult. cit.*, p. 209). Ebbene proprio onde evitare «una grave incongruenza fra le due parti della formula» sarebbe stato elaborato il marchingegno della formula *incerta*.

Mi sembra però che il pericolo della «grave incongruenza» non fosse stato sventato completamente (si veda anche *infra*, p. 106, in part. nt. 41).

⁽⁹⁾ Cfr. GAI. 4, 53 a. *Plus autem quattuor modis petitur: re, tempore, loco, causa. Re, veluti si quis pro X milibus quae ei debentur XX milia petierit, aut si is, cuius ex parte res est, totam eam aut maiore ex parte suam esse intenderit*. Non dissimile è il corrispondente passo delle Istituzioni di Giustiniano, che ha consentito l'integrazione delle parole mancanti nel manoscritto veronese (I. 4, 6, 33 a). Così anche P.S. 1, 10 (*de plus petendo*) *Plus petendo causa cadimus aut loco aut summa aut tempore aut qualitate: loco alibi, summa plus, tempore petendo ante tempus, qualitate eiusdem rei speciem meliorem postulantes*, le cui espressioni sono dichiaratamente richiamate quasi una per una in CONS. 5, 4.

nam e con *intentio certa in ius*; viceversa nei casi in cui l'*intentio* dell'azione sia *incerta*, ovvero quando l'azione si presenti in *factum*, la perfetta corrispondenza non è più così agevole. Se di fronte ad un'*intentio* del tipo indicato da GAI. 4,41, *si paret N. Negidium. A. Agerio sestertium X milia dare oportere*, la *condemnatio* non può essere altra che quella indicata da GAI. 4,43, *iudex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia condemna*, in altre occasioni la pretesa dell'attore nell'*intentio* non appare così ben determinata anche quantitativamente da impedire una eventuale difformità con la *condemnatio*. Del resto anche nell'*actio certae creditae pecuniae* appare pur sempre possibile (benché non probabile) un errore materiale ⁽¹⁰⁾.

Invece una tale possibilità parrebbe da escludersi totalmente per i casi di azioni *in personam* con *intentio incerta*, cui necessariamente debba corrispondere una *condemnatio incertae pecuniae* (GAI. 4,49-51) ⁽¹¹⁾; e altrettanto si deve dire per tutti gli altri casi in cui, pur dopo un'*intentio certa*, la *condemnatio* sia ugualmente strutturata in forma *incerta*: il *tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemna* (GAI. 4, 51) non consente di avvertire disorganicità fra l'*intentio* e la *condemnatio* tale da giustificare un *plus* o *minus in condemnatione*. Però al contrario una qualche difformità si potrebbe forse presentare nei casi in cui la *condemnatio incerta* presenti una *taxatio*: può essere, per esempio, che la *taxatio* non corrisponda equamente al

⁽¹⁰⁾ Cfr. *supra*, p. 82 e nt. 6.

⁽¹¹⁾ GAI. 4, 49. *Condemnatio autem vel certae pecuniae in formula proponitur vel incertae. 50. Certae pecuniae veluti in ea formula, qua certam pecuniam petimus; nam illic ima parte formulae ita est: iudex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia condemna: si non paret absolve. 51. Incertae vero condemnatio pecuniae duplicem significationem habet. Est enim una cum aliqua praefinitione, quae vulgo dicitur cum taxatione, veluti si incertum aliquid petamus; nam illic ima parte formulae ita est: iudex N. Negidium A. Agerio dumtaxat sestertium X milia condemna: si non paret absolve. Vel incerta est et infinita, veluti si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus vel ad exhibendum; nam illic ita est: quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemna: si non paret, absolvito.*

diritto di cui l'attore lamenta la lesione. Poiché è noto che il diritto verrà valutato dal giudice nella sua esistenza e nel suo ammontare, mentre al pretore è preclusa ogni indagine di merito, può accadere che la *taxatio* stabilita dal pretore risulti abnorme *in plus* o *in minus* ⁽¹²⁾. Anche in questo caso l'errore compare nella parte della formula che più delle altre è imputabile al magistrato e si può dire che derivi dai limiti di competenza del magistrato stesso, anche se può e deve essere stato cagionato in lui dalle errate indicazioni di valutazione che le parti gli hanno fornito.

Però questo stesso caso poteva trovare risoluzione ben altrimenti che facendo ricorso alla disciplina del *plus* o *minus in condemnatione*. Infatti la *taxatio* indica un limite di valore che il giudice non può violare *in plus*, ma nulla vieta invece che il giudice possa condannare ad una somma anche sensibilmente inferiore a quella indicata nella *taxatio* stessa; così afferma GAI. 4,52:

GAI. 4,52. Debet autem iudex attendere, ut, cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet, alioquin litem suam facit. Item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit; alias enim similiter litem suam facit. Minoris autem damnare ei permissum est. . .

e la stessa possibilità appare implicita in un altro passo di Gaio:

GAI. 3,224. . . Sed cum atrocem iniuriam praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae eo nomine fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxa-

⁽¹²⁾ Un accenno in tal senso in PROVERA, *La 'pluris petitio'*, cit., p. 11 nt. 4. Si vedano anche le pur brevi considerazioni del KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, p. 242 s., il quale tratta della *taxatio* come di una clausola e un modo di essere della *condemnatio*.

mus formulam, et iudex, quamvis possit vel minoris dam-
nare, plerumque tamen propter ipsius praetoris auctorita-
tem non audet minuere condemnationem.

Perciò in questo caso non sarebbe nemmeno necessario ricorrere al regime del *plus o minus in condemnatione*. Del resto si può notare che la regola per cui di fronte ad una *taxatio* il giudice di sua iniziativa può condannare a meno, ma non può allo stesso modo aumentare la somma espressa nella *taxatio*, corrisponde perfettamente alla regola per cui nel caso di *condemnatio pluris* il pretore *in integrum restituit, ut minuatur condemnatio*, mentre in ipotesi di *condemnatio minoris* gli interessi dell'attore non risultano affatto salvaguardati. Invero in ordine alla *taxatio* si può forse avanzare la seguente ipotesi: in origine, in tempi di più rigida osservanza dei propri limiti di competenza da parte del pretore e del giudice, l'unico mezzo per ottenere una diminuzione della *taxatio* contenuta nella *condemnatio* doveva essere il ricorso alla *restitutio in integrum*; in seguito si preferì riconoscere direttamente al giudice la facoltà di condannare ad una somma minore senza richiedere ancora una volta l'intervento del magistrato; non gli fu invece riconosciuto il potere di aumentare la *taxatio*, dal momento che i casi di *taxatio* minore dovevano essere ricompresi fra le ipotesi di *minoris condemnatio*.

Nel caso in cui l'azione sia *in rem*, poiché la *condemnatio* sarà quasi certamente *incerta*, si presenta innanzi tutto la possibilità di una *taxatio*, con gli eventuali errori *in condemnatione* che essa potrebbe comportare. Inoltre: la *condemnatio incerta* delle azioni *in rem* può essere espressa con la formula *quanti ea res erit* ovvero *quanti ea res est*. Spesso non si è tenuto il debito conto della differenza che può intercorrere fra la valutazione e stima attuale della cosa e la stima della stessa al momento in cui il diritto sarebbe stato leso: infatti la stessa diversità di formulazione potrebbe forse imporre al giudice una diversità di valutazione. La cosa appare in maggiore evidenza in rapporto

alle azioni con *condemnatio* nel *quod interest* o nel *quod interfuit*, siano esse *in rem* ovvero *in personam*: si deve presumere una certa differenza fra l'una e l'altra formulazione della *condemnatio* se in D. 2, 13, 8, 1, a proposito della seconda, Ulpiano dice *et ideo licet interesse desiit vel minoris vel pluris interesse coepit, locum actio non habebit neque augmentum neque diminutionem*, dove l'essersi espresso nell'un modo piuttosto che nell'altro circa la valutazione dell'interesse sembra essere fatto a ragion veduta per limitare la valutazione del giudice al solo danno emergente, escludendo il lucro cessante⁽¹³⁾. Ebbene potrebbe verificarsi il caso in cui il pretore abbia pronunciato il suo *iusus iudicandi* con l'una espressione piuttosto che con l'altra, e che questa, confrontata con il diritto dell'attore espresso nell'*intentio*, possa configurare un'ipotesi di *plus* o *minus in condemnatione*. Così in particolare nel caso di specie cui si riferiva il frammento di Ulpiano precedentemente citato, in relazione ad un'*actio in factum* contro un argentario per l'esibizione dei conti, qualora il pretore avesse concesso una formula con *condemnatio* nel *quod interest*, anziché nel *quod interfuit*, avrebbe cagionato con ciò un'errore nella *condemnatio*, imputabile fors'anche ad un'erronea interpretazione di diritto del fatto o della formula stessa.

Infine la *pluris* (o *minoris*) *condemnatio re* dovrebbe verificarsi ancora in un caso che direi di tutta evidenza; allorché ad un'*intentio incerta* si faccia corrispondere una *condemnatio certae pecuniae*.

3. Il passo 53 *b* di Gaio relativo alla *pluris petitio tempore* è totalmente ricostruito, se si esclude una sola parola, *ante*, che

⁽¹³⁾ Cfr. il mio articolo '*Actio in factum adversus argentarios*', in *Studi Urbina-ti* 45 (1976/77), p. 74 ss. Sarebbe utile anche approfondire i rapporti fra una *condemnatio* calcolata sull'ammontare dell'interesse e la stessa commisurata al *pretium rei*, soprattutto considerando le diverse formulazioni che potrebbe assumere nell'uno e nell'altro caso: cfr. MEDICUS, '*Id. quod interest*'. *Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz 1962, p. 229 ss. !

si legge nel manoscritto veronese: ma la ricostruzione è universalmente accettata grazie al confronto con il corrispondente passo delle Istituzioni di Giustianiano.

GAI. 4,53 *b*. *Tempore plus petitur, veluti si quis ante diem petierit.*

Ora, è possibile trasferire il concetto ed i modi della *pluris petitio tempore* anche alle ipotesi di errore nella *condemnatio*?

Il passo implicitamente vieta che siano intentate azioni prima della scadenza del termine, ovvero — aggiungono i giustiniani — prima del verificarsi della condizione (I. 4,6,33 *b*: *Tempore, veluti si quis ante diem vel ante condicionem petierit. Qua ratione enim qui tardius solvit, quam solvere deberet, minus solvere intellegitur, eadem ratione qui praemature petit plus petere videtur*). Non è inutile ripetere che il *plus* o *minus in condemnatione* deve essere inteso non già in rapporto alla realtà, al diritto leso, bensì in rapporto alla sola *intentio*. Perciò una *pluris condemnatio tempore* potrebbe verificarsi solamente se in corrispondenza con un'*intentio* formulata come deve essere, cioè *pure*, la *condemnatio* invece prevedesse un termine circa l'esecuzione della condanna che non è quello dell'*actio iudicati*.

Sotto questa luce può essere letto ed interpretato un passo di Ulpiano, D. 42,1,4,5, su cui spesso gli studiosi non si sono trovati concordi ⁽¹⁴⁾:

⁽¹⁴⁾ Gran parte della dottrina più antica, a partire dai 'Coniecturarum iuris civilis libri' del FABER (Coloniae Allobrogum 1630, 12, 17, p. 480) al BESELER, *Miscellanea*, in *ZSS* 45 (1925), p. 207, al BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, IV, Milano 1930, p. 51 nt. 95 e p. 65 ss., al DE FRANCISCI, *Saggi romanistici*, I, Pavia 1913, p. 70, ha ritenuto il passo completamente spurio. Ma già il BETTI nel 1914 [*L'effetto della 'confessio' e della 'infinitio certae pecuniae' nel processo civile romano*, in *Atti Real. Accad. Scienze di Torino* 50 (1914/15), p. 701 nt. 1] limitava con buon fondamento e di molto la critica interpolazionistica. A sua volta il WENGER, *Zur Lehre der 'actio iudicati'*, Graz 1901, p. 249 ss., lo ritiene assolutamente genuino.

D. 42,1,4,5 (ULP. l. 58 *ad ed.*) Si quis condemnatus sit, ut intra certos dies solvat, unde ei tempus iudicati actionis computamus, utrum ex quo sententia prolata est an vero ex eo, ex quo dies statutus praeteriit? sed si quidem minorem diem statuerit iudex tempore legitimo, repletur ex lege, quod sententiae iudicis deest: sin autem ampliorem numerum dierum sua definitione iudex amplexus est, computabitur reo et legitimum tempus et quod supra id iudex praestitit.

A dir il vero il giurista non fa parola di una difformità fra un'*intentio* ed una *condemnatio*, ma le conseguenze giuridiche che egli trae dalla situazione postulano che le premesse dell'azione non potevano aver fatto richiamo alcuno ad un termine: infatti l'indicazione di un termine nell'*intentio* comporterebbe una *pluris petitio tempore*, mentre nel passo non è dato trovare gli effetti di questa (tanto è vero che se il termine è minore si ha per non apposto). Inoltre, come si dirà anche in seguito, la disciplina del caso risulta esattamente la stessa che in ipotesi di *pluris* o *minoris condemnatio* ⁽¹⁵⁾.

4. Se nei particolari l'integrazione del passo gaiano relativo alla *pluris petitio loco* risulta molto controversa anche a causa dell'assenza totale di ben tre righe del manoscritto veronese, nel complesso da tutti è accettata l'individuazione della fattispecie nel caso di richiesta di adempimento in un luogo diverso da quello che doveva essere secondo i termini dell'accordo fra le parti.

GAI. 4,53 c. Loco plus petitur, veluti si quod certo loco dari promissum est, id alio loco sine commemoratione eius loci petatur, veluti, si quis ita stipulatus fuerit: Ephe-

(15) Si veda *infra*, p. 110 s.

si dare spondes?, deinde Romae pure intendat dari sibi oportere. . .

Ebbene anche in relazione a questo caso un *plus in condemnatione* potrebbe forse verificarsi qualora in correlazione con un'*intentio* espressa *pure* (nella quale, quindi, si deve supporre sottinteso un *hoc loco* «con riferimento al luogo di esperimento dell'azione») ⁽¹⁶⁾ la *condemnatio* sia formulata come condanna a pagare *certo loco*.

L'ipotesi diviene rilevante soprattutto nei casi di esperimento di un'*actio de eo quod certo loco*: qui, di fronte ad un'*intentio* formulata con riguardo ad un obbligo di adempiere *certo loco*, non è concepibile una *condemnatio* che valuti la questione parlando semplicemente di un'altra località senza considerare la differenza in termini di interesse, ovvero non faccia alcun riferimento alla località in cui doveva avvenire l'adempimento (che sarebbe un altro modo per impedire la valutazione della differenza d'interesse fra i due adempimenti). Forse proprio in quest'ultimo senso debbono essere lette ed integrate le ultime parole di GAI. 4,53 c, *petere, id est non adiecto loco*, le uniche che si leggano dopo le righe mancanti.

Sono noti le discussioni ed i gravi problemi sorti in relazione alla ricostruzione della *condemnatio* dell'*actio de eo quod certo loco*, nonché al modo di valutazione della condanna da parte del giudice. La dottrina dominante, dal Lenel ⁽¹⁷⁾ all'Arangio-Ruiz ⁽¹⁸⁾, al Biscardi ⁽¹⁹⁾, al Provera ⁽²⁰⁾, ritiene che il *locus solutionis* dovesse essere espresso oltre che nell'*intentio* anche nel-

⁽¹⁶⁾ PROVERA, *La 'pluris petitio'*, cit., p. 114.

⁽¹⁷⁾ Cfr. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*³, Leipzig 1927, p. 240 ss.

⁽¹⁸⁾ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari* (1912), da ultimo in *Scritti di diritto romano*, cit., p. 395 ss.

⁽¹⁹⁾ Cfr. BISCARDI, voce '*Actio de eo quod certo loco*', in *Noviss. Dig. Ital.*, I, Torino 1957, p. 262, ed anche '*Actio pecuniae traiectionis*', Torino 1974, p. 91 ss. ed ivi bibliogr. aggiornata.

⁽²⁰⁾ Cfr. PROVERA, *La 'pluris petitio'*, cit., p. 118 nt. 32.

la *condemnatio*, in quanto proprio da quest'ultima sarebbe derivato al giudice il potere di valutare la diversa articolazione ed il diverso ammontare dell'interesse dell'attore ad ottenere l'adempimento in un luogo diverso da quello contrattualmente convenuto.

D'altra parte che la *condemnatio* della formula dell'*actio* in questione potesse dare adito a delle difficoltà in termini «quantitativi» pare dimostrato da un passo del Digesto, quasi all'inizio del titolo *de eo quod certo loco dari oportet*:

D. 13,4,2 pr. (ULP. 1. 27 *ad ed.*) Arbitraria actio utriusque utilitatem continet tam actoris quam rei: quod si rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio quam intentum est, aut si actoris, maioris pecuniae fiat.

L'autenticità del passo è stata oggetto di molte polemiche e talora se ne è dubitato interamente: ma quanto ho cercato di dimostrare in precedenza mi farebbe ritenere che il passo dovesse leggersi anche nel testo originale di Ulpiano.

Certamente così com'è il brano è scorretto e di non facile interpretazione. Ben si comprendono quindi le preoccupazioni del Betti al riguardo: ma per indicarne il significato l'insigne romanista si avvale quasi esclusivamente del principio per cui il giudice, mentre può di sua iniziativa diminuire la condanna a favore del *reus*, non può mai ed in nessun caso aumentarla per favorire gli interessi dell'attore: «una *condemnatio* così redatta (*decem aut si quid alterutrius interfuit. . . tanto pluris minori-ve. . .*) — come lo stesso Lenel (per comunicazione personale) riconosce — pecca di indeterminatezza perché non determina al *iudex* in qual caso egli debba tener conto dell'interesse del *reus*, in qual caso dell'interesse dell'*actor*» (21).

Tuttavia non mi sembrerebbe che D. 13,2,4 pr. contrasti così radicalmente coi principi dell'«antitesi fra *iudicare* e *damna-*

(21) Cfr. BETTI, *L'antitesi storica tra 'iudicare (pronuntiatio)' e 'damnare (condemnatio)' nello svolgimento del processo romano*, in *RISG* 56 (1915), p. 89 nt.

re» come sembra ritenere il Betti quando afferma: «non altrimenti che il *quanti ea res est* delle *actiones in factum* più antiche, il *quanti ea res est* della *condictio certae rei* invita il *iudex* alla pura e semplice stima della *ipsa res* pretesa nell'*intentio* secondo un criterio ristretto e rigoroso, senza tener conto alcuno dell'interesse dell'*actor*» (22). In realtà, a mio parere, quella di Ulpiano non vorrebbe essere che l'affermazione generale del fatto che nell'*actio de eo quod certo loco* può determinarsi assai facilmente un *plus* o un *minus in condemnatione*: niente altro.

Infatti pare ormai assodato che la *condemnatio* è espressa nel *quod interest*, quindi in una formulazione *incerta* che è di per sé atta ad impedire una difformità fra essa e l'ammontare della sentenza del giudice; invece l'obbligazione *qua de agitur* avrebbe ad oggetto (così almeno fanno presumere i testi: in D. 13,4,2,6 si parla di una *stipulatio* del tipo «*Ephesi decem dari spondes?*») una somma certa di denaro o una cosa certa (D. 13,4,3), e pertanto l'*intentio* deve avere ad oggetto, a sua volta, quella stessa somma o quella cosa. In pratica si avrebbe una formula in cui di seguito ad un'*intentio certa* si porrebbe una *condemnatio incerta*.

Data la stretta conformità che deve sussistere fra *intentio* e *condemnatio*, questo caso già di per sé potrebbe configurare un'ipotesi di errore nella *condemnatio*: ma la giurisprudenza, dopo aver creato l'azione in parola per evidenti esigenze pratiche, si adoperò per darle una regolamentazione a parte. Secondo le regole generali di cui si è già fatto un cenno il *plus* nella *condemnatio* (*quod si rei interest*) dovrebbe essere superato agevolmente a richiesta del *reus* mediante una *restitutio in integrum*, mentre in rapporto ad un *minus* (*aut si actoris*) all'attore non sarebbe accordata nessuna particolare tutela. Nel caso dell'*actio de eo quod certo loco*, secondo la situazione illustrata in D. 13, 4, 2 pr., gli effetti sarebbero gli stessi, ma, in virtù del carattere

(22) BETTI, *op. ult. cit.*, p. 87; in particolare alla nt. 1 il Maestro aggiunge: «A questa regola fa eccezione l'*actio de eo quod certo loco dari oportet*».

arbitrario dell'azione stessa, sembra sia dato direttamente al giudice il potere di far sì che *minoris fit pecuniae condemnatio* nell'un caso, e *maioris pecuniae fiat* nell'altro; si tratterebbe della facoltà di *vel excedere vel minuere quantitatem*, come ripete altrove lo stesso Ulpiano:

D. 13,4,2,8 (ULP. I. 27 *ad ed.*) Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est, utrum quantitati contractus debeat servire an vel excedere vel minuere quantitatem debeat, ut, si interfuisset rei Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur, ratio eius haberetur. Iulianus Labeonis opinionem sequutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere: itaque utilitas quoque actoris veniet. . . . an et lucri ratio habeatur, non solius damni? puto et lucri habendam rationem.

A più riprese la dottrina ha negato al giudice il potere di accrescere di sua iniziativa la somma indicata nella *condemnatio*, e sulla base di questa argomentazione dal testo in esame ha espunto come interpolati i tratti che parlano di un *excedere* ⁽²³⁾.

⁽²³⁾ A parte taluni tentativi di respingere il passo nella sua totalità [si vedano per tutti GRADENWITZ, *Altere und neuere 'formula arbitraria'*, in ZSS 24 (1903), p. 239 ed anche p. 249 ss., DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia 1916, p. 424 nt. 4, GUARNIERI CITATI, *Miscellanea esegetica*, I, in *Annali Univ. Perugia* 37 (1924), p. 68], e a parte talune correzioni formali che non riguardano il presente problema (si veda il VIR, I, Weimar 1929, p. 195 s.) deve essere rilevato innanzi tutto il seguente contrasto dottrinario. L'ARANGIO-RUIZ (*op. ult. cit.*, p. 154 s.) conserva alla frase incriminata soltanto l'*an excedere*, in contrasto con l'opinione del BETTI [*La 'condictio pretii' nel processo civile giustiniano: contributo allo studio della 'condemnatio pecuniaria' postclassica*, in *Atti Real. Accad. Scienze di Torino* 51 (1915/16), p. 1024 nt. 3], del GRANDEWITZ (*loc. cit.*), del BIONDI [*Sulla dottrina romana dell'actio arbitraria*, in *Annali Sem. Giur. Palermo* 1 (1916), p. 44 ss. e 62], che espungono dal passo proprio il *vel excedere*. L'Arangio-Ruiz, per coerenza, si trova poi costretto ad espungere la frase da *ut si interfuisset ad haberetur*, nonché l'altra, *itaque utilitas quoque actoris veniet*. Il Biondi ritiene spurio tutto il brano a partire dal nome di *Iulianus*: non così il Betti e il Beseler, sulla scia dei quali si pone anche il Biscardi (*'Actio pecuniae traiecticiae'*, *cit.*, p. 91 ss.). Del resto la ulteriore dottrina sul passo poco si occupa delle

Ma a me sembrerebbe che proprio in D. 13,4,2,8 si possano trovare argomenti che parlano a favore dell'autenticità del passo: infatti si può sostenere che l'accrescimento di cui sarebbe responsabile il giudice non è operato in relazione alla somma espressa nella *condemnatio* (la quale è *incerta*, facendo riferimento soltanto ad un interesse non quantitativamente determinato), bensì in rapporto alla *quantitas contractus* (e quindi all'*intentio*). Infatti se è vero che la *condemnatio* imponeva di prendere in considerazione la maggiore o minore utilità che l'attore avrebbe potuto trarre nel ricevere il pagamento in luogo diverso da quello stabilito al momento della stipulazione del contratto, la condanna comminata dal giudice risulterebbe in perfetta conformità con i dettami dell'ordine ricevuto dal magistrato.

Tenendo presente questa precisazione appare senz'altro accettabile la ricostruzione del passo fornita dal Beseler⁽²⁴⁾, e poi dal Biscardi⁽²⁵⁾, la quale anzi, laddove porta a dire che «il ricordo di Labeone e Giuliano sta a significare che soltanto con la redazione giuliana dell'editto, e per ispirazione della *opinio Labeonis*, la *condemnatio* nella formula dell'*actio de eo quod certo loco* sarebbe stata modellata in termini tali da riassumere l'interesse dell'attore accanto a quello del convenuto»⁽²⁶⁾, concorda perfettamente con l'ipotesi di una primitiva disciplina del caso proprio in conformità con la disciplina del *plus* o *minus in condemnatione*.

5. Rimane da fare qualche cenno ancora circa la possibilità di adattare le modalità della *pluris petitio causa* ad ipotesi relative a errore nella *condemnatio*.

frasi iniziali, tutta intenta com'è a dare rilievo alle espressioni in cui compare il *quod interest* (così, per esempio, KASER, *Quanti ea res est*. München 1935, p. 127 s.; MEDICUS, *op. cit.*, p. 20 ss.; HONSELL, *Quod interest in bonae fidei iudicia*. Studien zum römischen Schadenersatzrecht, München 1968, p. 169 s.).

⁽²⁴⁾ Cfr. BESELER, *Das 'edictum de eo quod certo loco'*, Beiträge, Tübingen 1910, I, p. 65; vedi anche II, p. 142.

⁽²⁵⁾ Cfr. BISCARDI, *'Actio pecuniae traiecticiae'*, cit., p. 91 ss.

⁽²⁶⁾ BISCARDI, *op. ult. cit.*, p. 95.

GAI. 4,53 *d.* Causa plus petitur, veluti, si quis in intentione tollat electionem debitoris, quam is habet obligationis iure: veluti si quis ita stipulatus sit: sestertium X milia aut hominem Stichum dare spondes?, deinde alterutrum eorum ex his petat; nam quamvis petat quod minus est, plus tamen petere videtur, quia potest adversarius interdum facilius id praestare quod non petitur. Similiter si quis genus stipulatus sit, deinde speciem petat: veluti si quis purpuram stipulatus sit generaliter, deinde Tyriam specialiter petat; quin etiam licet vilissimam petat, idem iuris est propter eam rationem, quam proxime diximus. Idem iuris est, si quis generaliter hominem stipulatus sit, deinde nominatim aliquem petat, veluti Stichum, quamvis vilissimum. Itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet.

Ebbene anche qui i vari casi che Gaio riferisce alla *pluris petitio causa*, opportunamente adattati, potrebbero rappresentare altrettanti casi di erronea formulazione della *condemnatio*.

Così se si immagina che taluno abbia concluso una *stipulatio* alternativa ed in seguito abbia proposto un'*actio ex stipulatu* con l'*intentio* formulata anch'essa alternativamente, come è d'obbligo, la *condemnatio* dovrebbe dare al giudice il potere di tener conto di questa alternatività, magari mediante un'opportuna formulazione *incerta* ⁽²⁷⁾: e se ciò non si verifica la *condemnatio*

(27) A tal proposito si legga D. 30, 47, 3 (ULP. 1. 22 *ad Sab.*) *Sed si Stichus aut Pamphilus legetur et alter ex his vel in fuga sit vel apud hostes, dicendum erit praesentem praestari aut absentis aestimationem: totiens enim electio est heredi committenda, quotiens moram non est facturum legatario. qua ratione placuit et, si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum, fortassis vel mortui pretium. sed si ambo sint in fuga, non ita cavendum, ut, «si in potestate ambo redirent», sed «si vel alter» et «vel ipsum vel absentis aestimationem praestandam».* Pertanto se la *cautio* richiesta in corso di giudizio deve essere strutturata in forma alternativa, se la stessa *intentio* della formula deve essere in forma alternativa o incerta (cfr. PROVERA, *Corrispondenze*, cit., p. 210 ss.), così anche la *condemnatio* della stessa formula deve tener conto in qualche modo (forse con un *quod interest?*) della particolarità dell'obbligazione.

risulta errata.

Così se si immagina un'*intentio* formulata genericamente in quanto relativa ad un'obbligazione di genere, seguita da una *condemnatio* in cui come oggetto di valutazione venga indicata al giudice una cosa di specie, una tale difformità fra *intentio* e *condemnatio* dovrebbe essere interpretata secondo i canoni del *plus* e *minus in condemnatione*. Per esempio, qualora oggetto dell'obbligazione generica fosse stato uno schiavo non altrimenti determinato, mentre nella *condemnatio* il pretore desse al giudice il potere di condannare alla stima dello schiavo Stico, una tale situazione dovrebbe essere intesa come una *pluris condemnatio causa*. E lo stesso discorso vale per il caso in cui l'oggetto dell'obbligazione fosse stato indicato genericamente nell'*intentio* come «tela di porpora», mentre nella *condemnatio* si parlasse di tela di Tiria; ovvero se oggetto dell'obbligazione dovesse essere genericamente del vino, e nella *condemnatio* si facesse espressamente valutazione di vino campano (I. 4,6,33 d).

6. Gaio continua la sua trattazione negando la possibilità di una *pluris petitio* nelle *formulae incertae* (GAI. 4,54). Al contrario si è detto come il carattere incerto della *condemnatio* non valga ad escludere nella maniera più assoluta la possibilità di una *condemnatio pluris* o *minoris*. Invero in 4,54 Gaio intende riferirsi specificatamente al *plus in intentione*: egli stesso conclude la sua breve affermazione con le parole *nemo potest plus intendere*. Inoltre egli parla di *formulae incertae* (e non di *condemnatio incerta*) le quali appaiono indicate dallo stesso giurista come quelle che hanno l'*intentio* del tipo *quidquid dare facere oportet*: questa, a sua volta, come risulta in particolare dalla formula dell'*actio depositi* (e *commodati*) *in ius* che Gaio riporta qualche paragrafo prima ⁽²⁸⁾, comporterebbe necessariamente

⁽²⁸⁾ Cfr. GAI. 4, 47. *Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. Illa enim formula, quae ita concepta est: iudex esto. quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere*

una *condemnatio* consimile, *eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato*, per cui sarebbe ben difficile, per non dire impossibile, individuare un'incongruenza fra *intentio* e *condemnatio* (a meno che non si voglia pensare ad una *taxatio*).

Il giurista aggiunge ancora: la *pluris petitio* si deve escludere nelle azioni *in rem* dirette ad una *incerta pars*. Il passo richiama alla mente un precedente brano delle Istituzioni giurine (GAI. 4,53 a), laddove il giurista, come esempio di *pluris petitio*, diceva: *aut si is, cuius ex parte res est, totam eam aut maiore ex parte suam esse intenderit*. Invero anche qui, come nell'ipotesi precedente, il giurista discute intorno ad una ben precisa *intentio* espressa con le parole *quantam partem paret in eo fundo, quo de agitur, A. Agerii esse*, e la sua affermazione non vuole essere estesa a tutte le azioni *in rem* dirette ad una *incerta pars*, ma soltanto a quelle (che lo stesso giurista riconosce essere pochissime) che presentino l'*intentio* nella formulazione indicata: e questa, proprio perché *incerta* circa la definizione della *pars*, non può essere che esatta nell'indicazione delle premesse della questione, in quanto non attribuisce all'attore né più né meno di quello che è il suo diritto. Tuttavia forse non è da escludere l'eventualità di una *condemnatio pluris* o *minoris*: se per esempio alla formula parziaria dell'*intentio* corrispondesse una *condemnatio* in cui si facesse stima del fondo nella sua totalità ovvero di una parte minore di esso, si ricadrebbe in ipotesi di errore nella *condemnatio* ⁽²⁹⁾.

Infine GAI. 4,55 esclude la possibilità di *pluris petitio* nei casi in cui l'*intentio* presenti la richiesta di un *aliud pro alio*. Ebbene anche in rapporto a queste particolari situazioni, di cui

oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato, nisi restituat: si non paret, absolvito, in ius concepta est. At illa formula, quae ita concepta est: Iudex esto, si paret A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato: si non paret absolvito, in factum concepta est. Similes etiam commodati formulae sunt.

⁽²⁹⁾ Cfr. *supra*, p. 84 ss.

peraltro Gaio traccia solo un tenuissimo abbozzo, si potrebbe forse parlare di errore nella *condemnatio*. Le difficoltà che si incontrano nell'ipotizzare degli errori di formulazione della *condemnatio* tali da poter essere considerati come un *aliud pro alio* rispetto all'*intentio* sarebbero né più né meno le stesse di cui si è detto a proposito dell'errore materiale nella *condictio certae creditae pecuniae* ⁽³⁰⁾: si tratterebbe anche qui di un errore materiale, e facilmente riscontrabile anche a prima vista. Si pensi all'incoerenza di una formula che nell'*intentio* presenti il nome dello schiavo Stico come oggetto dell'obbligazione, e nella *condemnatio* parli invece di Erote. Certo nella pratica doveva presentarsi assai difficile, se non impossibile, un errore di questo tipo: infatti è vero che ogni controversia veniva regolata con una sua azione specifica e quindi con una sua formula, rispecchiante tutte le circostanze del caso concreto, ma è anche vero che i modelli astratti delle formule e delle loro varie parti si erano andati più o meno cristallizzando nel tempo, sì che si può dire con una certa sicurezza che all'*intentio* del tipo *si paret hominem Stichum ex iure Quiritium A. Agerii esse* doveva corrispondere una *condemnatio* in cui non veniva affatto ripetuta la denominazione dello schiavo ⁽³¹⁾.

Un analogo discorso può essere ripetuto per ciò che riguarda l'adattamento alla *condemnatio* della seconda delle tre ipotesi di *aliud pro alio* indicate da Gaio nel paragrafo 4,55, *si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debetur*. Il Lenel ricostruisce la formula dell'*actio ex stipulatu* come una formula *in factum* preceduta da *demonstratio*, ma il confronto fra GAI. 4,46 sulla definizione dell'*actio in factum*

⁽³⁰⁾ Cfr. *supra*, p. 82 e nt. 6.

⁽³¹⁾ Infatti, sulla base di GAI. 4, 91-93, il LENEL ricostruisce la formula dell'*actio petitoria* nei termini che seguono: *iudex esto. si paret rem qua de agitur ex iure Quiritium A. Agerii esse neque ea res arbitrio iudicis restitueretur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemna, si non paret absolve* (Das 'Edictum Perpetuum'³, cit., p. 185 s.).

(*Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo, quod factum est*) e GAI. 4,40 (*Demonstratio est ea pars formulae quae principio ideo inseritur, ut demonstretur res de qua agitur*), consente di affermare che in un simile caso un errore nella *demonstratio* avrebbe lo stesso effetto di un errore nell'*intentio*. Peraltro quand'anche si possa sostenere in astratto l'esistenza di una formula che dopo aver dichiarato l'esistenza di un credito *ex stipulatu*, nella *condemnatio* indicasse lo stesso come derivante *ex testamento*, in concreto doveva apparire molto difficile che nella *condemnatio* si ripettesse il titolo dell'obbligazione già precedentemente indicato ⁽³²⁾.

E infine ancora meno adattabile ad ipotesi di errori nella *condemnatio* appare il terzo caso cui accenna GAI. 4,55: *aut si cognitor aut procurator intenderit sibi dari oportere* ⁽³³⁾.

7. Lo stesso Gaio, a proposito della *condemnatio cum de-*

⁽³²⁾ In realtà più che ricostruire la formula il LENEL, *op. cit.*, p. 151 ss. riporta due paragrafi di Gaio che non lasciano dubbi in proposito: GAI. 4, 136. *Item admonendi sumus, si cum ipso agamus qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis hoc modo: iudex esto. quod A. Agerius de N. Negidio incertum stipulatus est, cuius rei dies fuit, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet, et reliqua. 137. At si cum sponsore aut fideiussore agatur, praescribi solet in persona quidem sponsoris hoc modo: ea res agatur, quod A. Agerius de L. Titio incertum stipulatus est, quo nomine N. Negidius sponsor est, cuius rei dies fuit; in persona vero fideiussoris: ea res agatur, quod N. Negidius pro L. Titio incertum fide sua esse iussit, cuius rei dies fuit; deinde formula subicitur.*

⁽³³⁾ Si dovrebbe pensare ad una formula in cui fosse dichiarato espressamente che si agisce *alieno nomine* e purtuttavia non fosse stata fatta la necessaria trasposizione dei soggetti. Invece la formula di un'azione *per procuratorem* che Gaio riporta al paragrafo 4,86 (*si paret N. Negidium P. Mevio sestertium X milia dare oportere, iudex N. Negidium L. Titio sestertium X milia condemna: si non paret, absolve*), non presenta affatto l'indicazione *alieno nomine*. Ebbene se in un'azione come questa non fosse stata fatta la trasposizione dei soggetti, non si sarebbe pensato forse ad un errore nella *condemnatio*, ma probabilmente il giudice avrebbe condannato Numerio Negidio a pagare al suo vero creditore e non al *procurator*. L'unica ipotesi in cui anche in questo caso sarebbe stato necessario ricorrere alla disciplina dell'errore nella *condemnatio* si verificerebbe nel caso di assenza del *dominus negotii*.

ductione in sede di azione esperita dal *bonorum emptor*, trova modo di ripetere la regola riguardante il *periculum actoris* in ipotesi di *plus in condemnatione*:

GAI. 4,68. Praetera compensationis quidem ratio in intentione ponitur: quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat. Deductio vero ad condemnationem ponitur, quo loco plus petenti periculum non intervenit; utique bonorum emptore agente, qui licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit.

È facile il confronto fra il *quo loco plus petenti periculum non intervenit* del paragrafo 68 e l'*actoris quidem periculum nullum est* del paragrafo 57: infatti, come conferma lo stesso Gaio, la *deductio* si deve configurare come una clausola, e quasi un modo di essere, della *condemnatio*:

GAI. 4,65. Item bonorum emptor cum deductione agere iubetur, id est ut in hoc solum adversarius eius condemnatur quod superest, deducto eo, quod invicem ei bonorum emptor defraudatoris nomine debet.

Secondo il Provera si tratterebbe di un'ipotesi in cui un qualsiasi errore nella *deductio* sarebbe in realtà un errore nella *condemnatio* ⁽³⁴⁾. Di fronte alle dichiarazioni del convenuto che afferma di essere a sua volta creditore del *defraudator*, il pretore non può che concedere al *bonorum emptor* una formula con la *condemnatio cum deductione*: ma, poiché lo stesso *praetor* non può svolgere indagini circa l'esistenza del credito e del controcredito, né circa il loro ammontare, può essere che la *deductio* non corrisponda alla reale esistenza di un controcredito, ovve-

⁽³⁴⁾ Cfr. PROVERA, *La 'pluris petitio'*, cit., p. 11 nt. 4, e supra p. 81 s.

ro che, pur essendo espressa in forma incerta, tale *deductio* risulti pur sempre abnorme rispetto all'effettivo ammontare del controcredito ⁽³⁵⁾. Pertanto se la *deductio* risulta inferiore a ciò che è dovuto dal *bonorum emptor defraudatoris nomine* (così come nel caso in cui sia stata totalmente omessa?) l'ipotesi sarebbe configurabile come un *plus in condemnatione*: pertanto il *plus petens* del paragrafo 68 e l'*actor* del paragrafo 57 rappresentano la stessa parte, ciascuno nella sua situazione. Viceversa se la *deductio* risulta superiore a ciò che è dovuto dal *bonorum emptor defraudatoris nomine* (così come nel caso in cui non corrispondesse ad un controcredito realmente esistente?), l'ipotesi sarebbe configurabile come un *minus in condemnatione*.

Tuttavia nell'ipotesi della *condemnatio cum deductione* Gaio non accenna nemmeno alla disciplina del *minus in condemnatione*.

E del resto, contro le ipotesi avanzate dal Provera, si deve leggere un passo di Paolo, D. 46,8,15, dal libro 14 *ad Plautium* (*Amplius non peti verbum Labeo ita accipiebat, si iudicium petitum esset. . . nam et si quis adversus petentem compensatione deductione usus sit, recte dictum est petisse eum videri et stipulationem committi amplius non peti.*), dal quale si deduce che, se è vero che per ciò che riguarda la *deductio* il convenuto deve essere qualificato a sua volta come un *petitor*, qualora la *deductio* stessa sia errata *in plus* o *in minus*, dovrebbero essere applicabili le regole della *pluris* o *minoris petitio*. Pertanto se il convenuto avesse chiesto in deduzione meno di quanto fosse in realtà il suo controcredito, egli dovrebbe ottenere che dalla condanna fosse sottratta la sola somma chiesta in deduzione: invece se avesse chiesto in deduzione più di quanto gli fosse effettivamente dovuto, dovrebbe perdere ogni diritto a qualsivoglia deduzione.

⁽³⁵⁾ Circa la struttura formale della *deductio* si veda LENEL, *op. cit.*, p. 427 ss., BRONDI, *La compensazione nel diritto romano*, in *Annali Sem. Giur. Palermo* 12 (1929), p. 188 s., SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, Napoli 1950, p. 67.

Inoltre anche la frase finale di Gai. 4,68, *utique bonorum emptore agente, qui licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit*, potrebbe dare adito a qualche dubbio in proposito. Infatti quale significato deve darsi alla chiusa del passo? Gaio vuol forse dire che una formulazione *incerta* della *condemnatio* potrebbe impedire l'eventualità di errori? certamente no: qui Gaio descrive soltanto una prassi relativa alla *condictio certae creditae pecuniae* esperita dal *bonorum emptor*, tale per cui anche se l'*intentio* riguardava una certa somma di danaro la *condemnatio* sarebbe rimasta purtuttavia *incerta*. Infatti si pensi ad un'azione di questo tipo esperita dal *bonorum emptor* contro un debitore del fallito: il *bonorum emptor* può non essere a conoscenza di eventuali controcrediti del convenuto nei confronti del *defraudator*, e pertanto la sua *intentio* non terrà conto di tali controcrediti: *si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia dare oportere*. Tale *intentio* sarebbe di per sé esatta, dal momento che la compensazione, e per di più la compensazione di crediti non omogenei, come si deve definire la *deductio* ⁽³⁶⁾, non estingue l'obbligazione *ipso iure* ⁽³⁷⁾; e tuttavia, se si voles-

⁽³⁶⁾ Cfr. GAI, 4,66. *Inter compensationem autem, quae argentario opponitur et deductionem, quae obicitur bonorum emptori, illa differentia est, quod in compensationem hoc solum vocatur, quod eiusdem generis et naturae est, veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino; adeo ut quibusdam placeat non omni modo vinum cum vino aut triticum cum tritico compensandum, sed ita, si eiusdem naturae qualitatisque sit. In deductionem autem vocatur et quod non est eiusdem generis: itaque si vero pecuniam petat bonorum emptor et invicem frumentum aut vinum is debeat, deducto quanti id erit in reliquum experitur. 67. Item vocatur in deductionem et id quod in diem debetur; compensatur autem hoc solum quod praesenti die debetur.*

⁽³⁷⁾ Contro quella che è l'opinione dominante il BIONDI nega che la compensazione nel periodo classico abbia una qualunque efficacia estintiva; essa sarebbe «una mera operazione contabile che rende possibile di fatto la neutralizzazione dei reciproci crediti, ma non può essere la causa giuridica della loro estinzione» (BIONDI, *op. ult. cit.*, p. 165), «un puro calcolo che di per sé non produce conseguenze giuridiche. È invece il processo, e precisamente la sentenza del giudice, che, tenendo presente i risultati della *compensatio*, sostituisce un rapporto unico e unilaterale ai precedenti reciproci che vengono estinti come tutti i diritti dedotti in giudizio» (p. 179; così anche in part. p. 202). Ma forse proprio dal carattere estintivo dalle compensazione,

se tener conto anche dei controcrediti, l'*intentio* risulterebbe viziata *in plus*. Allora si determinerebbe un conflitto fra due interessi contrapposti, quello del convenuto, che vorrebbe evitare di essere condannato nel presente giudizio per poi ripetere autonomamente dal *bonorum emptor* quanto gli è dovuto, e quello del *bonorum emptor*, il quale, se fosse inserita *sic et simpliciter* la *deductio*, potrebbe essere chiamato a rispondere di una *pluris petitio* e quindi perderebbe la causa. Pertanto, per rendere soddisfazione agli interessi di ambedue le parti la *condemnatio* non può ripetere la somma espressa nell'*intentio*, ma deve essere data sempre in forma *incerta*, come, per esempio, *iudex N. Negidium L. Titio sestertium X milia, deducto eo quod invicem ei bonorum emptor (L. Titius) defraudatoris nomine debet, condemnata* ⁽³⁸⁾.

La descrizione di questo caso rende giustizia anche dell'omissione di Gaio relativa al *minus in condemnatione*: infatti, se si accetta l'ipotesi esposta, il caso della *deductio* può comportare sempre e soltanto un *plus*.

Si noti però che la *deductio* determina un *plus in intentione*, in quanto proprio a causa dell'introduzione della *deductio* nella *condemnatio*, si genera un errore nella formulazione dell'*intentio*. Si tratterebbe dunque di un caso differente da quelli finora ipotizzati: finora si è parlato di errore nella *condemnatio*,

dal momento che si tratterebbe di estinzione *ope exceptionis*, si potrebbero trarre argomenti a giustificazione della particolare disciplina dell'errore *in condemnatione*. Comunque per ora basti rilevare come anche il Biondi (p. 180 s.) non neghi al giudice una qual certa «libertà» di tener conto o meno nella sentenza del diritto vantato in compensazione.

⁽³⁸⁾ Questa è anche la descrizione del caso fornita da L. LOMBARDI, *Aperçus sur la compensation chez les juristes classiques*, in *BIDR* 66 (1963), p. 54, nonché dal BIONDI, *op. cit.*, p. 188 ss., e dal SOLAZZI, *op. ult. cit.*, p. 67 ss.; però quest'ultimo dalla chiusa del paragrafo 68 deduce che l'esclusione del rischio per il *bonorum emptor* deriverebbe dal carattere «incerto» della formula, piuttosto che dalle regole della *condemnatio pluris*: «ne consegue — dice il SOLAZZI (p. 66) — che il *bonorum emptor* non correva il pericolo della *pluris petitio*, poiché la *condemnatio* era sempre concepita in un *incertum*».

e perciò di un errore che potremmo dire in ogni caso formale, e comunque tale da non intaccare la veridicità dell'*intentio*: qui invece saremmo di fronte ad una precisazione della *condemnatio* che viene a limitare (e quindi invalidare, sia pure in parte) la pretesa dell'attore. Ciò giustificherebbe la parola *petitum* di GAI. 4,57 e il *plus petenti* di GAI. 4,68, che si leggono a proposito della *condemnatio*, e giustificherebbe anche il fatto che il *plus* sia imputato in concreto all'attore. E tuttavia sotto questo profilo il confronto fra il paragrafo 68 ed il 57 di Gaio non è del tutto appagante. Infatti nel paragrafo 57 il giurista sembra parlare di un *plus* e di un *minus* che si verificano e si devono calcolare nella *condemnatio* e non nell'*intentio*, foss'anche a cagione della *condemnatio*.

La spiegazione di questa apparente contraddizione fra i due passi si può forse ricavare dallo stesso GAI. 4,68. In realtà non si tratterebbe di altro che del rovescio della medaglia. Infatti il *bonorum emptor* è senz'altro legittimato a non tener conto nell'*intentio* degli eventuali controcrediti: ma l'introduzione della *deductio* fa sì che la *condemnatio* non corrisponda più all'*intentio*; in senso lato si potrebbe anche dire che la *condemnatio* stessa risulta errata, ed errata *in minus*, talché può essere applicata la regola del paragrafo 57, *si vero minus positum fuerit quam oportet, hoc solum consequitur actor quod posuit*.

A questo punto sarebbe interessante verificare nelle fonti se esistano e quali siano gli altri casi in cui una precisazione contenuta nella *condemnatio* produca un errore nella formulazione antecedente dell'*intentio*, che di per sé sarebbe stata esatta: in realtà tali precisazioni (se può essere consentito trarre qualche illazione dalla sola *deductio*), non corrisponderebbero ad altro che a particolari poteri di indagine concessi al giudice indipendentemente dalla loro enunciazione nelle premesse della formula.

Così una volta che si fosse individuata un'ipotesi in cui la precisazione presente nella *condemnatio* consentisse al giudice di

accrescere l'ammontare della condanna (rispetto alla somma indicata nell'*intentio*), allora si potrebbe forse attribuire il suo giusto risalto alla seguente corrispondenza: la stessa clausola che nella *condemnatio* è tale da determinare un *plus*, di conseguenza fa sì che l'*intentio* (rispetto alla *condemnatio*) debba ritenersi errata *in minus* ⁽³⁹⁾.

8. L'ultimo problema da esaminare riguarda gli effetti di questo fenomeno. Si è già osservato che l'errata *condemnatio* conduce generalmente a conseguenze opposte a quelle che si verificano in seguito a *pluris* o *minoris petitio*, talché si potrebbe notare fra le due situazioni una corrispondenza scontrata a chiasmo ⁽⁴⁰⁾:

plus in intentione:

GAI.4,56. Sed plus quidem intendere, sicut supra diximus, periculosum est . .

GAI. 4,53. Si quis intentione plus complexus fuerit, causa ca-

minus in condemnatione:

GAI. 4,57. Si vero minus positum fuerit quam oportet, hoc solum consequitur actor, quod

posuit: nam tota quidem res in iudicium deducitur, constrin-

⁽³⁹⁾ Certamente la *condemnatio* dell'azione *de eo quod certo loco* non presenta una sua particolare ed autonoma precisazione che possa essere paragonata alla *deductio*, ma può consentirmi ugualmente di chiarire il mio pensiero. Come si è avuto modo di dire in precedenza, anche se l'*intentio* è volta a far valere un diritto su una ben determinata somma di denaro, *si paret N. Negidium A. Agerio decem Ephesi dare oportere*, la *condemnatio* sarà sempre nel *quod interest* (quindi *incerta*), perché il giudice deve valutare il maggiore o minore interesse dell'attore (e del convenuto) in rapporto alla variazione del *locus solutionis*. Ebbene se la condanna viene ad essere maggiore della somma indicata nell'*intentio*, si potrebbe forse dire che la *condemnatio*, a cagione di quel chiaro riferimento all'interesse, deve essere considerata *in plus*, cosicché l'*intentio*, pur presentando l'indicazione dell'originario *locus solutionis*, viene ad essere *in minus*. Pertanto si potrebbe applicare la regola generale che si legge in GAI. 4,56, *minus autem intendere licet*, o, indifferentemente, quella che si legge in GAI. 4,57, *si in condemnatione plus positum sit quam oportet, actoris quidem periculum nullum est*, rimandando poi, per la disciplina concreta, alle norme speciali relative all'*actio de eo quod certo loco*.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. nt. precedente.

dit, id est rem perdit, nec a praetore in integrum restituitur exceptis quibusdam casibus, in quibus . . . praetor non patitur . . .

gitur autem condemnationis fine, quam iudex egredi non potest. Nec ex ea parte praetor in integrum restituit: facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus. Loquimur autem exceptis minoribus XXV annorum . . .

minus in intentione:

GAI. 4,56 . . . minus autem intendere licet, sed de reliquo intra eiusdem praeturam agere non permittitur: nam qui ita agit, per exceptionem excluditur, quae exceptio appellatur litis dividuae.

plus in condemnatione:

GAI. 4,57. At si in condemnatione plus positum sit quam oportet, actoris quidem periculum nullum est, sed reus, cum iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuat condemnationem.

È noto che le conseguenze della *pluris* (o *minoris*) *petitio* derivano dalla natura della *litis contestatio*, ed in particolare da quello che la dottrina indica come l'effetto consuntivo del fenomeno: ed è noto che, riferendosi al *plus* o *minus in intentione*, queste conseguenze sono notevoli, in quanto è proprio all'*intentio* che si deve guardare per l'applicazione o meno del principio *bis de eadem re ne sit actio*.

Invece la *condemnatio* non serve ad identificare la lite, né tanto meno l'oggetto di essa. Di fronte ad una formula in cui si presentasse una più o meno palese incongruenza fra l'*intentio* e la *condemnatio* il giudice potrebbe trovarsi in grave imbarazzo: peraltro, una volta accertata l'esistenza del diritto vantato dall'attore nell'*intentio*, dal momento che l'*intentio* appunto risulta esatta, non potrebbe esimersi dall'applicare alla lettera le disposizioni della *condemnatio*.

Infatti questa rappresenta un ordine rivolto dal magistrato

ad un privato cittadino, al quale non può essere consentito di porre in discussione le modalità dell'ordine stesso. Inoltre l'applicabilità dell'ordine, sempre per un atto di decisione magistratuale, viene subordinata alla verifica della sola *intentio*, mentre se il giudice avesse anche il potere di controllare la conformità della *condemnatio* con l'*intentio* la formula dovrebbe essere strutturata in modo da subordinare al *si paret* non solo le affermazioni dell'*intentio* ma anche le stesse indicazioni della *condemnatio* ⁽⁴¹⁾.

Del resto una base testuale di questa affermazione si legge nello stesso paragrafo 4,57 di Gaio: le parole *sed reus cum iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur ut minuatur condemnatio* che il giurista riferisce al *plus in condemnatione* possono comprendersi soltanto pensando che, se non ci fosse il rimedio della *restitutio in integrum*, pur avvedendosi dell'abnormalità della *condemnatio*, il giudice dovrebbe senz'altro condannare. E ancora in tema di *minus in condemnatione* le parole di Gaio dimostrano palesemente come, accertata la veridicità dell'*intentio* e nonostante che questa non corrisponda alla *condemnatio*, il giudice non possa esimersi dal pronunciare la condanna nei termini rigorosamente indicatigli dalla formula. Pertanto, in ogni caso di errata formulazione della *condemnatio* il giudice che pur se ne sia avveduto non avrebbe nessun potere di risolvere equamente la situazione.

Ebbene: se l'attore ha contestato la lite su una formula che presenta una tale difformità fra *intentio* e *condemnatio* da costi-

⁽⁴¹⁾ La formula dovrebbe essere strutturata, per esempio come segue: *si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia dare oportere, et te (iudicem) eum sestertium X milia condemnare oportere, iudex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia condemna, si non paret, absolve*. Del resto basta ricordare l'esempio proposto da Cicerone, in *Verr.* II, 2, 12, 31, dove l'Arpinate dimostra che il giudice è comunque strettamente condizionato alla formula, talché se anche il pretore avesse disposto nella clausola restitutoria di una formula *in rem* un nome diverso da quello dell'attore (*L. Octavius iudex esto. Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex iure Quiritium P. Servilii esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur*) il giudice non avrebbe potuto fare altro che attenersi rigorosamente.

tuire un *plus in condemnatione*, il convenuto può ottenere dal pretore una *restitutio in integrum*. Non meraviglia il fatto che si debba ricorrere a questo mezzo stragiudiziale pretorio: la *litis contestatio* su quella formula, in quanto contratto processuale, ha creato un vincolo obbligatorio che solo può essere estinto con il normale specifico adempimento ovvero con una *restitutio in pristinum statum* operata dal pretore in forza d'imperio. Dunque occorrerà ritornare *in iure* e procedere ad una nuova *litis contestatio* sulla formula esatta.

Al contrario l'unico caso in cui, in ipotesi di *plus in intentione*, si consente una *restitutio in integrum*, è l'eccezione relativa ai minori di XXV anni.

Pertanto si deve forse credere che mentre il *plus in intentione* pregiudica i diritti dell'attore in quanto preclude la possibilità di intentare una nuova lite *de eadem re*, invece il *plus in condemnatione*, grazie alla *restitutio in integrum*, consente la riproposizione dell'azione? nonostante tutto, sarei proclive a ritenere che non si possa giungere ad affermare ciò. Infatti, se in seguito ad un *plus in intentione* fosse consentito riproporre l'azione *ex novo*, ciò comporterebbe l'obbligo di riprendere da capo l'intera questione, in quanto l'*intentio* documenta le prime dichiarazioni effettuate davanti al magistrato, e proprio queste risultano inesatte: occorrerebbe cioè riproporre l'*intentio*, e riproporla nella forma esatta: da ciò la preclusione derivante dal *ne bis in idem*. Ma ugualmente, se si dovesse riproporre *ex novo* l'azione in seguito a *plus in condemnatione* e conseguente *restitutio in integrum*, si dovrebbe riproporre l'*intentio*, e questa risulterebbe essere la stessa già proposta nel procedimento anteriore (nemmeno modificata dalla correzione come nel caso precedente): anche in questo caso giuocherebbe il principio della preclusione processuale *ne bis in idem*.

Invero, poiché la *condemnatio* è la parte della formula che documenta l'ultimo atto della fase *in iure* prima della *litis contestatio*, e per di più un atto che promana dal magistrato più che

dalle parti, la *pluris condemnatio* importa soltanto la necessità di rettificare l'ordine del magistrato al giudice. Pertanto, anche sulla base delle parole di Gaio, *in integrum restituitur ut minuat* *condemnatio*, riterrei che la *restitutio in integrum* riconduca le parti non già agli albori del procedimento, quanto piuttosto al momento che precede la definizione *in iure* della *condemnatio*: cioè non si avrebbe una riproposizione dell'azione — che sarebbe un'azione *de eadem re* —, ma piuttosto la rettificazione di un atto, l'ultimo, dello stesso procedimento ⁽⁴²⁾.

Invece, qualora la formula su cui le parti hanno contestato la lite presenti una *condemnatio minoris*, l'attore non ha alcuna possibilità di ottenere la tutela dei propri interessi: egli conseguirà soltanto ciò che è stabilito nella *condemnatio*, né gli è consentito di ricorrere alla *restitutio in integrum*. Viceversa nel caso di un *minus* nell'*intentio*, benché non sia accordata all'attore una protezione immediata, tuttavia gli si consente di riproporre l'azione per il *quod amplius* nel corso della successiva pretura.

Le stesse regole appaiono ripetute in D. 42,1,4,5, pur tacendo uno specifico richiamo ad ipotesi di errore nella *condemnatio*. Il passo è già stato citato per definire la fattispecie della c.d. «*pluris condemnatio tempore*»; ma è utile riproporlo nuovamente qui per il diverso punto di vista, quello degli effetti, sotto cui deve essere analizzato:

⁽⁴²⁾ L'esistenza di una *restitutio in integrum* parziale (nel senso che avrebbe efficacia rescissoria solo rispetto ad una parte degli atti compiuti) non è messa in dubbio da nessuno (si veda in part. per tutti, RAGGI, *op. cit.*, p. 194 ss.). Lo stesso BRUTTI (*op. cit.*, p. 331, e poi anche p. 400), proprio nel discorso che introduce, in nota, il richiamo a GAI. 4,57, ha modo di affermare che come esiste una *restitutio in integrum* «limitata alla sentenza, tale cioè da non condurre ad una riapertura della lite, ma soltanto ad una nuova pronuncia in base alla stessa formula e da parte dello stesso collegio giudicante, la cui libertà di valutazione si suppone sia stata coartata nel primo giudizio», così «le fonti pongono talvolta il problema di una rescissione della *litis contestatio*, indipendentemente dall'ulteriore svolgimento della lite, come per un qualsiasi altro atto giuridico del quale si vogliono eliminare gli effetti vincolanti».

D. 42,1,4,5 (ULP. 1.58 *ad ed.*) Si quis condemnatus sit, ut intra certos dies solvat, unde ei tempus iudicati actionis computamus, utrum ex quo sententia prolata est an vero ex eo, ex quo dies statutus praeteriit? sed si quidem minorem diem statuerit iudex tempore legitimo, repletur ex lege, quod sententiae iudicis deest: sin autem ampliorem numerum dierum sua definitione iudex amplexus est, computabitur reo et legitimum tempus et quod supra id iudex praestitit.

La fattispecie cui si riferisce Ulpiano è quella di una condanna giudiziale la cui esecuzione sia sottoposta ad un termine. Se il tempo concesso è maggiore di quello di rito per la proposizione dell'*actio iudicati*, l'ipotesi appare rapportabile al caso di una *condemnatio minoris*, in quanto il maggior lasso di tempo è concesso ad esclusiva utilità del convenuto: di conseguenza l'attore dovrà sottostare alla decisione del giudice e sarà legittimato a proporre l'*actio iudicati* solamente a partire dal *dies* giudizialmente stabilito. Al contrario se il termine assegnato dal giudice al convenuto per l'adempimento della condanna è minore del *tempus iudicati* l'ipotesi è rapportabile ai casi di *condemnatio pluri*, in quanto l'anticipazione della scadenza si presume imposta a tutto vantaggio dell'attore: perciò la legge interviene accrescendo d'autorità il *tempus* stabilito dal giudice.

Dal testo di Ulpiano forse potrebbe trarsi argomento anche per un'altra interessante considerazione: il giurista operante fra il II ed il III sec. d.C. non parla più di *praetor*, non parla di *restitutio in integrum* (e forse anche qui bisognerebbe dire «non parla più»), bensì semplicemente di un *repletur ex lege*: potrebbe essere questo un indizio di una graduale scomparsa del rito della *restitutio in integrum* dalle ipotesi di errore nella *condemnatio*, scomparsa che già al tempo di Gaio poteva essere documentata per i casi di *taxatio* abnorme ⁽⁴³⁾?

⁽⁴³⁾ Cfr. *supra*, p. 85 ss. Sul progressivo declino dell'istituto della *restitutio in*

Un altro passo in cui si trovano accennate le regole di risoluzione dei casi di errore nella *condemnatio* è

D. 27,3,20 pr. (PAP. l. 2 *resp.*) *Alterius curatoris heredem minorem ut maiore pecunia condemnatum in integrum restitui placuit. ea res materiam litis adversus alterum curatorem instaurandae non dabit quasi minore pecunia condemnatum, si non sit eius aetatis actor, cui subveniri debeat: sed aequitatis ratione suadente per utilem actionem ei subveniri, in quantum alter relevatus est, oportet* ⁽⁴⁴⁾.

Papiniano parla della *restitutio in integrum* concessa, quando sia in minore età, all'erede di un contutore: il giurista vuole chiarire che del danno che può cagionare al pupillo questa *restitutio in integrum* non deve rispondere il contutore ancora vivente.

Le parole *quasi minore pecunia condemnatum* che sono riferite a quest'ultimo potrebbero essere lette in realtà con due intonazioni diverse, e cioè col tono che dia loro un significato affermativo, «la questione non dà materia di lite contro il contutore

in integrum in età postclassica si veda ORESTANO, 'Plus petitio' e 'in integrum restitutio', in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano 1965, p. 238 ss.; CERVENCA, *Per lo studio della 'restitutio in integrum' (Problematica e prospettive)*, in *Studi Biondi*, cit., I, in specie p. 625 ss.; FABBRINI, *Per la storia della 'restitutio in integrum'*, in *Labeo* 13 (1967), *passim*, ed ivi ulteriore bibliografia.

⁽⁴⁴⁾ Il passo ha subito solo delle critiche di forma marginali, quali la sostituzione della parola *tutor* ogniqualvolta si parlava di *curator*; tutt'al più ne è stata espunta l'ultima parte, da *sed* alla fine (si veda per tutti SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano*, Roma 1912, p. 197 nt. 8). Del resto generalmente la dottrina che tratta dei problemi relativi alla contutela, a partire dal LEVY, *Die Haftung mehrerer Tutoren*, in *ZSS* 37 (1916), *passim*, ha trascurato spesso il *principium* del frammento di Paolo, ovvero ne ha accennato appena [così, per esempio, da ultimo SEILER, *Der Tatbestand der 'Negotiorum gestio' im römischen Recht*, Köln-Graz 1968, p. 286 e p. 318; così VOCI, *La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini*, in *IURA* 21 (1970), p. 112]. In particolare sulla responsabilità dell'erede del tutore si veda DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore nel diritto romano*, Bari 1960, p. 168 ss.

come invece accadrebbe se questi fosse stato condannato *minore pecunia*», ovvero col tono che dia loro un significato negativo, «la questione non dà materia di lite contro il contutore come accade anche nel caso in cui costui fosse stato condannato *minore pecunia*». Poiché ambedue le interpretazioni risultano ugualmente sostenibili, il passo da solo non dimostrerebbe niente: invece unito alle altre testimonianze sulle regole di disciplina della *condemnatio pluris* e *minoris*, non soltanto conferma le affermazioni di Gaio e di Ulpiano sull'argomento, ma altresì trova una sua interpretazione precisa: infatti è la seconda lettura che deve essere seguita. Ed in questo senso deve essere inteso anche l'*ut maior pecunia condemnatum*, riferito in apertura del passo all'*heredem minorem*, che potrebbe ingenerare analoghi dubbi: l'*heres minor*, dunque, può usufruire a suo beneficio di una *restitutio in integrum* come accadrebbe nel caso in cui fosse stato condannato *maior pecunia*.

In definitiva mi sembra che il passo di Papiniano voglia porre una corrispondenza fra due diverse ipotesi, l'ipotesi della morte di uno dei contutori che lascia erede un minore e le ipotesi di errore nella *condemnatio*.

Nel caso di *condemnatio pluris* la giustificazione della disciplina documentata dalle fonti può sembrare ispirata ad intuitivi criteri di equità: più precisamente si può pensare ad una giustificazione che faccia capo a ragioni di correttezza processuale. L'errore nella *condemnatio* è un errore che si potrebbe imputare allo stesso magistrato e che si presume dovuto non ad un suo comportamento doloso, quanto piuttosto a fretta, ad una momentanea disattenzione o inavvertenza, ad un fraintendimento delle dichiarazioni delle parti, ad un'errata valutazione delle circostanze, ecc. Pertanto è giusto che il convenuto non debba risentire un danno a cagione dell'errore del magistrato; ma allo stesso modo è giusto che anche l'attore veda salvaguardati i propri interessi: così, mentre il caso di *plus in intentione*, che si presume sempre dovuto ad un comportamento doloso, o per lo meno scorretto,

dell'attore ⁽⁴⁵⁾, comporta sempre di conseguenza la piena assoluzione del convenuto, nell'ipotesi di *plus in condemnatione*, a seguito della *restitutio in integrum*, l'attore verrà a conseguire né più né meno di quello che aveva affermato essere il suo diritto nell'*intentio*.

Ma questa stessa giustificazione non regge più quando la si debba applicare alle conseguenze giuridiche del *minus in condemnatione*. Ci si potrebbe chiedere: perché mai un errore del magistrato che dichiara un *minus* nella *condemnatio* deve comportare per l'attore conseguenze negative irrimediabili allo stesso modo che un *plus in intentione*? Anzi, le conseguenze risulterebbero aggravate: infatti sembra che la *condemnatio minoris* non soltanto precluda all'attore la possibilità di ottenere un'immediata *restitutio in integrum*, ma gli impedisca altresì di riproporre l'azione per il *quod amplius*, foss'anche nel corso della pretura successiva. Infatti, come dice Gaio, *tota quidem res in iudicium deducitur*: un'azione per il *quod amplius* comporterebbe un'*intentio* che, sia pure parzialmente, sarebbe *de eadem re*. Forse, se si volesse applicare totalmente il parallelo che Papiniano pone fra l'ipotesi dei contutori e l'ipotesi di errori nella *condemnatio*, potrebbero essere applicate a tutti i casi di *condemnatio minoris* le parole che l'ultima parte di D. 27,3,20 pr. riferisce al pupillo: *sed aequitatis ratione suadente per utilem actionem ei subveniri, in quantum alter relevatus est, oportet*. Ma il silenzio di Gaio su un'*actio utilis* concessa all'attore nei casi di *condemnatio minoris* non consente di accettare questa conclusione: infatti Gaio sembra escludere nel modo più assoluto che in tali ipotesi l'attore possa agire anche con altra azione. Circa la differente valutazione delle conseguenze del *minus* nelle due ipotesi la Cantarella dice: «E, a me pare, si può forse intuire la ragione di questo diverso trattamento. Nel caso del *minus* nella *condemnatio*, infatti, l'attore aveva quanto meno ottenuto la condanna del

(45) Contro PROVERA, *La 'pluris petitio'*, cit., p. 130 s.

convenuto nei limiti indicati nella *condemnatio* erroneamente formulata. E la sua condizione, pertanto, era decisamente migliore di quella di colui che, essendogli capitato di *plus intendere*, aveva visto respinta integralmente la sua domanda» ⁽⁴⁶⁾.

Pertanto a questo punto si deve accettare la giustificazione di Gaio, *facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus* ⁽⁴⁷⁾? o non è possibile ricercare una spiegazione più tecnica ⁽⁴⁸⁾?

9. Mi sembra opportuno spendere ancora qualche parola su talune modalità di individuazione delle ipotesi di *plus* o *minus in condemnatione*. Innanzi tutto si deve risolvere il seguente interrogativo: quando si può parlare di *plus* e quando di *minus*? Il problema, che a prima vista potrebbe sembrare irrilevante, come nel caso di errore materiale nell'*actio certae creditae pecuniae*, assume invece un maggior colore in altre ipotesi di errore in cui non possa farsi altrettanto agevolmente un confronto quantitativo con l'*intentio*.

Inoltre questo problema ne implica un altro relativamente

⁽⁴⁶⁾ CANTARELLA, *Il 'minus petere' e le sue conseguenze nel processo formulare*, in *SDHI* 35 (1969), p. 104 (in part. p. 103, nt. 12). L'Autrice ritiene che una traccia di una concessione, sia pure eccezionale, di *restitutio in integrum* anche in ipotesi di *minus* nella *condemnatio* possa leggersi nel noto provvedimento di Claudio di cui parla SVETONIO (*Claud.* 14); il provvedimento riguardava in realtà una vera e propria *pluris petitio*, ma, «a distanza di pochi anni, la prassi pretoria doveva già aver esteso la concessione della *restitutio in integrum*, oltreché al caso del *plus*, anche al caso del *minus* nella *condemnatio*» (*op. cit.*, p. 105), come sarebbe confermato anche da SEN., *Ep. ad Luc.*, 5, 48, 10-12 (*Quid enim aliud agitis, cum eum, quem interrogatis, scientes in fraudem iudicatis, quam ut formula cecidisse videatur? Sed quemadmodum illos praetor, sic hos philosophia in integrum restituit*).

⁽⁴⁷⁾ In particolare su questa giustificazione si veda WLASSAK, *op. cit.*, p. 151 nt. 57, così anche DÜLL, *Vom 'vindex' zum 'iudex'*, in *ZSS* 55 (1935), p. 16 e p. 22 ss.

⁽⁴⁸⁾ Invece non sorgerebbe nessun problema di giustificazione se si accettasse come unica ipotesi di *plus* (o *minus*) in *condemnatione* quella relativa alla *condemnatio cum deductione* del *bonorum emptor* e agli eventuali casi analoghi: infatti in questo caso (cfr. *supra*, nt. 39 in particolare) la regolamentazione del caso deriverebbe in pratica da un temperamento della disciplina della *pluris petitio*, dovuto a chiare ragioni di equità.

al momento in cui può essere ravvisata l'anormalità ed al soggetto che può e deve accorgersene.

Se l'errore è un errore materiale, come, per esempio, l'indicazione di una cifra diversa da quella enunciata nell'*intentio*, ovvero di uno schiavo diverso, o di un diverso fondo, o di una diversa quantità o qualità dello stesso fondo; o ancora se l'errore deriva dalla combinazione di parti tipiche di diverse azioni tipiche (e in tal caso dovrebbe risultare anche più evidente), esso, in teoria, può essere avvertito da chiunque, ed in qualsiasi momento. Se se ne avvedono le parti, o anche il giudice chiamato a decidere della questione, l'ipotesi non si differenzia da altre di cui si dirà di seguito. Ma al limite può avvedersi dell'errore commesso anche lo stesso pretore che ha concesso la formula, e ciò subito dopo la *litis contestatio*: allora sarà verisimilmente lo stesso pretore che di sua propria iniziativa provvederà a concedere la *restitutio in integrum* qualora ritenga essersi verificato un *plus*.

Ma talora, benché l'errore sia evidente, non altrettanto evidente potrebbe apparire la sua qualificazione come *plus* ovvero come *minus*: tali i casi in cui si parla di uno schiavo diverso da quello su cui era stata pronunciata l'*intentio*, o di un fondo diverso, o ancora nelle ipotesi di *aliud pro alio*. Gaio non accenna nemmeno all'*aliud pro alio in condemnatione*, ma, come si è potuto notare, un'ipotesi del genere potrebbe anche verificarsi in astratto. Inoltre a questa categoria di errori dovrebbe ricollegarsi anche il caso in cui sia stata contestata la lite su una formula che presenti l'*intentio* tipica di una categoria di azioni seguita dalla *condemnatio* tipica di un'altra categoria di azioni: infatti di fronte, per esempio, alla pretesa di una azione di revindica, la richiesta di condannare il convenuto come se la sua posizione nei confronti dell'attore fosse quella di un obbligato *ex delicto*, potrebbe essere considerata forse alla stregua della seconda ipotesi di GAI. 4,55. E allora questa condanna deve essere considerata come un *plus*, talché su istanza del convenuto si consenta

contro di essa la *restitutio in integrum*, o come un *minus*, contro cui non è dato nessun rimedio a favore dell'attore?

Le Istituzioni di Giustiniano individuano il fondamento del calcolo circa la *pluris o minoris petitio* nell'*utilitas* del convenuto, che deve essere intesa in termini puramente quantitativi, o comunque sempre economicamente valutabili⁽⁴⁹⁾. Ma lo stesso criterio non può essere adottato anche per il *plus* e *minus in condemnatione*. Infatti l'*utilitas* riferita all'*intentio* porta a considerare come *plus* ogni ipotesi in cui, per esempio, venga richiesta la prestazione in luogo diverso da quello stabilito dall'accordo delle parti, ovvero in cui sia sottratta al debitore la *facultas electionis* che gli competeva; ma proprio a proposito del primo caso, e più precisamente dell'*actio de eo quod certo loco*, non c'è dubbio che la *condemnatio* debba prendere in considerazione l'interesse di ambedue le parti, non di una soltanto: pertanto l'errore *loci* nella *condemnatio* non può essere inteso sempre e necessariamente come un *plus*. E allo stesso modo — direi — non dovrebbe comportare sempre e necessariamente un *plus* l'errore nella *condemnatio* di un'azione con *intentio* formulata alternativamente.

Comunque, nell'assenza totale di fonti che diano una qualche luce sulla materia, riterrei che questa situazione non possa essere stata definita in astratto distinguendo con regole generali quando si dovesse parlare di *plus* e quando di *minus*⁽⁵⁰⁾: a mio sommesso avviso tale definizione dovrebbe essere stata lasciata alla discrezionalità del solo convenuto al quale era concesso di valutare se gli convenisse farsi condannare (si pensi al caso di una condanna al valore di una cosa che è stimata inferiore rispetto a quella, diversa, che era oggetto dell'*intentio*; o si pensi al

⁽⁴⁹⁾ Cfr. I, 4, 6, 33 a - 33 c, in cui Giustiniano, illustrando i casi di *pluris petitio*, fa riferimento spesso alla «*utilitas*» del convenuto, o all'*electio* che gli viene *erepta*, o al fatto che la sua *condicio* divenga *deterior*.

⁽⁵⁰⁾ Le difficoltà che si incontrano a questo proposito nei casi di *plus in intentione* mi sembrerebbero differenti: cfr. PROVERA, 'La *pluris petitio*', cit., p. 87 ss.

caso di una condanna tipica che debba essere *in simplum*, mentre l'*intentio* avrebbe comportato una condanna *in multiplum*; o si pensi, infine, al caso di una condanna semplice, quando l'*intentio* avrebbe dovuto essere seguita da una condanna accompagnata da particolari promesse o assunzioni di garanzia da parte del convenuto), o pretendere dal pretore la *restitutio in integrum*.

Al contrario, il problema del soggetto che può rilevare l'incoerenza fra *intentio* e *condemnatio* (e di conseguenza quello del momento in cui tale incoerenza può essere rilevata) deve risolversi diversamente quando il pretore e le parti abbiano ormai affidato al giudice la formula, non avvertendone la disorganicità dal momento che l'errore non era così evidente da risultare a prima vista dalla semplice lettura della formula stessa. E dovrebbe essere l'ipotesi di gran lunga più frequente. Si pensi per esempio al caso di una *condemnatio cum deductione* a favore di un *bonorum emptor*: come si è accennato, poiché il magistrato non ha competenza alcuna circa la valutazione della questione ma deve seguire le indicazioni che gli sono fornite dalle parti, può essere che abbia posto nella *condemnatio* la *deductio* di un controcredito inesistente ovvero di un ammontare esorbitante rispetto a ciò che è effettivamente dovuto al convenuto. Le premesse stesse chiariscono a mezzo di chi può essere avvertita la disarmonia: infatti la competenza circa la valutazione dei crediti e dei controcrediti è data al *iudex*, e sarà pertanto il giudice (e solo il giudice) che potrà avvedersi dell'incongruenza che si è venuta a determinare fra il diritto leso così come è espresso nell'*intentio* e la *condemnatio* con quella *deductio* abnorme.

Allora sorge un altro problema: nel caso di inerzia delle parti, e segnatamente del convenuto, il giudice che si sia avveduto dell'iniquità della *condemnatio*, è obbligato a condannare senz'altro, ovvero può sollecitare egli stesso un intervento autoritativo del magistrato che modifichi la formula? Anche sulla base di quanto ho già detto, a me sembrerebbe che al giudice non possa

essere riconosciuto questo potere; egli può sollecitare le parti a chiedere esse l'intervento del magistrato, ma una volta che queste vogliano accontentarsi della situazione, il *iussus iudicandi* non dà al giudice altra facoltà in alternativa a quella di condannare, una volta che abbia accertato la veridicità dell'*intentio*. Pertanto, non potendo egli chiamare in causa il magistrato, a questo punto la sua attività si riduce presumibilmente a dare conoscenza alle parti dell'errore che ha potuto rilevare, e ancora una volta spetterà al convenuto, se lo ritiene opportuno, chiedere la *restitutio in integrum*.

Rimane da dire ancora dei casi di *condemnatio incerta* in cui il criterio di valutazione della condanna indicato (ed imposto) al giudice dal pretore (il *bonum et aequum*, il *quanti ea res est* o *erit* o *fuit*, il *quanti interest* o *interfuit*, ecc.) non corrisponde alle premesse espresse nell'*intentio* tipica. Ebbene, anche in questo caso se il giudice si avvede che il diritto di cui si lamenta la lesione avrebbe dovuto comportare una *condemnatio* nel *quanti ea res est* invece che nel *quod interest*, come al contrario risulterebbe dalla *condemnatio*, ne darà comunicazione alle parti, ed il convenuto, se crede, potrà ricorrere alla *restitutio in integrum*. Infine è da notare che spesso la differenza fra l'una forma e l'altra di *condemnatio* è talmente sottile che può essere necessaria da parte del giudice una valutazione approfondita non soltanto del fatto, ma anche — oserei dire — dei principi generali e dei criteri che ispirano il capitolo dell'editto che sarebbe relativo al caso di specie.