

Antonio Guarino

**La condanna
nei limiti del possibile**

Corso di diritto romano



JOVENE EDITORE - NAPOLI

1975

DIRITTI DI AUTORE RISERVATI
© Copyright Casa editrice Jovene 1975 - Napoli

Manino

Stampato in Italia

Printed in Italy

Tipografia V. & C. PIPOLA - Vico Gerolomini, 9 - Telef. 454708 - Napoli

SOMMARIO

I. LA 'CONDEMNATIO IN ID QUOD REUS FACERE POTEST'

1. Premesse di metodo	pag.	7
2. La condanna limitata nel processo formulare	»	11
3. La terminologia delle fonti ed i suoi spunti	»	14
4. Cenni sulla dottrina e propositi della nuova analisi	»	18

II. LE FATTISPECIE

5. Quadro generale	»	22
6. Il <i>socius</i>	»	24
7. Il fallito	»	29
8. Il <i>bonis cedens</i>	»	35
9. I figli <i>emancipati, exheredati, abstenti</i>	»	39
10. Il <i>donator</i>	»	44
11. Le altre fattispecie. L'istituto della <i>dos</i>	»	50
12. Il <i>maritus</i> e la <i>uxor</i>	»	55
13. Il <i>promissor dotis</i>	»	61
14. I <i>parentes</i> e i <i>patroni</i>	»	70
15. Il <i>miles</i>	»	73

III. IL REGIME

16. Quadro generale	»	78
17. Il <i>facere posse</i>	»	80
18. La <i>deductio aeris alieni</i>	»	82
19. Il <i>nihil facere posse</i>	»	85
20. La <i>deductio ne egeat</i>	»	91

NOTE

Al capitolo I	»	97
Al capitolo II	»	102
Al capitolo III	»	124

Indice delle fonti	»	133
------------------------------	---	-----

LA ' CONDEMNATIO IN ID QUOD REUS FACERE POTEST '

1. PREMESSE DI METODO.

Il diritto va sempre alla ricerca di soluzioni diverse (e teoricamente migliori) dei suoi problemi, e le sue soluzioni sono sempre condizionate, nel loro variare, ai mutamenti delle situazioni sociali di cui esso cerca di farsi interprete (per non parlare delle forze sociali dominanti di cui esso spesso si rende, più o meno deliberatamente, strumento). E' una verità che vale anche per la giurisdizione e per il relativo processo giurisdizionale. E che vale, notoriamente, anche per l'antica Roma.

Parliamo appunto di Roma: del suo diritto, delle sue procedure giurisdizionali, in particolare delle sue procedure giudiziarie di ' accertamento ' del *ius controversum*. Per parte loro, i Romani fecero ricorso, nella storia della loro civiltà giuridica, a tre diversi e in parte successivi sistemi procedurali in materia di accertamento dei rapporti privatistici e di soluzione dei conflitti relativi: quello, di origine più antica, delle cd. ' *legis actiones* ', decaduto peraltro nel corso del sec. II a. C. ed esauritosi (salvo che per talune limitate materie) sul finire del sec. I a. C.; quello delle cd. ' *formulae (edictales)* ' (o, più esattamente, ' *per concepta verba* '), profilatosi sin dal sec. III a. C., ufficialmente autorizzato da una legge EbuZIA della metà del sec. II, surrogato alla procedura delle *legis actiones* (salvo che per le accennate materie) da una legge comiziale del 17 a. C. su proposta di Augusto (la *lex Iulia iudiciorum privatorum*) e perdurato sino alla fine del sec. III d. C. ed oltre; quello infine della cd. ' *cogni-*

tio extra ordinem' (e particolarmente della cognizione straordinaria facente capo ai *principes* ed ai funzionari loro subordinati), che prese sempre più piede rispetto alla cognizione ordinaria (costituita dagli altri due sistemi) già nel corso dei primi tre secoli d. C. (il cd. periodo 'classico' del diritto romano) e finì per diventare esclusivo, in correlazione con l'affermarsi dell'impero assoluto, nel corso del cd. periodo 'postclassico', dal sec. IV d. C. in poi.

Il nostro discorso vuol essere qui relativo ad una 'modalità' del processo formulare di accertamento, la '*condemnatio in id quod reus facere potest*', le cui prime manifestazioni possono farsi risalire, come vedremo, al sec. II a. C. Ma l'istituto, come molti altri, non può essere considerato esclusivamente come un fatto tecnico della procedura formulare. Esso implicava, come dice la sua denominazione, che in taluni casi (poi preciseremo quali) la condanna del convenuto (il *reus*) dovesse essere limitata dal giudice a quel tanto che fosse nelle concrete possibilità del convenuto di prestare effettivamente all'attore. E' evidente perciò che anche in sede di *cognitio extra ordinem*, sia pure con tecniche procedurali diverse, il convenuto dovette essere condannato negli stessi casi (ed eventualmente anche in altri casi) nei limiti delle sue possibilità; e lo conferma il fatto che la compilazione giustiniana (redatta nel 529-534 d. C., e quindi notoriamente disinteressata alla procedura formulare e interessata solo alla cognizione straordinaria) parla della *condemnatio in id quod reus facere potest* come di un istituto ancora vivo e vitale. Ciò posto, non basta identificare la nostra *condemnatio* nel quadro dei processi *per concepta verba*, ma è doveroso chiedersi se e quali reazioni la *cognitio extra ordinem* abbia prodotto anche in questo campo sull'istituto del processo formulare nel periodo (diciamo, all'ingrosso, nel periodo classico) in cui le due procedure coesistettero. Problema, questo, che si aggiunge a quello (consueto a tutte le ricerche romanistiche) delle eventuali riforme postclassiche dell'istituto, e in parte si innesta ad esso.

Questo è un punto che, per la sua rilevanza sul piano metodologico, va messo preliminarmente bene in chiaro.

Il *Corpus iuris* di Giustiniano, si è detto, non parla di processo formulare, anche se le tracce del linguaggio 'formulare'

dei giuristi preclassici e classici accolti nei *Digesta* non sono state tutte cancellate da Triboniano e dai suoi collaboratori. Se nel 1819 non fosse stato trovato a Verona, nella Biblioteca Capitolare, un manoscritto quasi incorrotto delle *institutiones* pubblicate dal giurista classico Gaio, della procedura formulare (e di quella delle *legis actiones*) ne sapremmo ben poco. Il quarto libro (o commentario, come egli lo chiama) del manuale elementare di Gaio ha colmato in maniera abbastanza soddisfacente la lacuna, essendo integralmente dedicato alla *cognitio ordinaria*. Tuttavia l'opera di Gaio ha un difetto. Pur essendo stata redatta nell'età degli Antonini, in pieno sec. II d. C., essa tace del tutto della *cognitio extra ordinem* dei suoi tempi e presenta la procedura formulare come se fosse l'unica e sola applicabile. Per di più la descrive in termini così schematici e rigidi da impedirci di intuirne, di là dell'anatomia, la fisiologia, il funzionamento, la pratica applicazione. Se non è dipeso, o anche dipeso dal fatto che Gaio, come taluni sostengono, era un giurista fuori tempo, forse di provincia, che esponeva un diritto vigente, sì, ma antiquato o, per meglio dire, non sempre e completamente aggiornato, certo è dovuto al taglio istituzionale, quindi sintetico e tendenzialmente apodittico, della sua opera. Poco male, se i romanisti moderni non fossero, la gran parte, affascinati dall'esposizione gaiana al punto da raffigurarsi il diritto classico essenzialmente in vicende litigiose di procedura formulare e da raffigurarsi la procedura formulare essenzialmente negli schemi rappresentati da Gaio.

Da questa incauta impostazione della romanistica contemporanea consegue un doppio pericolo. Quello di costruire storiograficamente un diritto classico uniforme e anelastico, probabilmente diverso dalla sua più complessa e varia realtà: un diritto classico astratto che, oltre tutto, taluni documenti della prassi giuridica giunti sino a noi implicitamente smentiscono. E quello di assegnare troppo facilmente all'età postclassica (ed alla *cognitio extra ordinem* in essa affermatasi) molte deformazioni e varianti della presunta 'regola' classica e formulare, che pur si leggono in frammenti attribuiti, sia pure nel contesto di compilazioni postclassiche e giustiniane, a giuristi e imperatori dei primi tre secoli d. C.

Può ben darsi che i testi giuridici di derivazioni classica ripro-

dotti frammentariamente nelle compilazioni postclassiche e giustinianee siano alterati (o, come suol dirsi, interpolati) sia nella forma che nella sostanza. Senza tornare sulla grossa questione che si agita in proposito, io lo ritengo fortemente presumibile. Se il diritto romano ha subito in età postclassica ulteriori trasformazioni rispetto al suo passato e se a rappresentarlo le compilazioni postclassiche hanno tuttavia utilizzato frammenti appartenenti a quel passato, segno è, ritengo, che questi frammenti sono stati a loro volta, secondo necessità, trasformati, cioè alterati in senso innovativo. Ma intendiamoci bene su queste alterazioni. Quando esse non sono provate da esplicite o implicite (ma sicure) testimonianze di origine postclassica; quando esse sono solo indiziate da vizi di forma dei frammenti di derivazione (preclassica e) classica o anche dal contrasto tra ciò che dicono questi frammenti e ciò che dicono altre fonti ritenute per altre e più generali ragioni più affidanti; ebbene bisogna esitare non una, ma molte volte prima di concludere per l'innovazione postclassica. L'innovazione esiste, ed è doveroso affermarla, solo se, 'allo stato degli atti', cioè allo stato attuale delle nostre conoscenze e delle nostre ragionevoli deduzioni, risulti una incompatibilità non altrimenti spiegabile tra i frammenti in esame e il diritto romano anteriore al sec. IV d.C. (o, diciamo, più cautamente, anteriore alla seconda metà del sec. III d.C.).

Per quanto riguarda il processo privato e gli aspetti processuali degli istituti privatistici, la conclusione dunque è chiara e ci deve servire da premessa. Non si può parlare di innovazione postclassica quando il contenuto di un testo classico, anche se sicuramente alterato nel suo dettato formale, sia bensì incompatibile con la procedura ordinaria, ma sia in qualche modo compatibile con la procedura *extra ordinem* praticata, in concorrenza con quella formulare, in periodo classico. E si tenga presente, a questo proposito, che i giureconsulti del sec. II e del sec. III d.C., diversamente da Gaio (o almeno dal Gaio delle *institutiones*), pur quando commentavano gli editti dei magistrati giudicanti, cioè gli editti relativi alla procedura formulare, non potevano passare sotto silenzio le novità venute fuori dalla procedura straordinaria, da quella procedura che 'faceva diritto' ai loro tempi non meno, e forse più, di

quanto lo facesse un testo editto ormai antiquato e cristallizzato, come si usò dire, in ' *edictum perpetuum* '.

2. LA CONDANNA LIMITATA NEL PROCESSO FORMULARE.

Avviciniamoci, ciò premesso, alla condanna 'nei limiti del possibile'.

I frammenti della giurisprudenza classica raccolti nei *Digesta* fanno intendere abbastanza chiaramente che almeno due (forse più) fra le ipotesi relative erano espressamente previste dall'editto pretorio e si materiavano di regola nella forma processuale della *taxatio*. Il pensiero corre subito, dunque, a quanto dice Gaio di questo istituto della procedura formulare.

Risulta da Gaio che, quando due parti (un attore e un convenuto) litigavano *per formulas*, esse cominciavano con l'incontrarsi davanti al magistrato giudicante o, come si diceva correntemente, *in iure*. Lasciamo da un canto ogni questione sul come l'attore riusciva a trascinare il convenuto nella sede di giustizia. Certo è che, se i due (o i loro rappresentanti processuali, naturalmente) non si trovavano faccia a faccia *pro tribunali*, il processo non era fattibile perché la *cognitio* ordinaria non conosceva la possibilità di procedere nella cd. *contumacia* di un convenuto regolarmente citato ma colpevolmente riotoso ad accettare il contraddittorio. Davanti al magistrato l'attore diceva qual'era la sua pretesa, solitamente indicando una delle *actiones* già previste per ogni possibile ipotesi dalle *formulae* dell'editto. A questa *editio actionis* il convenuto raramente reagiva ammettendo di aver torto (operando cioè la cd. *confessio in iure*), ma il più delle volte (è umano) replicava negando le ragioni dell'attore o adducendo circostanze tali da togliere ad esse ogni efficacia (per esempio, il decorso della prescrizione, o un patto, di cui l'attore si fosse apparentemente dimenticato, di non esigere il credito o di non esigerlo almeno per un certo periodo). Del resto, è ovvio che all'incontro *in iure* si perveniva il più delle volte solo se ed in quanto fossero falliti i tentativi di composizione extragiudiziale della vertenza.

Con l'autorevole collaborazione del magistrato, le parti si accordavano allora per la nomina di un certo giudice, un pri-

vato di comune fiducia (e di fiducia, ovviamente, anche del magistrato) che dovesse esaminare le loro allegazioni probatorie, e si accordavano altresì (sempre autorevolmente pilotate dal magistrato) per una 'regola di giudizio' (il cd. *iudicium*), cioè per i termini in base ai quali la controversia dovesse essere identificata e giudicata dall'*iudex privatus*. A conclusione del contraddittorio *in iure*, l'attore si rivolgeva al convenuto e scandiva a voce chiara (davanti a testimoni) l'*iudicium*; il convenuto (davanti agli stessi testimoni) dichiarava in tutte lettere di accettarlo: il che si diceva *dictare et accipere iudicium*. Il magistrato ci aggiungeva di esclusivamente suo l'*iussum iudicandi*, vale a dire l'investitura del giudice privato della funzione pubblica di condannare o assolvere il convenuto a seconda che gli paresse fondata o infondata la pretesa dell'attore così come formulata nell'*iudicium*. Da questo momento (detto della *litis contestatio*) la fase *in iure* del processo era chiusa e si passava alla fase *apud iudicem*, appunto davanti al giudice privato (o eccezionalmente davanti a un collegio di *reciperatores*), la quale a sua volta si sarebbe conclusa, dopo adeguata istruzione, con la *sententia* di condanna o di assoluzione del *reus*.

Una volta avvenuta la *litis contestatio*, tutta la questione tra le parti si condensava quindi nell'*iudicium*, e più precisamente, in pratica, nel documento di *testatio*, scritto e sigillato, che di esso apprestavano i testimoni. L'attore e il convenuto non avevano diritto di recedere o di invocare nuove ragioni a proprio sostegno, esattamente (se è lecito il paragone profano) come avviene nel giuoco del *bridge* quando le due coppie hanno operato quel che si dice il 'contratto'. E il *iudicium* formulava due ipotesi: prima ipotesi (che chiameremo la *pars pro actore*), che al giudice paresse fondata la pretesa dell'attore (la cd. *intentio*), il che implicava che egli dovesse condannare il convenuto ('*si paret. . . , condemnato*'); seconda ipotesi (che chiameremo la *pars pro reo*), che al giudice l'*intentio* non paresse fondata, il che implicava che egli dovesse assolvere il convenuto ('*si non paret, absolvito*'). Ma la formulazione dell'invito a condannare (o ad assolvere), la cd. *condemnatio*, (ecco che ci avviciniamo al punto che ci interessa) poteva avere, a seconda dei casi, contenuti diversi. Premesso che la *condemnatio* era sempre riferita ad una somma di danaro, essa poteva essere *certa* (o *certae pecuniae*), cioè relativa ad una quan-

tà pecuniaria predeterminata, oppure poteva essere *incerta*, cioè relativa ad una quantità pecuniaria da determinarsi opportunamente del giudice. Il più delle volte, infatti, solo a seguito dell'accertamento giudiziale concreto era possibile stabilire quanto concretamente il convenuto in torto dovesse versare all'attore.

La *condemnatio incerta*, si badi, non autorizzava il *iudex* a fissare di proprio arbitrio l'ammontare della condanna, ma prestabiliva espressamente un qualche criterio di valutazione al quale egli era tenuto ad adeguarsi. Il criterio più largo (ma anche il più raramente applicato) era espresso con le parole '*quantum iudici aequum (et bonum) videbitur, tantae pecuniae condemnato*': il giudice era invitato in tal caso a rimettersi alle valutazioni correnti nell'ambiente sociale, sia pur travestite (come sempre succede) da 'giusto', da *aequum* o da *bonum et aequum*. Il criterio più diffuso si trasfondeva nelle parole '*quanti ea res est (o erit, o fuit) tantam pecuniam condemnato*': il giudice era invitato in tal caso a rapportare la *summa condemnationis* al valore di stima della cosa litigiosa al momento della *litis contestatio* (o al momento della emanazione della sentenza, o al momento della violazione giuridica lamentata dall'attore). Talvolta la *condemnatio* suonava '*quanti actoris interest (o intèrerit, o intèrfuit), tantam pecuniam condemnato*', e allora il giudice era invitato a tener conto non solo del valore obbiettivo della prestazione, ma anche del *quid* in più rappresentato dall'interesse dell'attore ad ottenere la prestazione stessa al momento della *litis contestatio* (o della sentenza, o della violazione lamentata). Talora infine il giudice era invitato a calcolare con pieni poteri ciò che andasse prestato (a termini di *ius civile* o, eventualmente, a termini dei principi di *bona fides* che dovevano presiedere a certi rapporti) a soddisfacimento dell'attore: '*quidquid dare facere oportet (eventualmente: ex fide bona) condemnato*'.

Come si vede, all'interesse del convenuto, alle sue limitate possibilità di pagamento immediato, alle sue condizioni personali e patrimoniali, il giudice, sempre che non ritenesse di doverlo assolvere, non solo non era tenuto a guardare, ma era tenuto a non guardare affatto. Fortuna che al convenuto, a scanso di condanne troppo salate cui il giudice (magari nella più rigorosa imparzialità) potesse arrivare, ci pensava talvolta il magistrato giudicante stes-

so (evidentemente su precisa istanza del cauteloso convenuto) mediante l'inserzione nell'*iudicium*, e più precisamente a ridosso della *condemnatio incerta*, di una clausola limitativa denominata usualmente 'taxatio'. Gaio (4. 51) dice infatti che la *condemnatio incerta* poteva essere *infinita*, cioè senza limiti, ma poteva essere anche *cum aliqua praefinitione*, cioè limitata con un 'tetto' (mettiamo: non più di diecimila sesterzi) che al giudice non era dato di superare. In tal caso la *condemnatio* portava le parole 'dumtaxat sestertium decem milia condemnato', e il giudice, precisa ancora Gaio (4. 52), poteva ben condannare a meno, ma assolutamente non poteva condannare a più. Se avesse condannato a più sarebbe incorso nel delitto, represso dall'editto pretorio, di interesse privato in atti d'ufficio (*litem suam facere*).

Sin qui Gaio. Il quale, dunque, ci spiega cosa fosse la *taxatio*, ma tace della *taxatio in id quod reus facere potest*, in virtù della quale il giudice era invitato a contenere la condanna nei limiti di quelle che a lui risultassero le possibilità massime di prestazione del convenuto. Si può pensare che il silenzio di Gaio sia dipeso dal fatto che l'esempio della nostra *taxatio* non gli sia venuto sotto la penna. Ma, a ben guardare, la spiegazione è un'altra. Il concetto di *taxatio* assunto da Gaio a canone della sua definizione è troppo ristretto e rigido per potervi ricomprendere anche la *taxatio in id quod reus facere potest*. Non può escludersi, ad esempio, che la nostra *taxatio* (come era, d'altronde, nella sua logica) si applicasse anche ad ipotesi di azioni intese all'ottenimento di una *condemnatio certa* (alcune tra le fattispecie che esamineremo successivamente permettono di intuirlo), anche se dobbiamo subito aggiungere che nulla sappiamo, e nulla possiamo attendibilmente supporre, circa la formulazione che assumeva in tali casi il *iudicium*.

Resta con ciò confermato, ed *in subiecta materia*, che il processo formulare del manuale gaiano non può essere assunto ciecamente ad espressione della realtà storica, assai meno schematica di come appaia nella rappresentazione di Gaio, della procedura formulare classica.

3. LA TERMINOLOGIA DELLE FONTI ED I SUOI SPUNTI.

Non basta. La *condemnatio in id quod reus facere potest* non

sempre si traduceva, nel processo formulare, in una *taxatio* (anomala, si ripete, rispetto alla *taxatio* dello schema gaiano di quel processo). Anche se le fonti di cui disponiamo non ce ne fanno espressa menzione, è pensabile che essa potesse conseguire (e in taluni casi dovesse conseguire) ad una *praescriptio pro actore*. E a parte ciò, è da presumere, per le ragioni dette sin dall'inizio di queste note, che, almeno a partire dal sec. II d. C., alla condanna limitata si pervenisse non solo per le vie del processo formulare, ma anche per quelle meno rigide e più possibiliste della *cognitio extra ordinem*.

Esaminiamo più da vicino il linguaggio delle fonti. Noteremo, anzi tutto, che il termine 'taxatio', per verità, non vi si incontra mai; ma la cosa non deve stupirci perché lo stesso Gaio (4. 51) segnala che la clausola da lui descritta 'vulgo dicitur taxatio', con terminologia dunque (l'abbiamo detto) usuale nella pratica, ma non strettamente tecnica. Di solito le fonti parlano di una 'condemnatio in id quod debitor (o reus) facere potest' (D. 17.2.63 pr., 1,7; 24.3.12-15,18; 42.1.16-25; 50.17.173 pr. ecc.), o *quatenus facultates (debitoris) patiuntur*, o *non ultra facultates (debitoris)* (D. 2.14.49; 42.1.21,30; I. 4.6.37). In queste locuzioni non sempre il termine 'condemnatio' indica con sicurezza la *condemnatio* come clausola dell'*iudicium* (quello che invita il giudice a condannare *si paret*, o, *si non paret*, ad assolvere), ma a volte indica (o sembra indicare) la sentenza di effettiva condanna che il giudice emette, sia in base ad un *iudicium* formulare che, eventualmente, in sede di *cognitio extra ordinem*. Tuttavia, anche quando 'condemnatio' sta ad indicare inequivocabilmente la clausola dell'*iudicium* formulare, non è detto che la limitazione *in id quod debitor facere potest* discenda sicuramente da una *taxatio*.

Ciò posto, tralasciamo pure un testo di assai dubbia genuinità (quindi probabilmente relativo alla *cognitio extra ordinem* dell'età postclassica) in cui si trova 'querella' (cioè istanza, azione) *quantum facere potest* (D. 3.5.34 pr.). E' un fatto degno di nota che, in vari passi quasi certamente riferiti alla procedura formulare (od anche ad essa), non si legge che il *reus 'condemnatur' in id quod facere potest*, ma che il debitore 'convenitur' (è chiamato in giudizio dall'attore) *in id quod*

facere potest (D. 2.14.49; 4.4.3.4; 11.7.28; 14.5.4 pr.; 42.1.16; 42.1.19.1; 42.3.4 pr. ecc.). In termini formulari questo modo di esprimersi sta ad indicare (almeno di regola, cioè se ed in quanto le parole siano usate con rigorosa precisione) che la limitazione *in id quod facere potest* inerisce all'*intentio*, non alla *condemnatio*: la *condemnatio* sarà limitata, ma in quanto già è limitata all'*id quod reus facere potest* la richiesta dell'attore. Il perché di questa iniziativa dell'attore può essere vario (vedremo in seguito, ad esempio, che la limitazione dell'*intentio* in D. 42.1.16 è spiegabile col fatto che si tratta di *actio iudicati*, mentre quella di D. 42.3.4 pr. è forse riconducibile alle disposizioni della *lex Iulia de bonis cedendis*), ma quel che qui per ora ci interessa è come l'iniziativa si realizzasse nella tecnica formulare. E l'unica spiegazione possibile è che l'attore facesse inserire nell'*iudicium*, a mò di premessa, una *praescriptio pro actore*, mediante la quale limitava egli stesso la sua richiesta alle facoltà del debitore ('*ea res agatur in id quod reus facere potest*'), riservandosi di agire per il residuo in un secondo momento.

Ma andiamo avanti. Vi sono anche frammenti della compilazione giustiniana in cui il vantaggio del debitore di essere condannato solo *in id quod facere potest* viene espresso col termine '*exceptio*' (D. 17.2.63.2; 24.3.17.1; 42.1.41 pr.; 44.1.7 pr.; 46.2.33). L'uso di '*exceptio*' non può non scandalizzare chi tenga presente che nel processo formulare l'*exceptio* era una clausola inserita nell'*iudicium* per ottenere (se fondata) l'assoluzione del convenuto, non la limitazione della condanna. E' stato in base a questa considerazione che il Beseler e il Solazzi hanno sostenuto l'interpolazione giustiniana di quei passi. Io, che li ho seguiti (sia pure con qualche esitazione) in questa critica, oggi ritengo di dover fare ammenda, ritengo cioè di dover ammettere che questi passi (tutti o alcuni) possono anche essere genuini. A parte il fatto che i giuristi classici (sopra tutto quelli tardo-classici) possono anche essere stati influenzati dall'uso meno rigoroso che di '*exceptio*' si faceva nel processo *extra ordinem* (di *exceptio* vi si parlava nel senso di 'difesa del convenuto' in generale), osservo che vi era un'ipotesi, non del tutto infrequente, in cui il convenuto proponeva, in sede formulare, proprio

mediante un' *exceptio* il suo diritto alla limitazione della condanna: l'ipotesi di due soggetti, un creditore e un debitore, i quali, fuori dai casi in cui era prescritta (dall'editto, da leggi, dalla giurisprudenza, da rescritti imperiali) la *condemnatio* limitata, concordavano mediante un *pactum* che il creditore avrebbe agito contro il debitore nei limiti del *facere posse* (Ulp. 36 *Sab.*, D. 2.14.49; cfr. Sch. Sin. 6). In questa ipotesi, se il creditore non delimitava la sua azione nella *intentio*, il debitore gli opponeva l'*exceptio pacti conventi*, in forza della quale (ove fosse riuscito a provare l'esistenza del patto di citazione limitata) sarebbe stato addirittura assolto dal giudice; ed è evidente che l'attore, per parare la botta, o doveva accordarsi per la *taxatio* o, più probabilmente, doveva circoscrivere la sua richiesta col ricorso alla *praescriptio*. Siccome dal citato frammento di Ulpiano si ricava che il *pactum* di limitazione della domanda all'*id quod reus facere potest* non era ritenuto (o non era stato ritenuto prima di lui) valido da tutti i giuristi, e per conseguenza da tutti i magistrati giurisdicenti, difficilmente il pretore avrebbe, dal suo canto, aderito alla richiesta della *taxatio* (la quale non aveva collegamento col *pactum*), ma è presumibile che avrebbe preferito appunto approvare la limitazione mediante *praescriptio*, la quale non impegnava in alcun modo lui, ma impegnava esclusivamente l'attore; oppure è pensabile che, di fronte a due parti ostinate sulle loro posizioni, avrebbe autorizzato il convenuto ad inserire nell'*iudicium* l'*exceptio* '*nisi convenerint ut reus in id quod facere potest conveniatur*'. Ecco perché è da supporre che i giuristi romani, pur se e quando si riferivano esclusivamente al processo *per formulas*, si siano potuti lasciar sfuggire dalla penna un' *exceptio* in luogo di '*taxatio*' o di '*condemnatio*'.

Resta che si dica (è importante) che il nostro istituto, comportando indiscutibilmente un vantaggio per il debitore (a suo tempo vedremo meglio quale), più che spiegabilmente è stato designato talvolta con i termini '*beneficium*' (D. 17.2.63.1; 24.3.13; 42.1.41.2) od '*honor*' (D. 24.3.15.2 e 17 pr.). Ma i due vocaboli non vogliono affatto dire, nel linguaggio classico, che la *condemnatio* limitata fosse una sorta di privilegio di certi debitori rispetto alla categoria dei debitori comuni (forse è perciò che D. 42.1.41.2 deve ritenersi interpolato), né tanto meno alludono

alla esistenza in età classica di un istituto unitario a favore di certi debitori. Ed a questo proposito può essere segnalata come una cosa veramente curiosa il fatto che da qualche secolo il nostro istituto viene concordemente denominato in dottrina come '*beneficium competentiae*'; terminologia assolutamente estranea alle fonti romane e alle trattazioni postromane sino a tutto il sec. XVI. Come sia venuta alla luce questa denominazione complessiva non si sa. Probabilmente è stata coniata per opportunità espositiva da qualche studioso, pare germanico, del sec. XVII ed ha avuto, come può succedere, larga fortuna.

Poco male, in fondo. Male, anzi molto male è invece che le fattispecie di condanna nei limiti del possibile siano indirettamente presentate, proprio da una fonte romana (Paul. *sing. de iure sing.*, D. 24.3.54), come una manifestazione del cd. *ius singulare*, di quel diritto che è contrario alla cd. *ratio iuris*, ai principi del diritto comune, e che pertanto non può essere prodotto *ad consequentias*, non può essere interpretato per analogia. Ma se ci dovessimo fermare su questo punto il discorso diverrebbe lunghissimo, né sarebbe d'altronde molto utile ai fini della conoscenza dell'istituto. Mi basti quindi rinviare ad alcuni altri miei studi, nei quali ho cercato di dimostrare che la categoria del *ius singulare* è una creazione della scuola post-classica, che apocrifo è un certo *liber singularis de iure singulari* di Paolo (del quale i *Digesta* riproducono tre frammenti) e che, in ogni caso, la nostra *condemnatio in id quod facere potest* si diffuse, in età classica, al di là delle fattispecie previste dall'editto e da altre fonti autoritative proprio in virtù di quelle estensioni per analogia cui un istituto di *ius singulare* non avrebbe invece potuto dar luogo.

4. CENNI SULLA DOTTRINA E PROPOSITI DELLA NUOVA ANALISI.

Prima di entrare *in medias res*, sarà opportuno dedicare un cenno alla dottrina romanistica sulla *condemnatio in id quod reus facere potest* ed anche, correlativamente, ai propositi di questa nostra nuova analisi del problema.

Sin dai tempi lontani dei Glossatori gli studiosi, posti davanti alle fattispecie offerteci dalle fonti giustiniane, sono stati colpiti, oltre che dal dato (comune a tutte) della limitazione del-

la condanna all'*id quod debitor facere potest*, da tre elementi: il *favor debitoris* che visibilmente giustifica tutte le ipotesi, la ricordata denominazione di *beneficium* (con il riporto al concetto di *ius singulare*) e il fatto che un frammento del titolo '*de diversis regulis iuris antiqui*' dei *Digesta* (precisamente D. 50.17.173 pr., attribuito a Paolo nel libro sesto *ad Plautium*) afferma, in termini generali, che la condanna all'*id quod debitor facere potest* non deve mai sottrarre al convenuto tutto quello che gli rimane, ma deve sempre fare in modo che a lui sia lasciato qualcosa che gli eviti di vivere in completa povertà (cd. *deductio ne debitor eget*). Di qui la concezione (comunque piuttosto frettolosa) del nostro istituto come un beneficio alimentare, creato per evitare l'assoluta indigenza di certi soggetti, che a un certo punto ha acquistato, come sappiamo, anche un suo nome, quello di *beneficium competentiae*.

La romanistica tedesca del sec. XIX (la cd. 'pandettistica' derivata dalla 'scuola storica' del Savigny), raccogliendo questa eredità dottrinaria plurisecolare, si è fatto un dovere, così come in ogni altro campo, di inventariarla e di valorizzarla in ogni suo particolare: il che non solo è dipeso dalla straordinaria acribia dei suoi famosi rappresentanti, ma anche dal fatto che essa era tenuta ad applicare l'antico diritto romano ai suoi tempi, in una società (quella germanica) tanto più complessa e in parte diversa da quella di Roma. Nell'intento di cogliere e di sfruttare tutte le sollecitazioni provenienti dalle vecchie fonti, la pandettistica, dunque, non ha sorvolato sulle molteplici discrepanze che in realtà quelle fonti presentano (anche, come diremo, in ordine alla *deductio ne debitor eget*): al contrario, le ha rilevate tutte (forse, nel suo ardore analitico, ne ha rilevata qualcuna in più) e si è sforzata in vari modi, diversi da autore ad autore, di comporle in un sistema unitario, ma di gran lunga più articolato e praticamente utilizzabile, del *beneficium competentiae*. Solo chi le difficili opere della pandettistica non le ha lette e convenientemente meditate, tenendo il debito conto della realtà sociale (proprio della realtà sociale) da cui sono scaturite, può affermare oggi, con superficialità pari alla disinvoltura, che esse sono state un vano e mistificante giuoco di pazienza o, se si preferisce, uno sterile esercizio intellettualistico.

Quando, ai primi di questo secolo, è stata finalmente varata la codificazione civile tedesca, sì che il diritto romano giustiniano ha perso il carattere di 'vigenza' anche in Germania, la pandettistica non ha avuto più ragion d'essere e lo studio storico del diritto romano privato (che già, sia ben chiaro, si praticava da secoli) ha fatto spiegabilmente un formidabile passo in avanti, sia in ordine alla *condemnatio in id quod debitor facere potest* che in ordine ad ogni altro argomento del vastissimo scibile giuridico romano. Ma anche nel nostro campo è stato (ed è in parte tuttora) altrettanto spiegabilmente difficile sottrarsi alla influenza della pandettistica, con tutto il suo bagaglio di sistematiche, per vero assai poco adeguate alla realtà del diritto di Roma, ma anche di osservazioni preziose e di esegesi testuali finissime, che non è lecito, queste ultime, sottovalutare. In più, come sempre avviene quando si aprono vie nuove, non sono mancati i radicalismi e, diciamo pure, i semplicismi, sì che spesso le contraddizioni tra i testi (o all'interno dei testi) giurisprudenziali di derivazione classica sono state spiegate congetturando affrettatamente interpolazioni 'legislative' di Giustiniano, oppure alterazioni di aggiornamento pregiustiniane, senza tener conto di altre possibili alternative.

Per fare qualche nome, interessanti ma non sempre cauti approcci parziali sono stati fatti da due romanisti italiani, il Pampaloni e lo Zanzucchi. Indi è seguita (nel 1927) una egregia trattazione di insieme del francese Levet, che fa larga parte alla critica interpolazionistica, ma è ancora legata nel suo impianto generale alla sistematica pandettistica, al punto da non porsi il problema di base, che è quello della o delle fattispecie-pilota della visione classica della *taxatio*. Non dissimile, anche se molto più acuta nei particolari, è la più breve trattazione d'insieme del Solazzi, datata 1931. Una ricostruzione, direi, assai più libera, non esente peraltro da taluni rigorismi critico-esegetici che oggi non mi sento di approvare, è stata iniziata, ma non portata a termine, da me in una serie di studi del periodo, sopra tutto, 1939-1943: studi caratterizzati molto decisamente dal distacco dall'inquadratura pandettistica. Un ritorno al Levet è invece, salvo che nella rinnovata discussione dei singoli punti e nell'eventuale accoglimento per ciascuno di essi di tesi diverse, il lun-

go saggio dedicato di recente al *beneficium competentiae* (sia pure contraddistinto nel titolo con virgolette) dal polacco Litewski nel 1971.

Nel riprendere il lavoro interrotto trent'anni fa, i miei propositi sono: primo, di individuare, possibilmente precisandone le ragioni socio-economiche e le motivazioni analogiche di estendimento, le fattispecie preclassiche, classiche e postclassiche di *condemnatio in id quod reus facere potest*; secondo, di individuare, possibilmente precisandone le ragioni anche di carattere processuale, la progressiva formazione del regime connesso (peraltro non in modo uniforme per tutte le fattispecie) alla *condemnatio* limitata, ribadendo con ciò anche la dimostrazione del carattere postclassico del *beneficium condemnationis* come espressione di *ius singulare*.

A chi si chiedesse a che serve la ricostruzione di un'esperienza ormai tramontata, non risponderò con gli argomenti (a tutti noti, del resto) che giustificano la storiografia (o che, a meglio dire, esentano la storiografia dal dovere di una difesa in termini utilitaristici), ma risponderò che, nel profondo, lo sforzo sarà diretto a cogliere uno squarcio di vita della società romana: in certe esigenze che le si presentarono, in certi modi con cui queste esigenze furono tradotte in direttive e in prassi processuali e, sopra tutto, nell'opera svolta dalla giurisprudenza romana (particolarmente da quella preclassica e classica) in sede di interpretazione e in sede di integrazione analogica. Purtroppo le fonti di cui disponiamo nello studio del diritto di Roma non sono tante e tali da agevolarci (in ricerche che vogliano essere serie e non immaginose) nel ritrovamento degli uomini. Ma fortunatamente esse non sono nemmeno così scarse ed aride da impedirci di intravedere con una certa sicurezza qualche orientamento e qualche motivazione del loro agire nella mutevole realtà plurisecolare della società romana.

II.

LE FATTISPECIE

5. QUADRO GENERALE.

Le fattispecie di *condemnatio in id quod reus facere potest* che si colgono nelle fonti giustinianee sono in tutto nove (o, secondo una classificazione più articolata, undici). Di esse: tre sono attribuite all'editto pretorio, dunque ad un'epoca che può andare dal sec. II a. C. a tutto il sec. I d. C., o poco più in là; una sembra essere stata introdotta dalla *lex Iulia de bonis cedendis* di Augusto o, secondo altri, di Cesare, dunque in un'epoca che coincide approssimativamente con l'ultimo cinquantennio a. C.; una (con in più il notevole estendimento di un'altra) viene accreditata ad Antonino Pio, dunque al periodo che va tra il 138 e il 161 d. C.; le altre quattro non hanno origini note e paiono essere state quindi elaborate, in sede di analogia, dalla giurisprudenza. E' fuor di dubbio, inoltre, che la giurisprudenza, in questa come in molte altre materie, ha ampiamente contribuito, sempre in sede di analogia, all'estendimento di fattispecie originariamente più ristrette e, più in generale, alla precisazione ed alla moltiplicazione degli effetti diretti e indiretti della *taxatio* (o della *praescriptio*).

Salvo a studiar meglio a suo tempo il regime della *condemnatio*, giova qui puntualizzare in termini generali due caratteristiche da tenere sin dall'inizio presenti. Primo: tutte le ipotesi di *condemnatio* limitata, salvo una (e precisamente quella a favore dei militari), individuano il debitore favorito in relazione a determinate obbligazioni e quindi a determinati creditori (per

esempio, il socio rispetto ai crediti dell'altro socio, il marito rispetto ai crediti della moglie e via dicendo). Secondo: tutte le ipotesi anzi dette comportano la limitazione della condanna all'*id quod debitor facere potest*, ma non tutte sembrano aver comportato la cd. *deductio ne debitor egeat*, almeno prima della dichiarazione generale che si legge in D. 50.17.173 pr. (*retro* n. 4), testo unanimemente (e vedremo a suo tempo perché) ritenuto di fattura postclassica. La commisurazione della condanna all'*id quod reus facere potest* implicava che il debitore, essendo posto in grado di pagare il creditore con effetto liberatorio, sfuggisse sia all'esecuzione personale che a quella patrimoniale della *bonorum venditio*, sfuggisse quindi anche all'*infamia* conseguente a quest'ultima (salvi i casi, si intende, in cui un esito di *infamia* non fosse già collegato, come nell'*actio pro socio*, alla condanna di per se stessa). La *deductio ne egeat* (che taluni pandettisti hanno definito '*beneficium executionis*', per distinguerlo dal cd. '*beneficium condemnationis*' vero e proprio) implicava in più, come sappiamo, il vantaggio pratico per il debitore di poter accantonare un *quid* patrimoniale per non rimanere completamente all'asciutto.

Ciò premesso, sembra evidente che, tra le nove fattispecie a nostra conoscenza, le prime da esaminare siano le cinque originate, stando almeno alle fonti, dall'editto, dalla *lex Iulia* e dalla costituzione di Antonino Pio, perché è da queste fattispecie 'da provvedimento' (o da alcune tra esse) che la giurisprudenza ha preso probabilmente spunto per le sue integrazioni analogiche. Quanto all'ordine della trattazione di queste cinque fattispecie, è chiaro che le prime quattro debbano precedere quella, assai più tarda, introdotta da Antonino Pio, ma è altrettanto chiaro (come vedremo subito) che stabilire un ordine cronologico preciso tra le prime quattro fattispecie non solamente non è possibile: è anche di scarsa importanza, visto che tutte sicuramente rimontano ad una stessa epoca storica e ad uno stesso assetto sociale di Roma.

A mio avviso, le fattispecie forse più antica, ma certamente più pregnante come fattispecie-pilota, è quella del socio. Dunque incominceremo da essa, proseguendo poi con l'esame delle altre.

6. IL 'SOCIUS'.

L'editto del pretore prometteva la limitazione della *condemnatio* al socio di una *societas consensu contracta* nell'ipotesi che fosse convenuto in giudizio dall'altro socio, ovviamente con l'azione *ad hoc*, cioè con l'*actio pro socio*.

La cosa è sicura perché ce la dice espressamente Pomponio nel l. 21 *ad Q. Mucium* (D. 42.1.22.1), specificando (è importante) che il magistrato si riservava di fare la concessione solo *causa cognita*, cioè dopo aver esaminato *in concreto*, in ordine ad ogni singola controversia, se vi fossero buone ragioni per favorire il convenuto con la *taxatio*. Non sappiamo tuttavia quale fosse il tenore letterale della clausola edittale, ignoriamo quando essa sia stata introdotta nell'editto ed abbiamo buoni motivi per discutere se la *taxatio* sia stata prevista per tutti i tipi di *societas* o solo per la società universale (la cd. *societas omnium* o *universorum bonorum*), vale a dire per la sola ipotesi in cui i soci impegnassero ad un impiego di interesse comune la totalità dei loro patrimoni (*bona*).

Il punto chiave è costituito dalla terza questione, la quale scaturisce dalla contraddizione tra due frammenti dei *Digesta*, entrambi provenienti dal commentario di Ulpiano all'editto. Il primo frammento è stato scritto da Ulpiano *in sede materiae*, proprio nel libro (l. 31) in cui illustrava l'editto sulla *societas*, ed è riportato dai *Digesti* del pari *in sede materiae*, cioè nel titolo (D. 17.2: '*pro socio*') dedicato alla società. Il secondo testo, sia in Ulpiano (l. 63) che nei *Digesti* (D. 42.1), appartiene invece all'illustrazione dell'*actio iudicati*, l'azione (a dir così, di conferma) che il vincitore di un primo giudizio aveva l'onere di promuovere contro il soccombente che si rifiutasse di pagare l'importo a cui era stato pur condannato. Solo dopo la sentenza confermativa (che portava, di regola, una condanna del soccombente al doppio della prima *summa condemnationis*) il vincitore aveva infatti diritto, ove il soccombente persistesse nel non adempiere, ad aprire contro quest'ultimo la procedura di esecuzione.

I due frammenti ulpianeî hanno dato adito a tali e tante dia-
tribe (alcuni studiosi ritenendo interpolato il primo, altri soste-

nendo l'alterazione postclassica del secondo), che bisogna leggerli con molta attenzione.

D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 ed.): *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, at tamen in id quod facere possunt dolove malo fecerint quo minus possint condemnari oportere. hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat.* [Vero è ciò che ritiene Sabino: anche se (i litiganti) non sono soci universali, ma lo sono per un singolo cespite soltanto, tuttavia il '*condemnari oportere*' dei convenuti deve poter essere limitato all'*id quod facere possunt*, nonché a ciò che essi abbiano dolosamente fatto per figurare meno solvibili. Infatti questa soluzione è la meglio giustificata, se è vero che la *societas* comporta tra i soci una sorta di rapporto giuridico di fratellanza].

D. 42.1.16 (Ulp. 63 ed.): *Sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur, id est non deducto aere alieno, et quidem sunt hi fere, qui pro socio conveniuntur: socium autem omnium bonorum accipiendum est ...* [Vi sono (soccombenti nel primo giudizio) che vengono convenuti (con l'*actio iudicati*) nei limiti dell'*id quod facere possunt*, cioè senza deduzione di quanto altro debbono ad altri creditori, e certamente si trovano spesso in questa situazione coloro che vengono convenuti *pro socio*: ma si deve intendere il socio universale].

Ambedue i testi non sono esenti da mende formali: per esempio, il periodo finale del primo è piuttosto enfaticamente e il *fere* del secondo (da me tradotto in un certo modo perché ho pensato che non sempre, ma solo *causa cognita*, si concedeva la *condemnatio* limitata) è tutt'altro che chiaro (anche se non inconsueto in Ulpiano). Ma cerchiamo di andare più a fondo. Nel primo frammento, *in sede materiae*, intuivamo che i giuristi anteriori a Sabino dovevano avere ampiamente dibattuto se il pretore (che si era riservata, si ricordi, la *causae cognitio*) dovesse limitare la concessione della *taxatio*, almeno in linea di principio, alle sole ipotesi di società universale, ma troviamo poi affermato in chiarissime lettere che Massurio Sabino (primo cinquantennio d.C.), pienamente approvato da Ulpiano, aveva sostenuto che non solo di fronte alla fattispecie della *societas universorum bonorum*, ma persino di fronte all'estremo

opposto, rappresentato dalla *societas unius rei*, il magistrato potesse, ritenendolo concretamente opportuno, inserire la nostra *taxatio* nell'*iudicium*. Sembra un discorso sensato e accettabile, e invece sulla base del secondo frammento (*socium autem omnium bonorum accipiendum est*) è stato sostenuto da alcuni che la vera opinione di Ulpiano (e di Sabino) fosse quella della limitazione della *taxatio* alla società universale e che Giustiniano, volendo operare una riforma estensiva, abbia interpolato il primo frammento rovesciandone il senso (senso originariamente rappresentato dalle parole: 'Verum est quod Sabino videtur ... si ... universorum bonorum socii sunt, ... in id quod facere possunt ecc.'). Ora, io osserverei che la dizione del secondo testo non implica che sia stato interpolato il primo: sia perché l'interpolazione del frammento *in sede materiae* sarebbe consistita in un cincischiamento o, se si preferisce, in un'opera d'intarsio poco compatibile col carattere deciso, 'legislativo' degli interventi dei compilatori giustinianeî (ai quali sarebbe bastato, ad esempio, inserire un *non* tra *verum* ed *est* per rovesciare il senso della frase di Ulpiano); sia perché proprio D. 42.1.16 è palesemente glossato da un lettore postclassico. Le glosse di questo frammento sono, più precisamente, due: 'id est non deducto aere alieno', con la quale si è voluto dire (come vedremo a suo tempo) una cosa esatta, ma la si è detta in punto inopportuno, facendo equivocamente quasi intendere che la limitazione all'*id quod debitor facere potest* equivalga ('id est') al non tenersi conto dell'*aes alienum*; e 'socium autem omnium bonorum accipiendum est', che è frase anch'essa qui poco opportuna e scritta inoltre in cattivo e frettoloso latino (in luogo, ad esempio, di 'socii autem omnium bonorum accipiendi sunt'), con la quale è evidente che il lettore di Ulpiano ha preso posizione, a modo suo, sulla stessa controversia giurisprudenziale di cui Ulpiano faceva cenno (risolvendosi però per la tesi di Sabino) nel libro 31 del suo commento edittale. E' significativo, oltre tutto, il passaggio ingiustificato da un discorso relativo ai *socii* (al plurale) ad un discorso relativo al *socius* (al singolare).

Ad ogni modo, quel che a noi importa non è di sapere come la pensassero Sabino e Ulpiano, ma è di poter desumere tanto da D. 17.2.63 pr. (anche se interpolato) quanto dall'*accipiendum*

est' di D. 42.1.16 (anche se genuino) che in periodo classico si discuteva, quanto meno sino all'età di Sabino (ma presumibilmente vi sarà stato qualche proculiano o non proculiano poco convinto della tesi di Sabino anche dopo), in periodo classico si discuteva, ripeto, sul se la *taxatio* fosse da applicarsi a tutti i tipi di società (*omnium bonorum, omnium quae ex quaestu veniunt, unius negotiationis, unius rei* ecc.) o solo alla *societas universorum bonorum*. Questo postula che la clausola edittale sulla *taxatio* dovesse parlare di *socii* in generale (senza specificazione alcuna) e che, a maggior ragione, la formula edittale dell'*actio pro socio* non fosse limitata all'ipotesi della *societas omnium bonorum*. Il Lenel invece (sulla base anche di altri indizi da me confutati altrove) ha ricostruito induttivamente l'*actio pro socio* e la correlativa *taxatio* proprio con questa limitazione, e per far ciò ha dovuto supporre che Sabino, prima e più che con altri giuristi di parere diverso, abbia polemizzato con la stessa formulazione edittale, sostenendo cioè che l'*actio pro socio* andasse elargita anche fuori dell'ipotesi ristretta della società universale, che era quella prevista dall'editto. Ma è tesi, questa, contraddetta non solo dal buon senso, ma anche dal già citato passo di Pomponio *ad Q. Mucium* (D. 42.1.22.1) sulla *causae cognitio*, visto che esso parla esplicitamente di *socii* in generale (*Quod autem de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possunt condemnentur, causa cognita se facturum praetor edicit*).

La conclusione cui siamo giunti non ci consente certo di conoscere la formulazione della clausola edittale sulla *taxatio in id quod socius facere potest*, ma ci permette di essere ragionevolmente certi del suo contenuto e di supporre, sempre nei limiti del ragionevole, che la *taxatio*, conformemente a quanto ha ipotizzato il Lenel, non fosse inserita nella formula edittale dell'*actio pro socio*, ma fosse promessa in una dichiarazione separata e successiva alla formula dell'azione: infatti la *taxatio* sarebbe stata inserita nel *iudicium* solo se e quando la specifica *causae cognitio* lo avesse consigliato. Dal che si deduce che la nostra clausola tanto può essere stata introdotta nell'editto insieme all'*actio pro socio*, quanto può essere stata introdotta in esso in un momento posteriore, comunque in un momento sicuramente antecedente a Sabino, citato da Ulpiano, ed eventualmente (ma

non possiamo dirlo con sicurezza) antecedente anche ai *libri iuris civilis* di Q. Mucio, commentati da Pomponio.

A mio avviso, l'*actio pro socio* fece il suo ingresso nell'editto del pretore urbano (quello che *inter cives ius dicit*) verso gli inizi del sec. II a. C. Infatti è ben noto che la *societas* consensuale fu riconosciuta e regolata dal pretore peregrino (*qui inter cives et peregrinos vel inter peregrinos in urbe Roma ius dicit*) nell'età della grande espansione commerciale mediterranea della seconda metà del sec. III a. C. e si può supporre che il nuovo istituto non abbia dovuto attendere molto a diffondersi anche tra i cittadini romani, nei loro reciproci rapporti, e ad essere quindi giurisdizionalmente tutelato anche dal pretore competente per le liti tra Romani, il pretore urbano. Quel che vale per l'*actio pro socio* non vale però per la *taxatio*. In un periodo di grande fioritura commerciale (sia pure, come tutti sanno, a grave detrimento dei piccoli proprietari terrieri) quale fu quello del sec. II a. C., almeno sino ai Gracchi (133 a. C.), è difficile pensare che le 'alleanze' commerciali tra operatori economici (tali erano, in buona sostanza, le *societates* basate sul *nudus consensus* e sulla fiducia reciproca, oggi si direbbe sulla stretta di mano) potessero prosperare sotto la spada di Damocle di un'eventuale limitazione della condanna all'*id quod debitor facere potest*. Di più: l'*actio pro socio* era un'*actio famosa* (infamante), nel senso che chi fosse condannato in base ad essa subiva per buona misura le gravissime conseguenze della *cd. infamia*, e ciò porta a ritenere che la partecipazione ad una *societas* comportasse per il socio un impegno speciale a non esporre l'altro socio a perdite, quindi una responsabilità piena e inescusabile quando egli (beninteso, non a causa della comune gestione societaria) non fosse in grado di assolvere i suoi impegni verso l'altro socio.

La *taxatio in id quod facere potest* si ambienta invece persuasivamente in un'epoca di depressione economica, e più in generale di insicurezza dei traffici, nella quale sarebbe stato difficile non collegare all'iniziativa societaria il rischio del venir meno ai soci, in dipendenza della situazione generale, della possibilità di far fronte ai propri obblighi. Il pensiero corre quindi, quanto all'introduzione della *taxatio* nell'editto, piuttosto agli ultimi decenni del sec. II e a quell'agitatissimo sec. I a. C., il secolo delle lotte civili,

in cui dal disordine e dallo sperpero generali derivava ad ogni momento il pericolo del capovolgimento delle posizioni degli operatori economici, ed in cui pertanto fare una *societas* significava per i soci, almeno in un certo senso, imbarcarsi in un'avventura comune, 'affratellarsi' (ecco il '*ius quodammodo fraternitatis*') in un rischio comune.

Il richiamo al *ius quodammodo fraternitatis* è veramente significativo, ma bisogna vedere perché. Qualcuno, non dubitando della sua genuinità ulpiana, lo esalta perché confermerebbe la tesi che la *societas* romana derivò dall'antico *consortium fratrum suorum* e che pertanto la sola ipotesi regolata dall'editto pretorio fu quella della *societas omnium bonorum*: tesi esegetica che si potrebbe definire ardita, se non fosse addirittura temeraria per i motivi di fondo indicati poco fa. Altri ritengono invece interpolato tutto il periodo finale di D. 17.2.63 pr. perché il linguaggio non è dei più rigorosi e perché il *quodammodo* sarebbe un chiaro sintomo dell'approssimativismo postclassico, indegno della linearità del linguaggio di Ulpiano. Per quanto mi riguarda, non vedo perché la frase debba presumersi interpolata. A parte il fatto che qui il *quodammodo* è tutt'altro che indice di approssimazione concettuale, ma è piuttosto il mezzo espressivo più adatto cui Ulpiano potesse far ricorso per mettere in evidenza l'analogia intercorrente tra i *socii* (tutti i *socii* di ogni tipo) e le persone legate da un vincolo di fraternità, mi sembra che l'analogia ulpiana sia la più efficace per illustrare la logica, la *ratio* (anzi la *summa ratio*) che stava a base della *condemnatio* limitata di un socio rispetto all'azione promossa dell'altro socio. E si ricordi, a conforto di questa interpretazione, che, per ormai comune riconoscimento, una grande somiglianza di situazione economica 'recessiva' esistette tra il sec. I a. C. e il sec. III d. C., il secolo di Ulpiano.

7. IL FALLITO.

E' allo stesso ambiente politicamente ed economicamente tempestoso tra il sec. II e il sec. I a. C. che si riportano, con indici di probabilità anche maggiori, due altre fattispecie di *con-*

demnatio in id quod facere potest: l'una di introduzione edittale, l'altra di creazione legislativa.

L'epoca, è bene ripeterlo, era caratterizzata in ogni campo, ma sopra tutto in quello economico, dall'insicurezza: dall'incertezza, al limite, di quel che sarebbe potuto accadere domani, stante il clima di violenza, di congiure, di azioni e reazioni improvvisate delle opposte fazioni, di alterne fortune degli uomini al vertice della cosa pubblica, di incontrollato e incontrollabile disordine nell'amministrazione di Roma e dell'Italia, di brigantaggio diffuso, di pirateria dilagante e, ovviamente, di prevaricazione e di frode al livello dei rapporti privati. Vi era una limitata categoria di persone che da questa situazione, proprio perché tale, traeva vantaggi cospicui (smisurate, ad esempio, furono le fortune messe rapidamente insieme da Crasso, da Pompeo, da Cesare, ma non da gettar via furono quelle di un Sallustio o dell'austero-loquente Cicerone); tuttavia per la massa dei cittadini privati (intendendo quelli che non beneficiavano, o non riuscivano a beneficiare dei disonesti vantaggi del potere politico) era tutta un'altra cosa. Nella rovina sempre crescente (di cui si è parlato) della vecchia economia contadina, i latifondisti puri, a così dire, 'tenevano', anche se a prezzo di riduzioni di spese di gestione (per esempio, di liberazione di schiavi) e di ulteriore impoverimento del patrimonio agrario italico, ma la 'sordida plebs' dei disoccupati e dei sottoccupati era in aumento costante di numero e, spiegabilmente, di insofferenza, mentre gli operatori economici (gli artigiani, i mercanti, gli imprenditori d'opera e via dicendo) si davano un gran da fare, ma spesso, almeno quelli di medio calibro, dovevano ricorrere ai prestiti usurari per far fronte ai loro negozi ed altrettanto spesso rimanevano vittime di previsioni smentite dal volgere vorticoso degli eventi. In questo caso era il 'crack', e i creditori, sopra tutto quelli che non erano coperti da garanzie (reali o personali) su cui rifarsi (cioè quelli che si usa chiamare i creditori chirografari), altro non potevano fare che ricorrere ai processi per recuperare il recuperabile. Ma bisogna pur dire che ben difficilmente i chirografari recuperavano qualcosa, perché l'operatore onesto cercava, come è umano, di rifarsi sin che gli rimanesse l'ultimo sesterzio, mentre l'operatore disonesto (che ovviamente non era raro) aveva cura, quando

incominciava a profilarsi il rovescio, di imboscare in frode dei creditori i beni che gli rimanevano, generalmente vendendoli o donandoli fittiziamente a terzi che si prestavano a far da comparì.

A rimediare, nei limiti del possibile, a questo stato di cose provvide, in un torno di tempo che non può essere stato posteriore agli inizi del sec. I a.C., il pretore urbano mediante l'introduzione del sistema della *bonorum venditio*, cui in certo modo corrisponde (ma limitato ai soli imprenditori commerciali) l'istituto moderno del fallimento. In sintesi si trattava di questo. Quando un operatore economico (o, più in generale, qualunque soggetto giuridico che avesse fatto ricorso, per dare respiro ai propri affari, al credito) manifestava segni evidenti di insolvenza, cioè di incapacità di far fronte con il suo patrimonio attivo al volume delle sue passività (il che risaltava segnatamente nell'ipotesi di una condanna all'adempimento che non fosse stata eseguita), qualunque suo creditore, purché titolare di un credito non sottoposto a condizione o a termine, poteva rivolgere una *postulatio*, un'istanza al *praetor* (o al *praeses provinciae*), affinché, valendosi dei suoi poteri d'imperio, intervenisse d'autorità e di urgenza a salvare il salvabile nell'interesse non solo dell'istante, ma di tutti i creditori. Il magistrato, se si convinceva dell'effettiva opportunità di porre un freno all'attività economica del debitore insolvente, decretava l'immissione di tutti i creditori nel possesso del suo patrimonio (*missio in bona rei servandae causa*), dando tempo e mezzi ai creditori per mettersi in lista, alle vittime di alienazioni od altri atti fraudolenti per ottenerne la revoca, ad un apposito curatore (il *curator bonorum*) per realizzare l'attivo del patrimonio (in beni reali e in crediti verso terzi): dopo di che si procedeva alla vendita in blocco del patrimonio attivo al migliore offerente, il cd. *bonorum emptor*, il quale 'sucedeva' in tutto e per tutto (anche nei suoi crediti verso terzi) al fallito, che era per di più colpito da *infamia*. Il ricavo della *bonorum venditio* veniva opportunamente distribuito tra i creditori, e se avanzava un residuo esso doveva andare al fallito (o ai suoi eredi); ma era ben rara l'ipotesi, non dico che avanzasse un residuo per il fallito, ma che i creditori fossero tutti soddisfatti per l'intero (particolarmente i creditori

chirografari, che venivano in conto per ultimi). In generale, il fallito (*infamis* per giunta) doveva ripartire da zero, e spesso con la 'penalizzazione' da scontare dei crediti non soddisfatti o integralmente soddisfatti, sì che, non appena egli riusciva a imbastire un qualche guadagno, immancabilmente gli si presentavano i creditori *ex ante gesto* (anteriori al fallimento) per chiedergli il pagamento, con le buone o con le vie giudiziarie, dei residui loro dovuti, eventualmente addirittura scatenando una nuova *bonorum venditio*.

Come si vede, la condizione del fallito romano, anche se spesso meritata, era tutt'altro che rosea; era anzi, per molti riguardi, assai peggiore di quella del fallito moderno. Sopra tutto i creditori insoddisfatti, sia pur giustamente sdegnati per la sua mancanza di parola, dovevano essere esasperanti, pronti a scattare su lui, anche il giorno dopo la *bonorum venditio*, non appena avessero sentore di un qualche suo incasso. Ma la logica del sistema non consentiva alleviamenti, salvo, a voler essere larghi, quest'unico: che, se i creditori *ex ante gesto* promuovessero l'azione loro spettante entro lo stesso anno di carica del magistrato che aveva dato adito alla *bonorum venditio*, il fallito fosse da condannare (a scanso di una nuova procedura esecutiva) *in id quod facere potest*.

Questa dovette essere, a mio avviso, la prassi seguita sin dall'inizio dal pretore romano. In un secondo tempo, che può essere stato abbastanza vicino a quello dell'introduzione dell'istituto, questa prassi 'di aggiustamento' dell'istituto stesso fu trasferita, come altre, in una clausola dell'editto perpetuo e può darsi che in tale occasione il periodo di respiro del fallito sia stato rapportato non più all'anno di carica magistratuale, ma ad un anno intero dalla data della *bonorum venditio*. Posto, ad esempio, che la *bonorum venditio* si fosse verificata nel quinto o nell'ottavo o nel decimo mese di carica del magistrato, il respiro del fallito non era di sette, quattro, due mesi soltanto, ma durava per i cinque, otto, dieci primi mesi di carica del pretore successivo. Ed è quanto risulta dall'unico testo che ci parli della fattispecie: un rescritto di Diocleziano e Massimiano, presumibilmente anteriore al 295 d. C. (CI. 7.75.6), in cui si risolve una questione sottoposta agli imperatori da una certa Menandra. Il

frammento non è molto chiaro, almeno per quanto concerne la ricostruzione del caso di Menandra, e già la Glossa ha avuto a segnalarlo ('*pessime videtur cantare haec lex*'). Tuttavia la tesi del Solazzi, secondo cui ci troveremmo di fronte ad una falsificazione giustiniana, non è credibile, perché i giustiniani non avrebbero citato, a giustificazione della *taxatio intra annum*, l'ormai morto e trapassato editto del pretore ('*edicto perpetuo ... actionem permitti*'), anzi forse non si sarebbero nemmeno occupati di un istituto ai loro tempi fuori uso qual'era la *bonorum venditio*. E' noto invece che Diocleziano (di cui Massimiano, come si sa, era poco più dell'ombra) si prodigò notevolmente, con i suoi rescritti, per chiarire ai neo-romani delle province (neo-romani perché resi 'todos caballeros' dalla *constitutio Antoniniana* del 212) quali fossero i principi del puro diritto romano cui erano tenuti a sottostare, ed è anche noto che questa crociata egli la portò avanti sopra tutto con i cittadini delle province ellenistiche, ch'erano ben poco inclini a discostarsi dalle loro radicate tradizioni giuridiche. Beninteso, l'imperatore illirico non lo faceva tanto per amore della romanità, quanto perché l'unità e sovranità del diritto romano era un prezioso '*instrumentum regni*', che gli serviva a tener insieme il vastissimo impero. Sta di fatto, comunque, che la cancelleria di Diocleziano era esperta di diritto romano, 'pour cause', quasi quanto i migliori giuristi tardo-classici.

Il rescritto a Menandra (cittadina greca o di provincia ellenistica: lo si deduce dal nome) è dunque, come tanti altri, degno di molta fiducia. Che poi il caso preciso sottoposto da Menandra alla cancelleria sia difficile da afferrare, non dipende dal fatto che la costituzione diocleziana sia alterata, ma dipende dalla tecnica stessa dei rescritti: i quali erano redatti in calce alle richieste di pareri avanzate dai privati e si limitavano a fornire l'autorevole risposta dell'imperatore con un minimo, ma proprio un minimo di motivazione della stessa. Anche al giorno d'oggi, del resto, quando nelle raccolte di provvedimenti delle autorità giudiziarie si leggono le sole (pur molto diffuse) 'motivazioni', mentre l'esposizione dei fatti viene per brevità sostituita con un '*omissis*', non sempre si riesce

(provare per credere) ad intuire con esattezza gli estremi della fattispecie decisa.

La *ratio* della limitazione di condanna ricordata nel rescritto diocleziano non ha, mettiamolo bene in evidenza, nulla in comune con il *ius quodammodo fraternitatis* che giustifica l'applicazione del beneficio alla *societas*. Si trattò al più, nella stessa epoca di crisi economica che consigliò l'introduzione della condanna limitata del *socius*, di porre un piccolo ostacolo ritardante al deprecabile impulso dei creditori *ex ante gesto* a dare addosso al fallito senza un minimo di comprensione umana (diciamo pure, se si vuole, di umana fratellanza), magari per sottoporlo stavolta, in caso di mancata ottemperanza alla condanna del residuo, alla disgrazia dell'esecuzione personale. Perché certe realtà bisogna tenerle presenti. E' vero che la lontana *lex Poetelia Papiria* del 326 a.C. aveva mitigato (e implicitamente vietato) la condizione di servitù a tempo (cioè fino al momento del pagamento) degli antichi *nexi*, ma è anche vero che il debitore insolvente poteva tuttora, in pieno sec. I a.C. e dopo, essere portato in giudizio esecutivo (evidentemente quando non avesse fatto onore alla sentenza di condanna e a quella dell'*actio iudicati*) con l'antica *legis actio per manus iniunctionem*, assolutamente non toccata dalla riforma della *lex Iulia iudiciorum privatorum*. E allora, quando il debitore era stato formalmente assegnato (*addictus*) dal pretore al suo creditore, questi non poteva certo più ucciderlo o venderlo *trans Tiberim* come nei tempi anteriori alla legge Poetelia, a rigore non poteva nemmeno metterlo vistosamente in ceppi e rinchiuderlo nel suo carcere privato secondo le dure modalità fissate dalla legge delle dodici tavole, ma in realtà (proprio in virtù del modo non esplicito, non esauriente e non rigoroso in cui la *lex Poetelia Papiria* si era espressa) in qualche modo lo 'custodiva' presso di sé, lo sfruttava per ripagarsi del credito attraverso il suo lavoro e, a farla breve, lo angariava sino ai limiti estremi del formalmente tollerabile.

Il destino del debitore spremuto dalla *bonorum venditio*, se rimanevano residui da pagare, era insomma tutt'altro che lieto. E deve aggiungersi che non valeva un gran che a mitigarlo la *condemnatio* limitata disposta dall'editto per l'anno susseguente

alla vendita fallimentare. Forse è questo che spiega perché Augusto introdusse, ai fini di un ulteriore alleviamento, la cd. *cessio bonorum*.

8. IL 'BONIS CEDENS'

Per verità, che sia stato Augusto ad introdurre la *cessio bonorum* non lo sappiamo affatto di preciso. Le nostre informazioni circa l'introduzione di questo istituto si limitano ad un cenno piuttosto vago di Gaio (3.78: là dove si dice che la *bonorum venditio* si praticava anche in ordine ai beni di coloro *qui ex lege Iulia bonis cesserint*) e ad una testimonianza non molto più esplicita di un altro rescritto di Diocleziano e Massimiano (CI. 7.71.4, *Chiloni*, 294 d.C.?), il quale ricollega la *condemnatio* limitata del *bonis cedens* ad una *lex Iulia de bonis cedendis*.

Comunque fissiamo subito il punto che ci interessa. Per dirla con parole di Ulpiano (59 *ed.*, D. 42.3.4 *pr.*), il debitore che avesse operato la *cessio bonorum* a favore dei propri creditori doveva essere 'convenuto' (*convenitur*) da costoro, per il pagamento dei residui, *in id quod facere potest*: il che sembra implicare, per motivi già esposti dianzi, che il creditore agente doveva limitare la sua richiesta giudiziaria nei confronti del *cedens* mediante una *praescriptio* del tipo '*ea res agatur in quantum reus facere potest*'.

La scarsità delle informazioni di cui disponiamo, in ordine alla *bonorum cessio*, non si ferma al problema della fonte da cui l'istituto è stato introdotto, ma riguarda tutto il funzionamento dell'istituto stesso. Grosso modo le cose andavano così. A certe condizioni, che peraltro ci sfuggono, il debitore, cosciente di essere in stato di insolvenza verso la massa dei suoi creditori, poteva evitarsi sia l'esecuzione personale che la *bonorum venditio* coatta (con relativa *infamia*), ritraendosi spontaneamente da tutto il suo patrimonio e mettendolo a disposizione di tutti i suoi creditori. Questo *cedere bonis* (letteralmente: ritirarsi in ordine ai *bona*) equivaleva, come anche si disse, ad una sorta di abbandono del patrimonio (ad una *cessio bonorum*) ai creditori: i quali creditori, se da un lato erano costretti dall'iniziativa del debitore a rinunciare agli eventuali vantaggi (o comun-

que al sadismo) delle procedure esecutive, dall'altro conservavano il diritto, ove non fossero soddisfatti per l'intero, di chiedere successivamente il residuo al *cedens*. Dalle fonti sembra risultare che la *cessio bonorum* fosse vista come l'*extrema ratio* concessa al debitore per sottrarsi ai guai dell'esecuzione: ragione per cui questi (a prescindere dalla sussistenza delle altre condizioni che ci sfuggono) in tanto poteva esigere dal pretore che essa fosse posta in atto, in quanto fosse stato concretamente condannato ad un pagamento (o avesse concretamente operato la *confessio in iure* della sussistenza del debito: Ulp. 26 *ed.*, D. 42.3.8). In base alla sua richiesta, il pretore autorizzava una procedura analoga a quella della *missio in bona* e della *bonorum venditio*, la quale però non comportava per il *cedens* l'*infamia*.

I benefici della *bonorum cessio* non si fermavano all'eliminazione dell'*infamia*, ma andavano ben oltre: ed ecco il motivo per cui insisto nel supporre che almeno inizialmente la *cessio* fosse subordinata a qualche rilevante condizione (per esempio, non essere già *infamis* per una precedente *bonorum venditio*, oppure assicurare ai creditori una percentuale congrua di soddisfacimento, e in più non aver compiuto atti in frode dei creditori). In primo luogo, sappiamo che i creditori *ex ante gesto* potevano citare il *cedens* solo nei limiti dell'*id quod facere potest*, quindi non potevano portarlo all'esecuzione personale o patrimoniale (salva l'ipotesi, è ovvio, che egli insensatamente si rifiutasse di eseguire una condanna che per definizione era in grado di eseguire). In secondo luogo, par di intravedere nelle fonti che anche i creditori *ex post gesto* (cioè i creditori nuovi o i creditori vecchi ma per debiti nuovi) non potessero chiedere la *bonorum venditio* di chi avesse fatto la *cessio bonorum* sino a quando il patrimonio da lui messo insieme non avesse raggiunto una consistenza minima (un *modicum aliquid*): più precisamente, il debitore poteva opporsi alla loro richiesta ingiustificata con un'eccezione '*nisi bonis cesserit*' (Ulp. 64 *ed.*, D. 42.3.6; Mod. 2 *pand.*, D. 42.3.7). Insomma, mediante il sacrificio spontaneo e tempestivo di tutto il suo patrimonio l'operatore economico sfortunato veniva a mettersi largamente (se non proprio del tutto) al sicuro da quelle spiacevoli conseguenze patrimoniali e personali rispetto alle quali una *bonorum venditio* lo avrebbe difeso tutt'al più per un anno. E ciò

spiega la fortuna dell'istituto, il quale nel sec. III d.C. era tanto fiorente che probabilmente trovava applicazione anche al di fuori di quelle che dovevano essere le condizioni cui era stato inizialmente subordinato, e in ogni caso nell'età di Giustiniano aveva praticamente del tutto sostituito, in alternativa col sistema esecutivo patrimoniale della *bonorum distractio*, la *bonorum venditio* coattiva, o meglio la *missio in bona* che dava luogo alle operazioni sfocianti nella *bonorum venditio*. Il largo spazio tuttora dedicato dalla compilazione giustiniana alla procedura concorsuale coattiva e alla *bonorum venditio* non deve ingannare, perché, a parte la tendenza di Giustiniano a rispettare il vecchio per motivi di tradizionalismo, sotto il profilo procedurale la *bonorum cessio* sempre ad una *bonorum venditio* poteva andare (ed andava solitamente) a finire.

Resta ancora da chiarire, se possibile, il problema della fonte da cui fu introdotta la *bonorum cessio*. Problema per noi rilevante perché, se è proprio vero che l'istituto fu introdotto da una legge, possiamo attribuire al '*convenitur*' (*in id quod facere potest*) di Ulpiano un valore preciso: possiamo dire cioè che, per disposizione della *lex Iulia*, il creditore *ex ante gesto* doveva agire contro il *cedens* limitando la sua azione con una *praescriptio* per non esporsi all'*exceptio* '*nisi bonis cesserit*' del convenuto. Ma chi fu il proponente della *lex Iulia de bonis cedendis*: Cesare o Augusto, ch'erano Giulii per antonomasia tutti e due? Anzi, ci fu veramente una *lex Iulia de bonis cedendis*?

Tra i sostenitori della paternità di Cesare, che non mancano, e quelli della paternità di Augusto, che nemmeno scarseggiano, si è recentemente inserito, con uno studio molto acuto, il Giuffrè, sostenendo che la *bonorum cessio* non fu introdotta né da Cesare né da Augusto, ma fu creata anch'essa dal pretore romano, su suggestione (ma solo su suggestione) di certi estemporanei provvedimenti legislativi a favore dei debitori oppressi dalle usure che furono fatti votare da Giulio Cesare in un momento di particolare crisi economica connessa con le guerre civili: i riferimenti del pretore (o più probabilmente della giurisprudenza di età cesariana) ai provvedimenti di Cesare avrebbero determinato la leggenda della *lex Iulia de bonis cedendis*. Bisogna riconoscere che gli argomenti portati a sostegno di questa tesi sono di notevole peso, sia

per quanto riguarda il riferimento alle vicende di dissesto determinate dalle lotte civili, sia per quanto attiene alla poca congruenza della *bonorum cessio* con la politica liberistica seguita globalmente da Augusto dopo la sua affermazione al potere (27-23 a. C.). Ciò nonostante io resto propenso a credere alla storicità di una esplicita *lex Iulia (de bonis cedendis)*: non tanto per l'indizio fornito dal 'conveniur' (in luogo di 'condemnatur') di Ulpiano, quanto perché della *lex Iulia de bonis cedendis* parla Diocleziano, il quale, come sappiamo, sul diritto romano più antico era solitamente ben informato. La scelta tra Cesare e Augusto, pertanto, si ripropone. E dirò francamente che le mie impressioni preferenziali (perché più che di impressioni non si può parlare) vanno, tutto sommato, piuttosto a favore del secondo che del primo.

Di Giulio Cesare tutti sanno che, preso fino alla cima dei capelli da campagne belliche, da intrighi politici e da lotte civili, ebbe ben poco tempo (e, si aggiunga, ben poche occasioni costituzionali) per proporre ai comizi e per far votare dagli stessi molte leggi di vasto respiro. Forse le cose si sarebbero svolte diversamente se egli, dopo la vittoria su Pompeo e sui pompeiani, avesse avuto modo di risiedere a lungo in Roma e di sviluppare un organico piano politico; ma sta di fatto che le Idi di marzo (44 a. C.) non glielo concessero, ed è quindi fortemente probabile che Cesare oltre l'effimera *lex Iulia de pecuniis mutuis* del 49 a.C. (intesa ad una soluzione chiaramente provvisoria della questione dei debiti e degli interessi) non sia riuscito ad andare e non sia andato. Volgiamoci allora ad Augusto. D'accordo sul carattere liberistico della sua politica economica (o piuttosto della sua propaganda); ma è proprio pensabile che la situazione sociale ed economica della *respublica* si sia restaurata, tra il 27 e il 23 a.C., quasi, a dir così, di colpo? Io direi di no, tanto più che le grandi leggi restauratrici di Augusto (quella *de adulteriis*, quella *de maritandis ordinibus*, quelle *iudiciorum privatorum* e *publicorum* sopra tutto) sono datate dal biennio 18-17 a.C. Per quanto poi attiene alla materia dei debiti e delle esecuzioni personali e patrimoniali, io sono convinto che essa, ai tempi di Augusto (sopra tutto nei primi anni del suo principato), fosse, se non più incandescente, quanto meno molto scottante, perché

(lo abbiamo visto a suo tempo) il sistema pretorio della *bonorum venditio* coattiva lasciava tuttora margini eccessivi, e sicuramente dannosi per l'economia generale della *respublica*, agli arbitri spietati dei creditori *ex ante gesto*.

Sì che, concludo, è del tutto verosimile che Augusto abbia fatto istituire per legge la grossa alleviazione della *cessio bonorum*. E non è affatto inverosimile, aggiungo, che la cd. *lex Iulia de bonis cedendis* sia stata un capitolo di quella vasta legge fortemente articolata (*lex satura*, per dirla coi Romani) che fu certamente la *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a.C., o di quella legge ancora più vasta e più articolata che fu, secondo alcuni, la *lex Iulia iudiciorum* (sia *privatorum* che *publicorum*) di quell'anno. E' noto infatti (sia detto per prevenire una facile obbiezione) che i Romani, ivi compresi i più distinti giuristi, non erano alieni da citare a mo' di legge autonoma qualche importante e più specializzato capitolo di una *lex satura*. La *lex Iulia de bonis cedendis*, da questo punto di vista, sta alla *lex Iulia iudiciorum privatorum* come, ad esempio, la *lex Iulia de fundo dotali* sta, per corrente riconoscimento, alla *lex Iulia de adulteriis*, di cui faceva parte.

Giunti a questo punto, non solo diventa più ferma l'ipotesi che contro il *bonis cedens* si dovesse agire dai creditori *ex ante gesto*, per disposizione della *lex Iulia*, in via di azione limitata dalla *praescriptio 'ea res agatur in quantum reus facere potest'*. Diventa inoltre assolutamente chiara (entro l'ambito più ampio della *ratio* di tutto l'istituto della *bonorum cessio*) la *ratio* del beneficio concesso al *bonis cedens*. La stessa *ratio* (con effetti migliori) che abbiamo visto per l'assai più ristretto beneficio riconosciuto dall'editto perpetuo al fallito: moderare, nei confronti di un operatore economico sfortunato, l'intemperanza cattiva, e spesso sostanzialmente controproducente, dei suoi creditori *ex ante gesto*.

9. I FIGLI 'EMANCIPATI', 'EXHEREDATI', 'ABSTENTI'

Fattispecie sicuramente editale di condanna (mediante *taxatio*) in *id quod reus facere potest* è quella relativa ai figli emancipati, diseredati o astenutisi dalla successione ereditaria paterna.

Ulpiano (29 *ed.*, D. 14.5.2 pr.) riferisce testualmente la clausola dell'editto, dalla quale risulta che il pretore si riservava di concedere *causa cognita* (cioè, sappiamo, previa deliberazione del caso concreto) la limitazione della condanna a carico di un *emancipatus*, di un *exheredatus*, di un *abstentus* quando contro di lui agissero, per il recupero dei loro crediti, coloro che tali crediti avessero 'contratti' nel periodo in cui egli era ancora soggetto a *patria potestas*: e ciò (precisa l'editto) senza far distinzione tra debiti contratti dal *filius familias* di propria iniziativa o da lui contratti a seguito di un'autorizzazione (*iussus*) del *pater familias*, tra debiti per cespiti riversati nel *peculium* del figlio o dal figlio addossati invece direttamente al patrimonio del padre. In altri termini (e le conferme di altre fonti non mancano), chi (maschio o femmina) fosse passato dallo stato di *filius familias* a quello di *sui iuris* per effetto di *emancipatio* o a causa della morte del *pater familias* (ma, in questa seconda ipotesi, fosse stato diseredato dal padre o si fosse astenuto dalla eredità di lui) poteva essere salvato, se il pretore lo ritenesse equo e opportuno, dalla condanna a pagare oltre i limiti delle sue possibilità le obbligazioni per qualunque motivo *contractae* (non quindi quelle non *contractae* e tanto meno quelle *ex delicto*) durante la sua soggezione alla *patria potestas*.

Per comprendere meglio la fattispecie, bisogna richiamare alla memoria alcune regole giuridiche cui il pretore faceva implicito riferimento.

Tutti sanno che il *filius familias* romano, essendo sottoposto alla *potestas* del *pater*, non era 'soggetto' di *ius privatum*, mentre invece lo era sul piano del cd. *ius publicum*: pertanto egli, pur essendo capace di rivestire cariche pubbliche o sacerdotali, era formalmente privo di un patrimonio, e al massimo (salva qualche maggior larghezza per i militari) poteva disporre, per concessione revocabile del *pater familias*, di un *peculium* da amministrare a suo criterio. Peraltro, se il *filius familias* aveva i requisiti della cd. 'capacità di agire' (particolarmente, l'età pubere e la non dubbia sanità di mente), non si aspettava la morte o la *capitis deminutio* del *pater* per trattarlo in pratica, a così dire 'ora per allora', come se fosse già stato un soggetto giuridico. A partire dal sec. II a.C., e con sempre maggior larghezza (prin-

cipalmente sul finire del secolo successivo), si ritenne che egli potesse assumere debiti non solo per conto del padre e su autorizzazione di costui (tale era, ad esempio, l'*iussus* che il *pater* rivolgeva alla persona in contatto col *filius*, autorizzandola espressamente a trattare e a concludere), ma persino per conto proprio e perfino fuori dei limiti del proprio *peculium*, essendovi ragionevole speranza (sia per lui che per i suoi creditori) che, quando anche il *pater* non volesse fare onore ai suoi impegni, egli avrebbe sempre potuto pagare i suoi creditori sull'eredità ricevuta dal padre il giorno in cui questi fosse scomparso.

Chi tenga presente questo schema essenziale (per vero, qui molto semplificato) si renderà conto che i creditori (da atto lecito o da atto illecito) non avevano, per promuovere l'azione contro il *filius familias* loro debitore, che da attendere la sua uscita dalla sottoposizione a *patria potestas*, cioè il suo passaggio nella categoria dei 'sui iuris'. Dopo di che o il debitore era solvibile e i creditori si congratulavano con se stessi per aver fatto bene i propri calcoli, oppure il debitore si rivelava non solvibile (o non completamente solvibile) e i creditori si vendicavano del proprio destino su lui mediante l'esecuzione personale o patrimoniale. Tutto ciò era giusto in astratto (sopra tutto trattandosi di obbligazioni *ex delicto*), ma poteva essere (sopra tutto trattandosi di obbligazioni da atto lecito) concretamente iniquo principalmente in tre casi. Il primo caso era quello del figlio che fosse stato estromesso dalla famiglia e reso *sui iuris* mediante *emancipatio*, perdendo con ciò i diritti alla successione *iure civili* del *pater*: si sa che l'*emancipatio*, se non accompagnata da congrui donativi al neosoggetto giuridico, faceva di costui un *sui iuris* nullatenente ed era non di rado utilizzata proprio allo scopo di sfoltire, sul piano patrimoniale, le famiglie troppo numerose. Il secondo caso, facilmente comprensibile, era quello del *filius familias* che il padre avesse espressamente diseredato, facendogli perdere alla sua morte ogni partecipazione al patrimonio ereditario. Il terzo caso era, infine, quello del *filius familias* non diseredato ma trovatosi, alla morte del *pater*, di fronte ad un patrimonio passivo. Siccome il figlio non aveva *iure civili* il diritto di rifiutare la successione (era, come si diceva, *heres necessarius*), egli era esposto alla *bonorum venditio* e all'*infamia* non solo per i debiti propri, ma

anche per quelli del *pater*, e il pretore, per evitargli di essere responsabile almeno del passivo paterno, escogitò il sistema di non ammettere contro di lui le azioni dei creditori del padre purché il figlio si fosse 'astenuato' dall'eredità devolutagli o, in altre parole, avesse rigorosamente evitato di compiere atti da erede, di *miscere se hereditati patris*.

Considerato che l'*emancipatus*, l'*exheredatus* e l'*abstentus* dovevano partire da zero per farsi una fortuna (o per pervenire, l'*emancipatus*, alla successione paterna per il tramite della *bonorum possessio* pretoria); considerato che ciò di solito (non sempre) non dipendeva da loro colpa; ecco perché il pretore si decise a valutare di volta in volta l'opportunità di ammettere nei limiti dell'*id quod reus facere potest* l'azione esercitata contro di loro dai creditori contrattuali.

Quando fu introdotta questa fattispecie edittale di *condemnatio* limitata? Certamente non dopo i primissimi anni dell'era volgare, visto che Sabino e Cassio mostrano di aver conoscenza dell'editto relativo (cfr. D. 26.7.37.2, Pap. 11 *quaest.*). Probabilmente dopo l'introduzione della *bonorum venditio* (quindi, diciamo, non anteriormente al sec. I a.C.), visto che la logica dell'intervento pretorio stava tutta nell'evitare al debitore, se ed in quanto incolpevole, i rigori dell'esecuzione concorsuale. Non è escluso, anzi, che l'editto si sia formato a tratti successivi. Non solo lo fa intuire la sua struttura linguistica, che è alquanto disordinata, ma induce a pensarlo il caso del *filius emancipatus*, che sembra sia stato previsto anteriormente all'ammissione dei *liberi* (quindi anche degli *emancipati*) alla *bonorum possessio* (alla successione cd. *iure honorario*) del padre. Ed è da segnalare che la giurisprudenza classica successiva (per qualche punto, anche la giurisprudenza postclassica) ha ampiamente lavorato di analogia sulle tre ipotesi edittali, estendendole ad altri casi e ad altre possibili situazioni (per esempio, anche alle obbligazioni da atto lecito non contrattuale). Il che sta a confermare, almeno per quanto riguarda le estensioni sicuramente classiche, che l'editto pretorio si sclerotizzò quasi al completo nel corso del sec. I d.C., al punto che i pretori non ebbero quasi più alcuna iniziativa di integrarlo e perfezionarlo.

Fra i molti problemi che si pongono a proposito delle esten-

sioni dell'editto ne indicherò, come particolarmente caratteristico delle difficoltà dell'esegesi critica, uno solo. Un figlio non è stato diseredato, ma è stato istituito dal padre per una quota praticamente nulla, *ex parte minima*: dovrà egli essere condannato *in solidum* o *in id quod facere potest*?

Ulpiano (29 *ed.*, D. 14.5.2.1) si è posto (o riproposto) questo quesito ed ha risposto, con un linguaggio che sarebbe davvero eccessivo sospettare di mano postclassica (salvo forse che nel potenziamento di un *aequum est* in un *aequissimum est*), che equità vuole che anche contro il figlio istituito *ex minima parte* sia data (dal pretore), *causa cognita*, un'azione limitata nella condanna (*si quis ex minima parte sit institutus, aequissimum est causa cognita etiam in hunc dari actionem in id quod facere potest*). Ma una cinquantina di anni prima di Ulpiano, Cervidio Scevola (1 *resp.*, D. 14.5.7) non la pensava ancora (forse) così. Rispondendo molto opportunamente ad un interrogante su un'altra questione, Scevola mostra di non avere alcun dubbio sul punto che il figlio istituito in minima parte debba essere convenuto *in solidum*, ed è probabilmente un posticcio dei compilatori giustinianeï, entusiasti com'erano della soluzione data da Ulpiano (ed elevata, chi sa, proprio da loro al rango di *aequissimum*), la frase finale, che col discorso di Scevola non c'entra: *sed filius condemnatur in id quod facere potest*. Ora torniamo a Ulpiano. Un altro frammento del suo commentario edittale (29 *ed.*, D. 14.5.4 pr.) ha tutta l'aria di essere estratto dal seguito del discorso riferito dianzi: sembra così chiarissimo che Ulpiano completava il suo discorso sul *filius institutus ex minima parte*, aggiungendo che però (*sed*), ove il figlio risulti istituito in una quota non piccola (*ex parte non modica*), il problema della limitazione della condanna non si pone nemmeno e il suo creditore farà dipendere dal proprio buon cuore (e dal suo calcolo per il futuro) se convenirlo in giudizio per l'intero credito o per la sola quota (evidentemente inferiore all'ammontare del credito) ricevuta dal figlio in eredità (*sed si ex parte non modica sit heres scriptus filius, in arbitrio est creditoris, utrum pro portione hereditaria an in solidum eum conveniat*). Parole, piene di saggezza e di congruenza con quanto detto prima, che invece i compilatori giustinianeï (dimentichi del *praetor*, della sua *causae cognitio*,

del 'dari' *actionem* precedente e inoltre anche della sintassi) hanno coronato con una interpolazione finale che apre le porte, in sede di *cognitio extra ordinem*, ad ogni più ampio intervento del giudice della stessa: *sed et hic iudex aestimare debeat, ne forte in id quod facere potest debeat conveniri*.

10. IL 'DONATOR'.

L'ultima fattispecie 'da provvedimento' della *condemnatio* limitata all'*id quod reus facere potest* viene attribuita dalle fonti romane ad un rescritto di Antonino Pio (138-161 d.C.). La cosa è certa perché vi fanno esplicito riferimento molti frammenti, ma il testo della costituzione antoniniana non è, purtroppo, conosciuto; di modo che ci si basa di solito su una notizia generica, in ordine alla quale non è dato distinguere quanto appartiene specificamente ad Antonino Pio da quanto è stato frutto di interpretazione giurisprudenziale, classica o postclassica, sia in senso estensivo che in senso analogico, della decisione di questo imperatore.

Nei suoi termini meno imprecisi, la notizia di cui sopra si coglie in tre frammenti di Ulpiano. Il primo, proveniente da una raccolta casistica, dice (Ulp. 3 *disp.* D. 39.5.12) che colui il quale si è 'obbligato' verso un altro ad una prestazione a titolo di donazione è 'convenuto' (dal donatario), sulla base di un rescritto del divo Pio, nei limiti delle sue possibilità di soddisfacimento del donatario (*qui ex donatione se obligavit, ex rescripto divi Pii in quantum facere potest convenitur ...*). Il secondo, proveniente dal libro sesto (ma più probabilmente dal libro 36) del commentario a Sabino, dice, nel corso di una trattazione più lunga che per ora non ci interessa, che (Ulp. 36 *Sab.*, D. 23.3.33) il divo Pio questo proprio scrisse, che coloro che vengono convenuti in giudizio in base ad una loro *liberalitas*, siano da condannarsi nei limiti delle loro possibilità (... *hoc enim divus Pius rescripsit eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id quod facere possunt condemnandos*). Il terzo frammento altro non è, con tutta probabilità, che una riproduzione a mo' di regola generale dell'inciso ora riferito e si trova infatti nel titolo '*De diversis regulis iuris antiqui*' dei *Digesta* (Ulp. 36 *Sab.*, D. 50.17.28: *Divus*

Pius rescripsit eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id quod facere possunt condemnandos).

Forse però un congruo passo in avanti ce lo può far fare un frammento di Paolo, anche se ritoccato in epoca postclassica, che sarà conveniente leggere con attenzione.

D. 42.1.41.2 (Paul. 14 *quaest.*): *In solidum condemnatus donator actione iudicati nisi in quantum facere potest non tenetur beneficio constitutionis*. [Il donante condannato a pagare l'intera prestazione (cui si era impegnato) non è tenuto con l'*actio iudicati*, se non nei limiti dell'*id quod facere potest*: e ciò per beneficio di costituzione imperiale].

Come si vede, Paolo (la cui *quaestio* è riportata nel titolo '*de re iudicata*' dei *Digesti*) non dice, genericamente, né che il donante deve essere 'convenuto' (dal donatario), né che egli deve essere 'condannato' (su iniziativa del *praetor*) *in id quod facere potest*: il giurista parte anzi dal presupposto che il donante sia già stato condannato per l'intero (*in solidum*). Solo in relazione all'*actio iudicati*, che il donatario abbia promosso per impostare l'esecuzione, Paolo afferma che il donante è 'tenuto' (singolare modo di esprimersi) *in id quod facere potest*. Siccome una disposizione del genere l'editto non la portava, né il giurista aveva modo di dedurre analogicamente la sua conclusione da altre ipotesi affini previste dall'editto, è ovvio che Paolo si sia riferito a questo punto, per giustificare la sua affermazione, al rescritto di Antonino Pio; tuttavia è anche assai poco probabile che egli se la sia cavata con le due parole finali '*beneficio constitutionis*', che oltre tutto sanno stilisticamente di evidente appiccaticcio. Per quel che ne sappiamo, i giureconsulti classici parlavano di *constitutiones* in generale (e al plurale) solo se facevano riferimento ad una serie conforme di costituzioni imperiali (e nel caso nostro la serie manca, né comunque nel testo si legge '*beneficio constitutionum*'). Quando il riferimento era ad una sola e specifica costituzione, i giuristi classici ne precisavano il tipo (rescritto, editto, mandato, decreto) e sopra tutto ne precisavano l'autore (nel nostro caso, il divo Pio), spesso (particolarmente per i rescritti) riferendo puntualmente il *casus* sottoposto al principe e i termini essenziali della risposta di quest'ultimo. Malauguratamente per noi, un rieditore postclassico di Paolo (o, meno pro-

tabilmente, lo stesso Giustiniano) deve aver riassunto in due parole (per di più di sapore equivoco, perché qui *'beneficium'* non significa tanto vantaggio del debitore, quanto *ius singulare* creato da un imperatore) quello che invece era, a quanto supponiamo, un ben più preciso e articolato riferimento del giurista al *rescriptum divi Pii*.

Se questa tesi esegetica dell'abbreviazione postclassica (non della pura e semplice giunta, si badi) è esatta, abbiamo buoni (non dico ottimi) motivi per ipotizzare che il *casus* discusso da Paolo corrispondesse al *casus* risolto dal divo Pio nel suo rescritto. Dunque, non è che Antonino Pio abbia parlato in generale di *condemnatio* limitata del donante (o di azione limitata da *praescriptio* nei suoi confronti), ma è (o almeno sembra essere) che ad Antonino Pio si presentò *in concreto* un caso simile a quello riproposto, in sede di *quaestio* astratta, dal giurista Paolo. Un tizio, essendosi impegnato a donare ad un caio, era stato citato da questo secondo *in solidum* e condannato in corrispondenza, cioè *in solidum*; a questo punto egli si era rivolto all'imperatore e Antonino Pio aveva espresso, in risposta, l'autorevolissimo parere che in sede di *actio iudicati* il donante fosse 'tenuto' nei limiti delle sue possibilità (e magari, come cercheremo di appurare appresso, previa deduzione del cd. *aes alienum*). Parere autorevolissimo non solo perché proveniva dall'imperatore, ma perché sottintendeva, al pratico, che, se per le vie formulari non si fosse giunti ad una *litis contestatio* in questi termini, il donante non avrebbe avuto che da sottrarsi al *dictare et accipere iudicium* dell'*actio iudicati* per appellarsi *extra ordinem* all'imperatore.

Una prima conseguenza che si trae dal sin qui detto è che la questione del donante citato dal donatario doveva essere stata già largamente dibattuta prima di Antonino Pio, o comunque del suo rescritto, ma che i giureconsulti non si erano evidentemente sentiti di risolverla nel senso della limitazione della condanna, dato che l'appiglio per le loro considerazioni analogiche (e lo abbiamo visto) mancava. Con il metodo analogico i giureconsulti romani (sopra tutto sino a Salvio Giuliano) facevano moltissimo, ma non potevano far tutto, perché, un po' come Archimede, di un punto di appoggio avevano pur bisogno. La situazione dei *principes*, particolarmente a partire da Adriano (117-138

d.C.), era diversa: sia per l'eterno principio *'quia sum leo'*, sia perché essi disponevano della *cognitio extra ordinem* come alternativa alla *cognitio ordinaria*, quando questa non fosse adattabile o si manifestasse praticamente riottosa alle loro direttive di decisione. D'altra parte, non si cada nell'ingenuità di credere che, a partire dai tempi di Adriano, giuristi e magistrati siano rimasti col fiato sospeso in attesa di conoscere i rescritti imperiali e di comportarsi di conseguenza. Al novanta per cento, i *rescripta principum* non avevano caratteri di novità o di indiretta normatività, e rimanevano perciò limitati ai rapporti tra il privato che avesse posto l'interrogazione e l'imperatore che lo avesse accontentato: è addirittura pensabile che di questi moltissimi rescritti 'di specie', privi di rilevanza generale, la cancelleria imperiale non tenesse nemmeno un archivio. Viceversa, quando una questione fosse di ordine generale e fosse stata già dibattuta ampiamente in sede pratica e tra i giuristi, eccoci all'altro dieci per cento dei *rescripta principum*. Alla prima occasione di una *supplicatio* (e le occasioni non mancavano di certo, perché figurarsi se i Romani, buoni antenati dei loro discendenti moderni, si astenevano dal supplicare ad ogni momento i potenti nella speranza di ottenerne aiuto, anche e sopra tutto se ingiusto); alla prima nuova *prex*, dunque, l'imperatore decideva di orientare secondo nuovi criteri la soluzione di una certa questione e, con l'appoggio del suo *consilium* (di cui facevano parte i migliori giuristi), decideva, sì, il caso concreto di un concreto interrogante, ma non mancava stavolta di far conoscere il significativo e importante rescritto (la propaganda c'era anche per questo) ai circoli competenti. Il punto d'appoggio era fornito, e stava ai giuristi trarne frutto per ogni altra possibile illazione estensiva o accortamente analogica.

La significatività e l'importanza del rescritto di Antonino Pio stava in ciò: che l'imperatore, conforme ad una sua politica legislativa di cui si potrebbero facilmente fornire altri esempi, dava rilievo alla opportunità di non infierire inutilmente sui debitori, e particolarmente, nel caso nostro, alla opportunità di tener conto del vincolo di gratitudine che deve legare un donatario al donante. Un motivo, quello della gratitudine (e dell'ingratitude), che pesò in materia di donazioni anche sotto altri riguardi.

La donazione non era ancora, a quei tempi, un negozio tipico, ma era soltanto una 'causa', una funzione obbiettiva, che poteva informare di sé, qualificandoli come meri negozi di liberalità, gli atti più diversi. Si ravvisava una donazione (cd. 'reale') in ogni trasferimento di proprietà che fosse stato operato allo scopo esclusivo di arricchire l'acquirente a spese dell'alienante; si ravvisava altresì una donazione (cd. 'liberatoria') in ogni atto di liberazione di un debitore dal suo obbligo di pagamento, che fosse stato operato dal creditore con rinuncia al proprio soddisfacimento, e quindi allo scopo esclusivo di arricchire il debitore; si ravvisava, infine, una donazione (cd. 'obbligatoria') in ogni impegno che taluno assumesse verso un altro non solo senza ricavarne una controprestazione, ma addirittura senza ricavarne alcun concreto vantaggio in cambio, e perciò allo scopo esclusivo di arricchire a proprio carico la controparte. La vecchia *lex Cincia de donis et muneribus* del 204 a.C. aveva vietato tutti questi atti di munificenza obbiettivamente ingiustificata quando non fossero fatti tra stretti parenti e quando, essendo intervenuti tra 'estranei', superassero un certo limite massimo ('*modus legis Cinciae*'); ma il *modus legis Cinciae* non lo conosciamo e vien fatto di credere che col passare del tempo, anche in connessione con la progressiva svalutazione della moneta, esso fosse andato notevolmente aumentando, o fosse stato sempre più trascurato. Ad ogni modo, se in teoria il donante poteva difendersi dalle richieste giudiziarie del donatario, opponendogli l'eccezione ('*exceptio legis Cinciae*') di essere per lui un estraneo e di aver superato nel donare il *modus* stabilito dalla *lex Cincia*, in pratica si poneva su larga scala il problema dell'adempimento del *solidum*: sia perché le donazioni avvenivano sopra tutto tra parenti, sia perché i donatari (fosse o non fosse il *solidum* superiore al *modus legis Cinciae*) si sentivano in genere socialmente (e, se si vuole, anche moralmente) tenuti a far fede, senza ricorrere all'espedito dell'*exceptio*, alle donazioni fatte.

Non basta. Se si guarda bene, quando una donazione fosse stata di carattere reale o di carattere liberatorio era il caso di dire (salvo ipotesi eccezionali) 'capo ha cosa fatta': il donatario, essendo già soddisfatto, non aveva motivo di promuovere azioni contro il donante e il donante non aveva perciò modo di bloc-

carlo mediante l'*exceptio legis Cinciae*. Le difficoltà sorgevano (e diciamolo chiaro: non era giusto) quasi esclusivamente in ordine alle donazioni a carattere obbligatorio, allorché il donante non adempisse spontaneamente gli impegni assunti e il donatario (che magari sulla donazione aveva fatto calcolo, assumendo a sua volta impegni verso terzi) agisse contro di lui per la condanna. In tal caso, se il donante era un parente oppure aveva donato nei limiti del *modus legis Cinciae*, dalla condanna non lo salvava nessuno. Ma il donante poteva anche aver opposto al donatario, più o meno alla disperata, l'*exceptio legis Cinciae*, e allora è chiaro che bisognava attendere la *sententia* del giudice per sapere se l'eccezione era fondata o no e per vedere il donante, in questa seconda ipotesi, condannato. Orbene, se fosse stato lo stesso pretore a ritenere equa la limitazione della condanna all'*id quod reus facere potest*, non vi è dubbio che egli avrebbe inserito la *taxatio* relativa già nell'*iudicium* del processo di base, ma siccome sappiamo per certo che egli non prese iniziative del genere, ancora più agevolmente riusciamo a spiegarci perché Antonino Pio abbia orientato la sua decisione solo sulle donazioni a carattere obbligatorio e sia intervenuto a predicare il '*nisi in quantum facere potest (donator) non tenetur*' solo in sede di *actio iudicati*.

I giuristi posteriori ad Antonino Pio ne svilupparono le direttive in tre sensi: primo, escludendo che il '*teneri in quantum facere potest*' si applicasse fuori dell'ambito delle donazioni obbligatorie (vi è in proposito un passo molto interessante di Paolo, 14 *quaest.*, in D. 42.1.41 pr.); secondo, ammettendo che la limitazione della condanna, oltre che disposta in sede di *actio iudicati* dal pretore (sull'autorità del rescritto del divo Pio) mediante *taxatio*, potesse essere chiesta dall'attore nel processo di base mediante *praescriptio* (Ulp. D. 39.5.12: '*convenitur*'); terzo, estendendo il novero delle donazioni obbligatorie ad ogni e qualsiasi '*liberalitas*' (Ulp. D. 23.3.33 e 50.17.28) attraverso la trattazione di una vasta casistica sulla quale qui non è il caso di intrattenersi.

Sia solo avvertito, a proposito dell'ultimo punto, che non tutte le estensioni che si leggono nella compilazione giustiniana sembrano essere (talune nella forma, altre anche nella sostanza) di stesura genuina dei giuristi classici. E si capisce anche perché.

A parte la depressione economica sempre crescente, in età post-classica la *lex Cincia* si spense (intorno al sec. IV d. C.) nella desuetudine, sì che sempre maggiore fu col tempo la spinta a sovvenire i donanti (ed altri personaggi assimilati) con la limitazione, *extra ordinem* ormai, della condanna a mantenere i loro impegni nei limiti del *quantum facere potest*.

11. LE ALTRE FATTISPECIE. L'ISTITUTO DELLA 'DOS'.

Altre fattispecie 'da provvedimento' (salvo un importante intervento di Antonino Pio del quale parleremo tra breve) non ve ne furono, o almeno non ci risultano. E allora, riassumendo quel che si è detto fin qui, quali furono, tra gli spunti offerti dall'editto, dalla *lex Iulia de bonis cedendis*, dal rescritto di Antonino Pio, quelli più 'fruttuosi' posti a disposizione della giurisprudenza successiva (classica e postclassica) affinché questa creasse per analogia altre fattispecie?

Non ci vuol molto ad accorgersi che le disposizioni dell'editto e della *lex Iulia* in ordine all'azione dei creditori *ex ante gesto* e quelle dell'editto in ordine alle azioni contro gli *emancipati*, gli *exheredati*, gli *abstenti* erano fruttuose, sì, ma nell'ambito di un 'hortus conclusus' oltre il quale era difficile, se non proprio impossibile, andare con ragionevoli similitudini. Fruttuosi invece in tutti i sensi, ai fini delle integrazioni analogiche, erano lo spunto del cd. 'ius quodammodo fraternitatis', offerto dall'editto sulla *societas*, e quello del riguardo dovuto al donante, offerto dal *rescriptum divi Pii*. Furono appunto i due filoni sfruttati analogicamente dalla giurisprudenza nelle tre fattispecie dei coniugi, del *promissor dotis* e dei *parentes* e *patroni*. Delle due prime fattispecie (che subirono molteplici e identificabili allargamenti successivi) le esplicazioni iniziali risalgono indubbiamente al sec. I a.C. e si riallacciano al motivo del *ius quodammodo fraternitatis*. Della terza non si sa, e sorge il dubbio che essa sia successiva al rescritto di Antonino Pio e si riconnetta al motivo di quello, il motivo della gratitudine.

Per intenderci bene in ordine alla configurazione originaria della prima e della seconda fattispecie, occorre fare una precisazione: che al centro di entrambe si trova, più precisamente, l'istituto della *dos*.

Ad una mentalità moderna, sia pure informata a legislazioni (come quella italiana) fortemente invecchiate e torpidamente 'romanizzanti', è un po' difficile rendersi conto del grande rilievo che la dote ebbe nel diritto romano, o meglio in quella faccia del diritto romano che ci viene presentata dai giuristi di Roma. D'accordo, la dote era (ed è tuttora) un più o meno sostanzioso contributo economico dato dalla moglie, o da altri per lei, *ad onera matrimonii ferenda*, allo scopo cioè di sostenere gli oneri economici (figli compresi) derivanti dal matrimonio: un contributo, si aggiunga, tanto più giustificato nel mondo romano, in quanto la donna non traeva redditi da attività professionali, ed altro non dava né poteva dare alla famiglia, di regola, che l'apporto della sua attività personale all'interno delle pareti domestiche (un apporto privo, nella mentalità antica, di rilievo economico). Tuttavia, se è vero (come è vero) che i cittadini romani erano, nove su dieci (forse di più), privi di fonti proprie di reddito, cioè *proletarii*, l'apporto della dote al marito, di solito, non doveva concretamente esservi, per mancanza (diciamo così) di presupposti materiali: dal che dovrebbe derivare che i giuriconsulti romani, pur non omettendo di parlare di dote e delle questioni dalla stessa implicate, non avrebbero dovuto raffigurarci l'istituto come un annesso normale del matrimonio, e tanto meno avrebbero dovuto raffigurarcelo addirittura come un indice caratteristico del *matrimonium iustum*. Viceversa, a leggere le fonti romane, sembra quasi che il cento per cento dei matrimoni di quei secoli (quanto meno dal sec. II a.C. in poi) fosse coronato da dote, così come, del resto, sembra che assai difficilmente (ma questo, per tanti motivi, è più spiegabile) un cittadino di Roma morisse senza aver fatto tempestivamente un laborioso testamento per fissare le sorti future di un patrimonio economico che spesso non aveva.

Si è addirittura serenamente sostenuto, da non pochi romanisti moderni, che la *lex Iulia de maritandis ordinibus* del 18 a.C. abbia fatto 'obbligo' ai padri di dotare le figlie, e il curioso è che l'appiglio per difendere questa sorprendente tesi nelle fonti effettivamente esiste. Ciò dato, verrebbe quasi fatto di avanzare il sospetto che quel tal novanta per cento dei cittadini romani che alla dote non era assolutamente in grado di provvedere si

sia astenuto per necessità anche dal matrimonio. Anzi verrebbe fatto, a rigore, di chiedersi se, successivamente al divieto (con relative sanzioni penali) posto dalla *lex Iulia de adulteriis* di intrattenere rapporti sessuali sia con donne sposate (*adulterium*) sia con donne oneste ma nubili o vedove (*stuprum*), Roma sia diventata per gran parte una comunità di celibi e nubili rigorosamente divisi tra loro, e se le unioni e le convivenze intersessuali (ma non a carattere di matrimoni, quindi senza figliolanzze legittime) siano sboccate, per i poveri diavoli, nei commerci con donne *inhonestae*, le quali (questo è vero) a Roma non mancavano.

Naturalmente, siccome queste pur logiche conclusioni sarebbero soltanto ridicole, lo storico del diritto romano altro non può seriamente ritenere se non che la dote e il connesso obbligo di dotare le figlie fosse in Roma un accessorio socialmente rilevante, e fortemente sentito come tale, dei matrimoni all'interno dei ceti abbienti. Ed altro non può, doverosamente, aggiungere se non che anche in materia di dote, come in quasi ogni altra materia da loro trattata, i giuristi romani si confermano compattamente (quali che fossero le loro divisioni politiche e le loro differenze di personalità) come gli interpreti fedeli, e privi di apprezzabili esitazioni, di un ordinamento fatto essenzialmente per le classi economicamente ben provviste.

Il chiarimento che precede serve non solo a vedere realisticamente le cose che stanno al di sotto di certe oleografie romane, ma serve anche a far intuire perché la dote, entro gli ambienti che se la potevano permettere, avesse il rilievo di un pilastro del *ius privatum*.

Sempre nell'ambito di quegli ambienti, il marito (o il suo *paterfamilias*, se il marito era *alieno iuri subiectus*) aveva un'amministrazione, spesso complessa, cui provvedere, e cioè la *familia*: immobili, capitali mobiliari, crediti e debiti, schiavi, eventuali altri sottoposti liberi, eventuali operazioni commerciali cui attendere. Amore a parte, il matrimonio implicava per lui una nuova posta in bilancio (mantenimento della moglie, allevamento dei figli e via dicendo), quando non voleva implicare (succedeva anche allora) un incremento di ricchezza da destinare alla *familia* e alle intraprese economiche. Se il matrimonio era *cum manu*, la moglie diventava sottoposta (*filiae loco*) del marito o del rela-

tivo *paterfamilias*, sicché solo se essa era già *sui iuris* e abiente il marito (o il *paterfamilias* di lui) ne lucrava il patrimonio; ma, se essa era *in potestate* del padre originario, il passaggio alla nuova *familia* le faceva perdere i diritti successorî (o, diciamo più propriamente, le aspettative di eredità) nei confronti di quest'ultimo. Posto che (come sempre più spesso dalla fine della *libera respublica*) il matrimonio fosse *sine manu*, il marito (o il di lui *paterfamilias*), non acquistando *potestas* (cioè *manus*) sulla donna, il patrimonio di lei non lo lucrava in nessun caso, anche se la moglie aveva il vantaggio (se *filiafamilias*) di mantenere intatte le aspettative successorie nei confronti del proprio *pater*. D'altra parte solo chi ragiona per astratto (come è il torto di molti romanisti) può cadere nell'ingenuità di immaginarsi che una donna romana, avendo già del suo (in quanto *sui iuris*) o acquistandone alla morte del proprio *paterfamilias* (in quanto *alieni iuris*), fosse, salvo ammirevoli eccezioni, incline, nel primo caso, a sobbarcarsi ad un *matrimonium cum manu* o a passare i suoi beni al marito all'inizio del *matrimonium sine manu*, e fosse disposta, nel secondo caso, a prendere ciò che avesse ottenuto dall'eredità paterna e a trasferirlo al consorte nel corso di un *matrimonium sine manu*. Forse, al più, la donna avrebbe concesso al marito, almeno in parte, i redditi del proprio patrimonio personale, ma sta di fatto che un obbligo del genere non esisteva e che gli oneri economici della famiglia gravavano esclusivamente sul marito.

Occorreva, insomma, per sposarsi ad un certo livello sociale, trattare l'affare. Il marito (o il relativo *paterfamilias*) chiedeva da un lato tutto ciò che poteva (o, se riduceva le pretese, era solo per i vantaggi di alleanza sociale, politica, economica che dal matrimonio gli sarebbero potuti derivare) e, dal suo canto, la moglie (o per lei il relativo *paterfamilias*, oppure anche un *extraneus* interessato, per motivi pelosi o meno, a che il matrimonio si facesse) cercava, nei limiti del possibile, di tirare sul prezzo ed eventualmente di garantirsi in vista di una fine del matrimonio. Né vanno sottovalutate le componenti sociali e psicologiche, tipiche dei ceti abbienti, di tutta l'operazione. *Cum manu* o *sine manu* che fosse il matrimonio, il marito romano aveva sulla moglie e sulla famiglia una posizione di 'capo' che non era tradi-

zionalmente compatibile con l'espedito di essere mero amministratore dei cespiti patrimoniali messi a sua disposizione dalla moglie (o da altri nell'interesse di costei): quei cespiti dovevano incrementare il patrimonio familiare ed essere quindi a sua piena e completa disposizione. A sua volta, la moglie aveva interesse solo sino ad un certo punto a ridurre l'entità del suo contributo, perché la sua 'cifra', in famiglia e di fronte alla società, era in relazione alla cifra di quel suo contributo.

Conseguenza: il marito diventava, di regola, titolare pieno del patrimonio dotale e piuttosto rara era l'ipotesi che egli si impegnasse verso il costituente (moglie, *pater* della stessa, estraneo) alla restituzione in caso di divorzio o di morte della moglie. Il costituente la dote (moglie e *pater* della stessa, in specie), non solo non si tirava indietro di fronte al dovere sociale (e alla reputazione conseguente) di elargire una congrua dote al marito, ma spesso, non avendo disponibilità immediata dei beni da trasferire al marito, si impegnava verso quest'ultimo a versargli una dote più in là, a matrimonio concluso. Siccome questo dovere di fornire congruamente di dote il marito fu via via sempre meno sentito o rispettato, causa la grave crisi economica, nel corso del sec. I a.C., si comprende facilmente che la *lex Iulia de maritandis ordinibus* sia intervenuta a ricordarlo per via indiretta, vietando ai padri di ostacolare le nozze delle figlie senza giusto motivo, e si comprende senza troppe difficoltà che Severo e Caracalla, in un loro rescritto (cfr. D. 23.2.19), abbiano parlato esplicitamente di un dovere giuridico dei padri di dotare (s'intende, potendo) le figlie. Quello che si comprende e si apprezza meno, l'ho detto, è che i giuristi romani non abbiano debitamente segnalato a quale ristretta sfera sociale queste regole si riferivano, e che parecchi romanisti contemporanei mostrino di non accorgersi assolutamente di nulla.

Fermiamoci al sec. I a. C. Sin dagli inizi di quel secolo (forse anche qualche decennio prima) il pretore, per le ipotesi (piuttosto frequenti) che il marito non si fosse impegnato mediante una *stipulatio* a restituire la dote al costituente in caso di scioglimento del matrimonio, introdusse a favore della moglie (o del padre di lei), nell'eventualità di divorzio o di morte della moglie, l'*actio rei uxoriae*. Un'azione, la *rei uxoriae*, veramente sui ge-

neris (e in ordine alla quale sono fioriti, pertanto, dubbi e discussioni senza quasi fine tra i romanisti), ma della quale qui interessa segnalare soltanto questo. Il *iudicium* non invitava il giudice privato a condannare *sic et simpliciter* il marito (che, si ricordi, non si era mai obbligato a restituire alcunché) al rtrasferimento della dote, ma lo incaricava di valutare quanto del patrimonio di lui fosse da ritenere incrementato o comunque avvantaggiato a causa dell'impiego della dote (la '*res uxoria*') e lo invitava conseguentemente a condannare il marito a dare alla moglie o al padre di lei (non alla persona eventualmente diversa che avesse costituito la dote) '*quod melius aequius erit*', con ampi poteri di stabilire esenzioni, detrazioni, modalità di ratizzazione e così via, anche e soprattutto per non pregiudicare troppo l'amministrazione della *familia* del marito. Insomma il principio che la dote facesse parte del patrimonio del marito era intatto, ma ne correggeva le asprezze l'invito a prestare (non a *reddere*) quanto fosse '*aequius melius*' alla moglie o al padre di lei.

E' appena il caso di dire che la giurisprudenza, cui già andava il merito di aver suggerito al pretore l'*actio rei uxoriae*, si preoccupò largamente di orientare i giudici privati, anche ai fini della uniformità dei loro giudizi, nei loro delicatissimi compiti. La materia della *res uxoria* divenne quindi uno dei temi più vivamente discussi (e non di rado anche contrastati) tra i migliori giuristi, dando luogo non solo a questioni 'interne' al problema della restituzione, ma anche a numerosi problemi connessi o affini. E ciò in una molteplicità di opinioni che, per quanto ci è dato di intuire, mise a dura prova la successiva giurisprudenza 'sistematica' dei sec. II-III d. C. (nei suoi tentativi caratteristici di esporre ordinatamente ogni cosa e di dare ad ogni questione precedente la sua soluzione ottimale), disorientò non poco l'incerta giurisprudenza dell'età postclassica e, finalmente, indusse Giustiniano a interventi risolutori molteplici e decisi, che gli meritano dai posteri il titolo di '*legislator uxorius*'.

12. IL 'MARITUS' E LA 'UXOR'.

Che la limitazione della condanna del marito, convenuto con l'*actio rei uxoriae*, all'*id quod facere potest* (in quanto convogliata

nel 'quod melius aequius erit' da stabilirsi dal giudice) sia divenuta di comune riconoscimento da parte della giurisprudenza romana nel corso del sec. I a.C., è cosa da ritenersi sicura. Il giurista Aulo Ofilio, contemporaneo di Cesare, trattando una questione più ampia in tema di *actio rei uxoriae*, lo dava già per scontato, almeno a quanto riferisce Pomponio nel suo commentario all'opera civilistica di Sabino (16 *Sab.*, D. 24.3.18.1).

Meno sicuro è il perché di questa agevolazione del marito (o, beninteso, del suo *paterfamilias*). Secondo una spiegazione (peraltro indiretta) di Giustiniano (CI. 5.13.1.7) e di alcuni frammenti tardo-classici (peraltro a loro volta fortemente sospetti), la limitazione della condanna era un aspetto della *reverentia* dovuta dalla moglie al marito, ed ecco perché (dicono assentendo taluni romanisti) il beneficio era 'personale', non estensibile agli altri eventuali convenuti con l'*actio rei uxoriae* (i garanti sopra tutto) e nemmeno agli eredi (fatta eccezione per i figli nati dal matrimonio, ma evidentemente in quanto figli anche della moglie e non solo in quanto eredi del padre: Pomp. 16 *Sab.*, D. 24.3.18 pr.). Secondo certi altri studiosi, invece, la *reverentia* verso il marito non aveva originariamente nulla a che fare con la condanna limitata dello stesso, ma la limitazione della condanna era ovvia conseguenza del 'quod melius aequius', al punto che (così, dice con notevole audacia il Pampaloni) sono da ritenere interpolati i testi della compilazione in cui il beneficio appare limitato al marito, al suo *paterfamilias* e ai soli figli *ex nuptiis*.

A mio avviso, la spiegazione basata sulla *reverentia*, sempre con riferimento alle origini dell'istituto, effettivamente non regge. Vero è che la moglie anche nel *matrimonium sine manu* era pur sempre sottoposta ad una sorta di potestà del marito (il che può aver dato origine col tempo all'idea di una *reverentia* dovuta a quest'ultimo dalla moglie), ma cessato il matrimonio cessava la potestà maritale (o, se si preferisce, la *reverentia* della moglie verso il marito). Ora l'*actio rei uxoriae* era esercitata (almeno in diritto classico) sempre e solo *soluto matrimonio*, e si aggiunga che ad esercitarla nei confronti del marito non era ammessa solo la moglie più o meno riverente, ma erano ammessi anche il suo *paterfamilias*, i suoi eredi (ove la moglie fosse morta dopo la *litis contestatio*) e persino il fisco (ove la dote fosse stata confiscata).

La *reverentia uxoris* è un innegabile motivo di politica legislativa di Giustiniano, ma è difficilmente credibile che agli occhi dei giuristi preclassici e classici essa giustificasse queste ipotesi di condanna del marito nei limiti del *facere posse*, né, d'altra parte, se la condanna limitata fosse stata una implicazione della *reverentia*, si capirebbe perché essa fosse esclusa nell'ipotesi (su cui dovremo ritornare) in cui il marito, essendosi impegnato a restituire la dote, fosse stato convenuto dalla moglie con l'*actio ex stipulatu*. I romanisti che respingono la giustificazione della *reverentia* dicono dunque bene e il testo di Pomponio (16 *Sab.*, D. 24.3.14.1) in cui questa giustificazione fa la sua comparsa, in un periodo finale del tutto ingiustificato, ha subito una evidente alterazione postclassica, né comunque si riferisce alle origini dell'istituto.

Resta ancora la tesi secondo cui la limitazione della condanna del convenuto nell'*actio rei uxoriae* era una implicazione del 'quod melius aequius erit'. Ma siccome i testi che limitano l'agevolazione al marito, al suo *paterfamilias* e ai soli eredi figli non possono ritenersi, pur con tutta la buona volontà di seguire il Pampaloni, alterati, si domanda perché mai essa non fosse estesa a tutti i possibili convenuti dell'*actio rei uxoriae*. Il Levet ha intravvisto la risposta ma non ha saputo giustificarla, limitandosi a dire, tautologicamente, che il vantaggio era solo del marito (o quasi) perché solo il marito se lo meritava. Tutto si spiega invece, sempre a mio avviso, se riflettiamo che il *matrimonium* aveva istituito, fin che era durato, una sorta di *societas* tra i due coniugi e se pensiamo che i giuristi del sec. I si siano basati proprio su questa analogia per sostenere che il marito convenuto con l'*actio rei uxoriae* meritasse, a somiglianza del socio convenuto con l'*actio pro socio*, la limitazione della condanna all'*id quod facere potest*. Come l'*actio pro socio*, se esercitata *soluta societate*, era relativa alla liquidazione della *societas*, così l'*actio rei uxoriae* (esercitabile *soluto matrimonio*) era relativa alla liquidazione del *matrimonium* sotto l'aspetto patrimoniale; come l'*actio pro socio*, in considerazione del *ius quodammodo fraternitatis* tra le parti, portava alla limitazione della condanna del convenuto all'*id quod facere potest*, così l'*actio rei uxoriae*, in considerazione di un qualche *ius fraternitatis* del genere intercorso

tra marito e moglie, portava alla stessa limitazione; come la limitazione della condanna del socio convenuto era *beneficium* personale (inestensibile e intrasmissibile ad altri) di lui socio, così la condanna del marito convenuto era fondamentalmente *beneficium* personale di lui marito. E che i giuristi romani anteriori ad Antonino Pio abbiano, nella fattispecie, in esame, effettivamente lavorato sulla base dell'analogia del vincolo coniugale con quello societario, trova, se non erro, persuasiva conferma in un frammento di Trifonino che val la pena di leggere.

D. 42.1.52 (Triph. 12 disp.): *Si rerum amotarum cum viro agatur, quamquam [videatur] <quibusdam videtur> ea quoque actio praecedentis societatis vitae causam habuisse, in solidum condemnari debet, quoniam ex [male contractu et] delicto <actio> oritur.* [Se dalla moglie si agisca contro il marito (con l'*actio rerum amotarum*, il marito, nonostante che alcuni ritengano che anche quell'azione abbia avuto attinenza alla precedente *societas vitae* (tra i coniugi), deve essere condannato nell'intero, perché l'azione nasce da ... delitto].

Avvenuto il divorzio, la moglie accusa il marito di aver rubato durante il matrimonio (e *divortii causa*, in vista del divorzio) ai suoi danni: pertanto propone contro di lui, per la restituzione del maltolto, un'*actio rerum amotarum* (termine equivalente, nel nostro caso, a *condictio ex causa furtiva*, l'azione intesa alla restituzione delle cose rubate). Ma l'*actio rerum amotarum* è un'azione nascente da delitto (un prudente annotatore postclassico ha aggiunto che, comunque, essa non si basa su un atto lecito, ma su un *male contractus*). Siccome la condanna in *id quod facere potest* non spetta quando si è convenuti *ex delicto* (cfr., in *subiecta materia*, Paul. 37 ed., D. 25.2.21.6), Trifonino conclude che il marito deve essere condannato nel *solidum*. Ma perché una *disputatio* a questo proposito? Perché si è fatto leva da alcuni sul fatto che anche l'*actio rerum amotarum* (o meglio, l'*amotio* compiuta dal marito di mano lesta) trova la sua ragion d'essere (come l'*actio rei uxoriae*) nella *societas vitae*, cioè nel matrimonio: l'occasione del matrimonio ha fatto il marito ladro. Dal che si deduce che la limitazione della condanna nell'*actio rei uxoriae* (azione non da delitto) è giustificata dal fatto che il

matrimonium è una *societas vitae*, è qualcosa di analogo alla *societas*.

Identificato lo spunto analogico che indusse i giuristi del sec. I a.C. a consigliare al giudice dell'*actio rei uxoriae* la limitazione della condanna del marito all'*id quod facere potest*, occorre dire che i giuristi del successivo periodo classico, sopra tutto quelli del sec. I d. C. (tra cui Sabino, così ampiamente commentato da Pomponio), lavorarono intensamente per ampliare la fattispecie iniziale. Forse è loro, ad esempio, la estensione del beneficio ai figli-eredi del marito. E naturalmente i giuristi classici si dovettero anche chiedere, specie su sollecitazione dei loro interroganti, se non fosse il caso di beneficiare il marito, convenuto in giudizio dalla moglie, anche nei confronti di ogni altra azione (purché non *ex delicto*) che costei esercitasse, con riferimento all'intercorso matrimonio, nei suoi riguardi. Ma siccome ci risulta che essi furono assai rigorosi nell'escludere che la condanna potesse essere limitata anche in relazione ad obbligazioni sorte prima o dopo il matrimonio, dobbiamo pensare che i giuristi classici non si siano distaccati dalla base analogica costituita dalla *societas* e dal *ius quodammodo fraternitatis* tra i soci.

Il passo avanti fu compiuto da una costituzione (forse un rescritto) di Antonino Pio, di cui parla il tardo Modestino.

D. 42.1.20 (Mod. 2 diff.): *Non tantum dotis nomine maritus in quantum facere possit condemnatur, sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio conventus in quantum facere potest condemnandus est ex divi Pii constitutione: quod et in persona mulieris aequa lance servari aequitatis suggerit ratio.* [Il marito non è condannato in *quantum facere potest* soltanto a titolo di dote; ma anche quando sia convenuto in giudizio dalla moglie in relazione ad altri contratti egli deve essere condannato, in forza di una costituzione del divo Pio, nel *quantum facere potest*: il che la logica dell'equità suggerisce che sia mantenuto in corrispondente misura anche in persona della moglie].

La parte del testo in cui si parla del marito è confermata punto per punto da uno scolio sinaitico (Sin. 6.12); la parte finale (*quod et rell.*), relativa alla moglie, è stata dichiarata interpolata nientemeno che dal Cuiacio, la cui opinione è pressoché universalmente seguita anche oggi. Anch'io sono per l'interpolazione:

non solo perché lo scolio sinaitico tace della regola finale, lasciando presumere che ai suoi tempi (sec. V d.C.) nelle edizioni correnti delle *differentiae* di Modestino ancora non la si leggesse (non la si leggesse come regola vigente), ma anche perché osservo che, se Modestino ha parlato della condanna limitata del marito in un libro di *differentiae*, sarà stato perché egli avrà voluto mettere in rilievo che, a differenza del caso del marito convenuto dalla moglie, il caso della moglie convenuta dal marito non comportava la limitazione della condanna. Ciò non significa però che egli abbia passato sotto silenzio il caso della moglie: significa anzi che egli, sia pur risolvendolo negativamente, deve averlo segnalato. Significa cioè che ai suoi tempi il caso della moglie (come si desume, del resto, anche da un frammento di Paolo, D. 25.2.21.6) faceva problema.

Questi rilievi, se esatti, mi portano a supporre che la motivazione innovativa della costituzione di Antonino Pio si sia aggirata attorno a un concetto che favoriva il marito, ma che era in certo qual modo ribaltabile a favore della moglie, e che appunto perciò dopo quel rescritto si sia posto il quesito se alla limitazione della condanna non potesse aspirare anche la moglie chiamata in giudizio dal marito. Antonino Pio può aver detto, ad esempio, che la ex-moglie (o chi per lei) deve avere una particolare considerazione per l'ex-marito, per il suo *paterfamilias*, per i figli comuni da lui lasciati eredi, visto che sulle loro spalle pesa ora il carico di una famiglia di cui lei ha fatto parte: argomentazione tipica dell'accomodante imperatore, sempre pronto (come già sappiamo) a trovare una formula per accordare facilitazioni ai debitori. E tutti vedono facilmente come un ragionamento del genere possa farsi (*aequa lance*, per dirla con Modestino o col suo glossatore) anche in prò della moglie, che del marito è stata la fedele compagna, l'assidua collaboratrice e via dicendo.

Sia come sia, per diritto giustiniano siamo tenuti a concludere che tanto il marito convenuto dalla moglie quanto la moglie convenuta dal marito avessero, in ordine alle obbligazioni reciprocamente assunte *constante matrimonio*, il vantaggio della limitazione della condanna nei limiti del possibile. Molto probabilmente la giustificazione di base di questo trattamento paritetico

era il principio della *reverentia* tra coniugi, notoriamente (ripetto) assai caro a Giustiniano. E infatti, se leggiamo la famosa (e, come sempre, stucchevolmente ampollosa) costituzione con cui questo imperatore aggiornò e riformò il regime della restituzione della dote (della quale, si badi, era ormai considerata titolare la moglie, mentre il marito aveva soltanto le vesti di un amministratore tenuto, dopo lo scioglimento del matrimonio, alla resa dei conti), vi troviamo, in sintesi, queste dichiarazioni. Un tempo, dice Giustiniano (CI. 5.13.1, a. 530, *passim*, ma spec. 7), le azioni per la restituzione della dote erano due, e cioè l'*actio ex stipulatu* (in forza della quale il marito era tenuto a restituire i cespiti dotali tutti in una volta e *in solidum*) e l'*actio rei uxoriae* (in forza della quale il marito era tenuto a restituire i cespiti dotali con certe agevolazioni e dilazioni, nonché nei limiti dell'*id quod facere potest*); oggi unificammo le due azioni in una sola *actio de dote*, dandole il nome (arcaicizzante) di *actio ex stipulatu*, affinché, se il matrimonio si scioglie, il marito sia sempre condannato nell'*id quod facere potest*, salvo a prestar cauzione per il residuo.

Come si vede, la condanna limitata non è più esclusa da Giustiniano in ordine alla dote di cui, anteriormente al matrimonio, il marito avesse promesso espressamente la restituzione: segno che il motivo della *societas vitae* tra i coniugi è stato superato. Per intendere la nuova impostazione basta leggere la motivazione della riforma: 'questa soluzione corrisponde al massimo dell'equità ed è dovuta alla *reverentia* per il marito, nei limiti in cui questi non si sia comportato con dolo' (*quia hoc aequissimum est et reverentiae debitum maritali, si non dolo malo versatus est*).

13. IL 'PROMISSOR DOTIS'

Veniamo alla seconda fattispecie di creazione giurisprudenziale da considerare: quella della promessa di dote fatta al marito da un costituente, che poteva essere, stando al concreto delle ipotesi esaminate dalle fonti, la stessa donna (*se sui iuris*), il padre di lei, o, infine, un *extraneus* a lei non legato da vincoli di parentela agnaticia.

In teoria la promessa poteva essere fatta o mediante *stipu-*

latio tra il marito (*stipulans*: 'centum dotis causa dari promittis?') e il costituente (*promissor*: 'promitto'), oppure nella forma tradizionale della *dotis dictio* (per la quale parlava il solo costituente, dicendo, ad esempio: 'centum dotem tibi dico'). Il negozio di gran lunga più usato in pratica era quello della *promissio dotis*, che dava luogo, in caso di insecuzione, ad una inequivocabile *actio ex stipulatu* contro il costituente. Nell'una e nell'altra ipotesi di promessa di dote, il problema che si poneva era comunque identico: se ed a quale titolo il costituente venuto meno al suo impegno fosse da condannare, anziché *in solidum*, nei limiti dell'*id quod reus facere potest*.

Per quanto riguarda l'*extraneus*, è da dire subito che appigli analogici non ve ne furono, per la giurisprudenza classica, almeno sino al rescritto di Antonino Pio che concesse la limitazione della condanna al donante. Solo a partire da quella costituzione si poté scavare nelle ragioni che avessero determinato l'*extraneus* a costituire la dote, per distinguere i casi in cui egli avesse con ciò indirettamente soddisfatto un debito verso la moglie (o il suo genitore) dai casi in cui egli con ciò avesse esclusivamente compiuto un atto di liberalità. Ma a favore di chi sarebbe stata operata, in questo secondo ordine di casi, la liberalità? Nelle motivazioni intime o anche esplicite dell'estraneo (è da credere), a favore della moglie, per agevolare il suo matrimonio; ma nella obbiettività negoziale (cioè nella 'causa' dell'atto di costituzione), la promessa di dote sarebbe stata diretta, almeno secondo i principi del diritto classico, a beneficio del marito, visto che era il marito ad acquistare la piena titolarità giuridica dei cespiti dotali. Tuttavia, se il marito, donatario, avesse potuto fare della dote tutto ciò che avesse voluto (così come era prima dell'introduzione dell'*actio rei uxoriae*), è chiaro che l'*extraneus*, donante, avrebbe avuto diritto *ex rescripto divi Pii* alla limitazione della condanna; ma, essendo la promessa esplicitamente fatta a titolo di dote e in relazione al matrimonio con una certa persona, il marito, pur essendo ancora considerato il titolare del patrimonio dotale (quindi, formalmente, il beneficiario della costituzione di dote), non era più, nel sec. II d.C. (a tre secoli dall'introduzione dell'*actio rei uxoriae*), esente da grosse responsabilità in ordine alla conservazione e buona amministrazione della *res uxoria*. Dato che della

res uxoria avrebbe dovuto rispondere verso la moglie in caso di scioglimento del matrimonio, il marito aveva, insomma, un interesse specifico e pressante ad esigere che la promessa fosse adempiuta per l'intero, e l'estraneo non poteva, dal suo canto, far valere in modo pieno, nei suoi esclusivi confronti, ai fini della limitazione della condanna, i motivi della gratitudine.

La questione, dunque, sempre dopo il rescritto di Antonino Pio e non prima, aveva una sua ragion d'essere, ma la soluzione positiva (nel senso cioè della condanna dell'*extraneus* nell'*id quod facere potest*) era tutt'altro che scontata o facilmente sostenibile. Paolo certamente fu di opinione negativa, sia in un testo che esamineremo tra poco (D. 23.3.84), sia in un testo purtroppo guasto (Paul. 14 *quaest.*, D. 42.1.41 pr.), dal quale però sembra potersi dedurre questa soluzione: se la moglie ha invitato l'*extraneus*, che le voleva fare una donazione, a promettere l'importo della stessa, *causa dotis*, al marito, non vi è luogo a limitazione di condanna qualora il marito agisca contro l'*extraneus* per l'adempimento della promessa dotale. In un frammento di Ulpiano (6 *Sab.*, D. 23.3.33) figura invece, per inciso, la soluzione affermativa. Non vi sarebbe nulla di male che Ulpiano l'avesse sostenuta; ma, almeno a mio avviso, l'inciso ha i caratteri evidenti di un glossema postclassico che col pensiero di Ulpiano ha ben poco a che vedere.

Passiamo alla promessa di dote fatta dalla donna o dal suo genitore. In ordine ad essa le cose sono andate, per quanto risulta dalle fonti, ben diversamente che per l'estraneo. Se ne discusse sin dal sec. I a. C., ma fu anche abbastanza difficile reperire l'appiglio su cui basare il riconoscimento della condanna *in id quod reus facere potest*. Ad ogni modo, nel sec. I d. C. i giuristi si avviarono chiaramente, a mio avviso, sulla strada dell'analogia tra matrimonio e *societas*, ma in un senso molto restrittivo. Essi (o la maggioranza di essi) ritennero cioè che *uxor* e *socer* meritassero il beneficio della condanna limitata solo se il marito li convenisse *ex promissione dotis* durante il matrimonio: ciò perché solo durante il matrimonio sussiste in pieno, inequivocabilmente, tra i coniugi e tra ciascuno di essi e i genitori (e figli) dell'altro, il rapporto (connesso con la *societas vitae*) detto comunemente dell'*adfinitas*. In altri termini, mentre l'*actio rei uxoriae* fu equiparata analogicamente all'*actio pro socio* liquidativa

della *societas*, l'azione *ex promissione dotis* (verso *uxor* e *socer*) fu equiparata piuttosto all'*actio pro socio* esercitata *manente societate* per ottenere dal socio convenuto l'adempimento degli impegni assunti: nell'uno e nell'altro caso (azione contro il suocero e azione contro la moglie) col riconoscimento della *condemnatio in id quod reus facere potest*.

Per convincerci di tutto il fin qui detto, nelle sue luci e nelle sue ombre, la miglior cosa da fare è di dare uno sguardo ai principali testi relativi all'argomento.

D. 42.1.22 pr. (Pomp. 21 Q. Muc.): *Sed hoc ita accipiendum est, si a socero dos ex promissione petatur soluto matrimonio: verum si manente matrimonio dos ab eo petatur, succurrendum utique est, ut ne maioris summae condemnetur, quam quantum facere potest*. [Ma questo (insegnamento) deve essere accolto in ordine all'ipotesi che la dote sia chiesta al suocero, *ex promissione*, dopo lo scioglimento del matrimonio: se invece la dote gli sia chiesta durante il matrimonio, bisogna senz'altro venirgli incontro, per modo che non sia condannato ad una somma maggiore del *quantum facere potest*].

E' chiaro che il frammento è stato amputato di una dichiarazione iniziale, in cui deve essersi detto (all'incirca) che il *socer*, convenuto dal marito per l'adempimento della promessa di dote, non può ottenere la limitazione della condanna all'*id quod facere potest*. Siccome il frammento è tratto dal commento di Pomponio ai *libri iuris civilis* di Mucio, è possibile che la dichiarazione iniziale fosse, più precisamente, un insegnamento di Quinto Mucio in ordine al caso specifico del *socer promissor dotis*: insegnamento che, come leggiamo, Pomponio ritiene sia da seguire solo nell'ipotesi che l'azione venga promossa o coltivata *soluto matrimonio*. Se Quinto Mucio si è espresso, sia pur negativamente, sul problema, segno è che ai giuristi del suo tempo il problema già si poneva: il che, peraltro, non deve spingerci a fantasticare, come taluno ha fatto, che il grande avversario di Quinto Mucio, Servio Sulpicio Rufo, fosse anche su questo punto di parere opposto. Di parere parzialmente opposto a quello di Mucio è certamente Pomponio (sec. II d. C.), il quale ritiene che *manente matrimonio* la condanna limitata sia da concedere al *socer promissor dotis*.

D. 23.3.84 (Lab. 6 pith. a Paul. epit.): *Si de dote promissa agitur, non oportet in quantum facere potest condemnari eum qui promisit*. PAULUS: *immo quod ad extraneum attinet semper hoc verum est. ceterum si manente adfinitate dotem promissam gener a socero petit, utique in quantum facere potest socer condemnabitur. si dirempto matrimonio petitur, ex causa et persona id tribuendum puto: quid enim si socer specie futurae dotis induxerit generum et cum sciret se praestare dotem non posse, id egerit, ut genero insidiaretur?* [Se si agisce per l'adempimento di una *promissio dotis*, non vi è ragione che imponga che il *promissor* sia condannato *in quantum facere potest*. Paolo: indubbiamente questo (insegnamento) è sempre vero per ciò che attiene all'estraneo. Per ciò che attiene agli altri casi, se il genero chiede la dote promessagli al suocero mentre dura l'*adfinitas* tra loro, sicuramente il suocero sarà condannato *in quantum facere potest*. Se si propone azione quando il matrimonio è disciolto, io ritengo che ciò si debba attribuire *ex causa et persona*. Che dire infatti se il suocero abbia indotto il genero (a sposarsi) con lo specchietto della futura dote e, siccome sapeva di non essere in grado di prestare la dote, abbia fatto in modo da far cadere il genero in un trabocchetto?].

Labeone (età di Augusto) la questione del *promissor dotis* se la è proposta, nei suoi *pithanà*, proprio in termini di questione dibattuta e proponibile, ma, per parte sua, esprime l'avviso che il '*condemnari oportere*' del *promissor* non va limitato al *quantum facere potest*. Opinione indubbiamente negativa, la sua, ma (a guardar bene) non contraria alla *condemnatio* limitata: sembra di capire (ma lo dico con tutte le cautele del caso) che egli, rivolgendosi ai pretori, faccia intendere loro che, se la giurisprudenza non è in grado di fornire loro una direttiva generale, tuttavia essi ben possono, *causa cognita*, trovare i motivi specifici e concreti per la concessione. Due secoli dopo, Paolo, editore di un'epitome dei *pithanà* da lui stesso annotata, approva la soluzione negativa per quel che riguarda l'*extraneus promissor dotis* (e ciò, si noti, malgrado sia intervenuto nel frattempo il *rescriptum divi Pii* a favore del donante), ma denuncia l'esistenza di una soluzione diversa, e ormai consolidata, per quanto riguarda il suocero: '*manente adfinitate*', du-

rante il permanere dell'*adfnitas*, il suocero convenuto dal genero viene condannato nei limiti dell'*id quod facere potest*. Che 'manente *adfnitate*' implichi il ciclo temporale del matrimonio e non oltre, risulta dal testo di Pomponio che abbiamo esaminato prima ('manente matrimonio') ed è confermato, nel nostro frammento, dal periodo che segue, in cui si affronta appunto il quesito del trattamento del suocero '*dirempto matrimonio*', a matrimonio finito, cioè ad *adfnitas* cessata: è chiaro, dunque, che il motivo per cui la giurisprudenza si è indotta a favorire il suocero convenuto dal genero è quello dell'*adfnitas* esistente (*manente matrimonio* e non più dopo) tra i due. Quanto al periodo finale, confesso che in una precedente e lontana occasione mi è parso assolutamente da escludere che esso sia stato scritto da Paolo, sì che ho pensato, indottovi dal '*puto*', all'annotazione marginale di un lettore postclassico. Oggi non mi sento di essere così rigoroso. Pur essendo tuttora convinto che gli indizi di alterazione vi sono e non sono immaginari (sopra tutto per quel che riguarda il puerile caso finale introdotto dal '*quid enim*'), ammetto che Paolo, in un momento però di aberrazione dello stile, abbia scritto il *si dirempto matrimonio — puto*. Da questo periodo non siamo autorizzati peraltro a ritenere che la giurisprudenza classica avallasse la condanna limitata del *socer promissor dotis* anche *soluto matrimonio*. Siamo solo autorizzati a pensare che il punto era discusso (e questo si può capire, se ricordiamo che l'*adfnitas*, pur cessando col matrimonio, aveva alcune caratteristiche di ultrattività, quali, ad esempio, gli impedimenti di nozze tra ex-affini), e siamo autorizzati a ritenere che Paolo se la cavava dicendo, piuttosto ovviamente, che *soluto matrimonio* il pretore (meglio ancora il giudice della *cognitio extra ordinem*) avrebbe potuto fare la concessione, ma previo un esame concreto del caso sottopostogli e del comportamento personale delle parti (perché, forse, è questo che vogliono significare gli ambigui termini '*ex causa et persona*'). In altre parole, l'orientamento di principio della giurisprudenza (Paolo compreso) era, *soluto matrimonio*, per il no alla limitazione della condanna.

D. 42.1.21 (Paul. 6 Plaut.): *Sicut autem cum marito agitur, ita et cum socero, ut non ultra facultates damnetur. an si cum socero ex promissione dotis agatur, in id quod facere potest*

damnandus sit? quod et id aequum esse videtur: sed alio iure utimur, ut et Neratius scribit. [Ma come si agisce (in base alla *actio rei uxoriae*) nei confronti del marito, così (si agisce) nei confronti del suocero, per modo che non sia condannato al di là delle sue facoltà economiche. Forse che, quando si agisce nei confronti del suocero *ex promissione dotis*, (costui) deve essere condannato *in id quod facere potest*? Anche questa è una soluzione ritenuta conforme a equità: ma il diritto vigente è diverso, come scrive anche Nerazio].

Il primo periodo (che possiamo forse attribuire a Plauzio, commentato da Paolo un secolo dopo) è relativo all'*actio rei uxoriae* (aggiungiamo: in sede di *iudicium iudicati*) e prospetta una regola che già conosciamo: l'azione (la quale, è bene ricordarlo, andava esercitata *soluto matrimonio*) comportava la limitazione della condanna all'*id quod reus facere potest* sia che la moglie (o chi per lei) la promuovesse contro il marito, sia che essa la promuovesse contro il padre del marito, cioè contro il suocero. La menzione del suocero convenuto fa scattare in Paolo una domanda: se il suocero convenuto dal marito *ex promissione dotis* (cioè, stavolta, il padre della moglie) debba essere condannato anch'egli *in id quod facere potest*. Malgrado che l'equità porti a rispondere di sì, il diritto vigente (cioè la giurisprudenza dominante) è orientato in senso negativo: e a suo conforto (vedremo poi perché) Paolo rileva che lo scrive anche Nerazio Prisco, il grande giurista di scuola proculiana. Tutto ciò, peraltro, non è detto in assoluto, nel senso cioè che il suocero non possa mai beneficiare della condanna limitata, ma è detto in relazione allo stesso presupposto (dell'*actio rei uxoriae* contro il suocero) che ha occasionato la domanda: in relazione al presupposto che l'azione sia esercitata dopo lo scioglimento del matrimonio. Paolo, dunque, non si contraddice, anzi implicitamente conferma quel che ha scritto commentando Labeone: che, se l'*actio ex promissione dotis* viene promossa e coltivata *manente adfnitate* (cioè *manente matrimonio*), il suocero ha certamente diritto alla condanna limitata.

D. 24.3.17 (Paul. 7 Sab.) pr.: *Ex diverso si socer ex promissione a marito conveniatur, solet quaeri, an idem ei honor habendus sit: Neratius libris membranarum et Proculus scribunt hoc*

iustum esse. 1. *Item si mulier ex promissione conveniatur, magis placuit defendendam esse per exceptionem: idem et Proculus ait: sicuti cum socia fuit, dabitur ei exceptio, quamvis iure civili sit obligata*. [Per converso, se il suocero sia convenuto dal marito *ex promissione (dotis)*, si suol fare la questione se gli si debba attribuire lo stesso favore: Nerazio nei *libri membranarum* e Proculo scrivono che ciò risponde a giustizia. Del pari, se la donna sia convenuta (dal marito) *ex promissione dotis*, è prevalsa l'opinione che (essa) debba essere tutelata per mezzo di *exceptio*: lo stesso ha sostenuto anche Proculo: poiché essa è stata come socia (del marito), le si darà l'*exceptio* malgrado che sia obbligata *iure civili*].

Il passo, stando alla palingenesi del Lenel, è estratto dal libro del commentario *ad Sabinum* in cui Paolo si occupava della restituzione della dote dopo lo scioglimento del matrimonio e si collega con tutta evidenza all'altro passaggio paolino che è riportato in D. 24.3.15.1-2: 'anche al suocero contro cui la nuora agisce con l'*actio rei uxoriae* è riconosciuto lo stesso favore (riconosciuto al marito), di essere condannato *in id quod facere potest*'. Ci troviamo perciò davanti allo stesso presupposto che abbiamo identificato nella lettura del passo di Paolo a Plauzio: azioni esercitate *soluti matrimonio*. Paolo, dunque, non mette nemmeno in discussione, anche nel commentario *ad Sabinum*, che al suocero convenuto *ex promissione dotis*, ed a maggior ragione alla moglie, si debba il favore della condanna limitata ove l'azione del marito sia esercitata *manente matrimonio*. Quanto alla soluzione del caso del suocero (e della moglie) contro cui il marito agisca *soluti matrimonio*, Paolo è più diffuso nel commento *ad Sabinum* che in quello *ad Plautium*, ma le sue dichiarazioni hanno evidentemente sofferto dell'intervento involontariamente deformante di qualcuno che ha voluto sintetizzare un discorso che, ai fini dell'utilizzazione postclassica del testo, era ritenuto troppo lungo.

Il *principium* (relativo al problema del suocero) più che altro deve essere stato mutilato delle considerazioni finali: vi si ritrova Nerazio, con la citazione dell'opera (i *libri membranarum*) in cui si è espresso in argomento, e vi si incontra Proculo (predecessore di Nerazio, ma qui citato dopo di lui molto pro-

tabilmente perché Paolo le opinioni di Proculo non le ha attinte alla fonte, ma le ha desunte dai *libri membranarum*); vi si apprende che Proculo e Nerazio erano tra quelli che trovavano *iustum* estendere al suocero l'*honor* della condanna limitata anche dopo lo scioglimento del matrimonio; non vi si legge invece che l'opinione prevalente, e a dir così vigente ('*sed alio iure utimur*'), era, per riconoscimento dello stesso Nerazio, quella della non estensione dell'*honor*. In astratto potrebbe anche sostenersi che interpolato sia il frammento a Plauzio nella dichiarazione '*ut et Neratius scribit*'; ma a chi poteva importare, in concreto, di citare falsamente Nerazio a sostegno di un'opinione esattamente opposta a quella espressa da Nerazio nei *libri membranarum*? Mi sembra chiaro, invece, a lume di buon senso, che il grande sostenitore della condanna limitata del suocero *soluti matrimonio* sia stato Proculo e che Nerazio abbia riferiti senza risparmio i ragionamenti del suo maestro, li abbia vivamente apprezzati sul piano astratto, ma abbia realisticamente concluso che un valido appiglio analogico per giungere a quelle conclusioni era purtroppo mancante, visto che l'*ad finitas* cessa con lo scioglimento del matrimonio.

Passiamo allora al paragrafo successivo (relativo al problema della moglie). Non ci vuol molto a rendersi conto che Proculo, nel proporre la condanna limitata della moglie *soluti matrimonio*, deve essere stato ancora più eloquente che in ordine al problema del suocero e deve aver particolarmente insistito sul tema della *societas vitae* tra moglie e marito, ma qui il parafraste postclassico è intervenuto con mano pesante e facilmente riconoscibile. E infatti non è vero che anche ('*item*') per la moglie *magis placuit* alla giurisprudenza che fosse da concederle la condanna limitata *soluti matrimonio*, perché sappiamo che al suocero la condanna limitata non era invece riconosciuta: può credersi senza difficoltà solo che Paolo abbia riferito che Nerazio e Proculo ritenevano giusta la concessione anche (e sopra tutto) per la moglie. Quanto a Proculo, è molto difficile che egli abbia qualificato '*exceptio*' la *taxatio in id quod reus facere potest* in un secolo in cui la *cognitio extra ordinem* non si era ancora saldamente affermata: per Paolo passi la prima '*exceptio*', che può essere sua, ma la frase finale è attribuita testualmente a

Procuro. Quando è così, l'ipotesi dell'alterazione postclassica è fra tutte la più plausibile e l'insegnamento di Paolo in ordine alla *mulier*, allo stato delle fonti, non si può dire quale sia precisamente stato.

A puro titolo di ipotesi, io penso che Paolo, se è stato (come è sicuro) negativo in ordine al caso del suocero, deve esserlo stato, in obbedienza al motivo analogico dell'*ad finitas*, anche in ordine al caso della moglie. E voglio aggiungere, per puro scrupolo di obbiettività, che (fermo restando che il passo è guasto) vi è forse modo di spiegarsi anche perché Procuro e Paolo abbiano veramente parlato di '*exceptio*'. Non perché la *taxatio*, sopra tutto agli occhi di Procuro, fosse una eccezione in senso tecnico, ma perché (si rifletta), quando il marito agiva *ex promissione dotis* contro la moglie a matrimonio disciolto, la moglie poteva eccipirgli che egli era a sua volta debitore nei suoi confronti (e solo nei suoi confronti, anche se per lei agiva il *pater* o chiunque altro) della *res uxoria*: dunque (opponeva giustamente la moglie al marito) prima si accerti il *quantum* di dote da restituire alla moglie in sede di *actio rei uxoriae* e poi si esiga la promessa di dote, nei limiti del residuo ancora da pagare al marito, in sede di *actio ex stipulatu* (il che si desume anche da un testo di Ulpiano in D. 24.3.28). Anche se priva della *taxatio*, la moglie convenuta *ex promissione* era, insomma, sempre coperta dall'*exceptio*. E questo spiega altresì perché il caso della moglie risulti meno discusso nelle fonti del caso del suocero.

14. I 'PARENTES' E I 'PATRONI'.

Le analisi dei testi relativi alla tormentata questione del *promissor dotis* sono state utili, io penso, anche per mettere in luce con quanta cautela ed attraverso quali discussioni la giurisprudenza romana preclassica e classica fece uso dello strumento dell'integrazione analogica.

E' un dato che spesso, ma a torto, dimentichiamo, col risultato di attribuire del tutto fantasiosamente a quella giurisprudenza innovazioni arbitrarie che essa, essendo coscientemente e responsabilmente vincolata ai canoni dell'analogia, non aveva la possibilità e la volontà di fare. Come spesso cadiamo in errore

nell'attribuire ad interpolazioni postclassiche o giustinianee tutte quelle enunciazioni della giurisprudenza preclassica e classica che non ci sembrano (e talvolta veramente non sono) coerenti con la logica astratta, così, e altrettanto spesso, almeno a mio avviso, veniamo meno alle nostre responsabilità di storiografi del diritto allorché quelle enunciazioni le mettiamo affrettatamente sul conto della giurisprudenza preclassica e classica e del suo 'estro' creativo, senza sforzarci di indagare più a fondo quali siano e possano essere stati gli agganci concreti, storicamente identificabili, ai quali la giurisprudenza si sia persuasivamente collegata.

Queste riflessioni mi trattengono, in ordine alla fattispecie dei *parentes* e dei *patroni* (altra fattispecie non 'da provvedimento'), dal seguire la dottrina corrente, la quale ne attribuisce l'introduzione alla giurisprudenza della fine del sec. I a.C. o degli inizi del sec. I d.C. I contorni della fattispecie non sollevano molti dubbi, ma sta in fatto che gli autori che ce ne parlano sono esclusivamente Paolo e Ulpiano, con in più un passo delle Istituzioni giustinianee (I. 4.6.38), che il Ferrini ritiene (dubitosamente) ricalcato, ma senza validi argomenti, sulle Istituzioni di Gaio. Il *pater* (e più in generale il *parens*) viene condannato *in id quod facere potest*, se convenuto in giudizio dai suoi *liberi*, cioè dai suoi discendenti divenuti (sopra tutto per effetto di *emancipatio sui iuris*); parallelamente, il *patronus* (e per estensione i figli di lui che ne abbiano ereditato il diritto di patronato) viene condannato *in id quod facere potest*, se convenuto in giudizio dai suoi *liberti*, cioè dai suoi schiavi divenuti *sui iuris* per effetto di *manumissio*.

Non v'è dubbio che la radice prima di queste agevolazioni sia costituita per il *parens* dalla *pietas* che i figli sono tenuti (anche se ormai *sui iuris*) a nutrire per lui, per il *patronus* dall'*obsequium* o *reverentia* che i *liberti* sono tenuti (per essere stati fatti '*novi homines*' da lui) a portargli (e a portare a colui o a coloro che gli sono subentrati nel patronato). Non vi è dubbio che questi motivi risalgano all'epoca che sta a cavallo tra l'era avanti Cristo e quella volgare. Ma bisogna tener presente che le specifiche regole giuridiche da essi determinate in quei tempi si collegano, quanto al processo formulare, a specifici ed espliciti interventi pretorî oppure a specifiche deduzioni giurisprudenziali

da quegli interventi. Proprio perché, stranamente, Paolo e Ulpiano (pur, quest'ultimo, nel suo commentario *ad edictum*) nulla ci dicono al riguardo, dobbiamo ritenere, allo stato delle nostre informazioni, che assai difficilmente la *condemnatio* limitata di *parentes* e *patroni* abbia fatto parte del complesso di regole edittali (e, in connessione analogica, giurisprudenziali) venute in essere già allora: per esempio, il divieto di citare il padre (e la madre) senza previa autorizzazione del magistrato, il divieto di esercitare azioni infamanti nei confronti del *parens*, l'esenzione del *parens* e del *patronus* dal *iuramentum calumniae*, e via dicendo.

Lo spunto specifico che ha dato adito alla *condemnatio* limitata di *parentes* e *patroni* io lo vedo perciò, sino a prova contraria, nel *rescriptum divi Pii* sul donante e nel motivo da esso introdotto della gratitudine dovuta al beneficiante da chi ne è stato beneficiato.

Per rendercene meglio conto, cominciamo col fare tre precisazioni: che *parens* sembra indicare, nei nostri testi, il solo ascendente in linea maschile (ecco perché talvolta si parla di *pater*), cioè essenzialmente colui che (padre, nonno, bisavolo), essendo titolare della *patria potestas* su un individuo (figlio, nipote, pronipote), lo ha reso *liber* dalla stessa, e nel contempo *sui iuris*, mediante *emancipatio*; che *parens* e *patronus* vengono, nei testi che riguardano il nostro argomento, solitamente abbinati; che, nell'abbinamento dei due termini, la menzione del *patronus* suole seguire e non precedere quella del *parens*. Ora, se la *manumissio* del *servus* (anche se spesso, per parlarci chiaro, era una sorta di corrispettivo per le sue prestazioni o per la requisizione del suo *peculium servile*) fu considerata da sempre un atto di generosità verso lo schiavo (il quale acquistava la *libertas*, anzi, di regola, libertà e cittadinanza romana), così non fu, almeno inizialmente, per l'*emancipatio*, la quale rendeva *sui iuris* il figlio, ma (lo abbiamo visto) privandolo delle aspettative successorie e mettendolo povero e sprovveduto davanti alla vita. La *emancipatio* divenne progressivamente un reale beneficio per il *filius* solo dopo l'introduzione della *bonorum possessio contra tabulas* e *unde liberi*, solo dopo l'attribuzione a lui del suo *peculium castrense* e, più in generale (ma con regole, in età classica, più sfumate), di quanto altro il padre (o la madre, o terze persone) gli avessero messo a

disposizione durante lo stato di soggezione a *potestas*, solo dopo la concessione a lui della *condemnatio* limitata di cui sappiamo, insomma solo dopo un processo storico che occupò quanto meno il sec. I d.C., se non anche il secolo successivo. Se solo nel sec. II d.C. si poté seriamente parlare di un dovere sociale di gratitudine (non più e solo di generica *pietas*) dell'*emancipatus* verso il *parens manumissor*, il rescritto di Antonino Pio torna incomparabilmente a puntino per spiegare l'impulso cui obbedì la giurisprudenza successiva nel riconoscere al *parens* l'agevolazione della condanna *in id quod facere potest* nei confronti del *liber* che lo avesse chiamato in giudizio.

E poiché il caso del *patronus* (nei confronti del *libertus*) viene abbinato a quello del *parens* e spesso posposto ad esso, è congettura sensata (mai mi stancherò di ripeterlo: 'allo stato degli atti') che la giurisprudenza dell'avanzato sec. II d.C., fino ad arrivare ad Ulpiano ed a Paolo, si sia finalmente risolta a dar sbocco di limitazione della condanna del patrono a quella che doveva essere la gratitudine del liberto verso di lui soltanto quando, indottasi a favorire il *parens*, si rese conto che sarebbe stato inconseguente non favorire similmente il *patronus*.

15. IL 'MILES'.

Resta l'ultima fattispecie di *condemnatio* limitata di cui ci parlano le fonti romane: quella del *miles*. Una fattispecie di cui il titolo 42.1 dei Digesti (cioè il titolo '*de re iudicata*') parla, a voler essere esatti, due volte, nel fr. 6 pr. e nel fr. 18, ma ambo le volte riportando, praticamente con le stesse parole, un brano attribuito al commentario edittale di Ulpiano nel libro 66 *ad edictum*, dedicato appunto alla materia della *res iudicata*. La testimonianza della fattispecie, insomma, è unica e sarà bene tenerla sin dal principio sott'occhio.

D. 42.1.6 pr. (Ulp. 66 ed.): *Miles, qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus eatenus qua(tenus) facere potest cogitur solvere*. [Il *miles*, che guadagnò paghe sotto la *militia armata*, condannato, è costretto a pagare in quel tanto per quanto *facere potest*].

Pur condannato *in solidum*, nell'integrità del suo debito, quan-

do si passa all'*actio iudicati* il *miles* viene 'costretto a pagare' (cioè condannato in linea definitiva), quale che sia il creditore agente, nei limiti dell'*id quod facere potest*. Ma quale *miles*? Quello che ha servito (*stipendia meruit*) nella *militia armata*. Siccome il servizio militare, la *militia*, ebbe qualifica di *militia 'armata'* solo in età postclassica, quando anche il servizio nella burocrazia civile venne denominato *militia* (o *militia palatina*), è stato detto dal Mommsen che il termine '*armata*' è interpolato. Ma, a prescindere da altre considerazioni su cui sorvolo, non è possibile che Ulpiano abbia scritto ai suoi tempi che il *miles* si è guadagnato i suoi *stipendia 'sub militia'*, perché non si vede in quale altro modo egli abbia potuto meritarsi gli '*stipendia*', che sono appunto il soldo militare.

Queste (ed altre) osservazioni da me fatte parecchi anni fa hanno indotto il Litewski a tagliare la testa al toro, dichiarando interpolata tutta la relativa '*qui — meruit*'. A tutta prima, la congettura può sembrare felice. Infatti, se ammettiamo che Ulpiano abbia scritto puramente e semplicemente '*miles ... condemnatus rell.*', ne segue che egli avrebbe con ciò fatto riferimento a chi viene citato con l'*actio iudicati* mentre si trova sotto le armi (cioè quando i suoi *stipendia* li '*meret*'), volendo evidentemente intendere che il militare in servizio attivo deve essere condannato *in id quod facere potest*, per non essere sottoposto ad esecuzione e non essere sottratto all'esercito, salvo ad essere citato per il residuo il giorno dopo il congedo. Con il glossema '*qui — meruit*' le cose sarebbero state invece inconsultamente distorte, perché il '*meruit*' o fa pensare al veterano (cioè al *miles* che non è più in servizio), oppure, e più probabilmente, fa pensare al militare (in servizio o congedato) che sia citato per debiti contratti durante il suo servizio (o magari, come taluno ha supposto, durante le campagne di guerra, vale a dire '*in expeditione*').

Tuttavia riflettiamo meglio. Quando ben bene si elimina la proposizione relativa, rimane il '*cogitur solvere*' (nei limiti dell'*id quod facere potest*) del *miles condemnatus* al pagamento del *solidum*. Ma Ulpiano, o qualunque altro giurista classico, o avrebbe detto che il *miles* va 'condannato' nell'*id quod facere potest*, oppure avrebbe scritto, come in altri casi che già conosciamo, che egli '*convenitur*' o che contro di lui '*agitur*' per la condanna

limitata. '*Cogitur solvere*' (nel senso di '*condemnatur*') non è modo plausibile di esprimersi, perché non sta ad indicare la condanna (in sede di *actio iudicati*) che apre le porte all'esecuzione, ma addirittura l'esecuzione coattiva. In altri termini, la frase che D. 42.1.6 pr. e 18 attribuiscono ad Ulpiano è tutta della stessa mano (la mano, si aggiunga, di un redattore tra l'inesperto e il trascurato) e la presenza di '*armata*' invita a supporre che la redazione non sia di Ulpiano, ma di un annotatore di parecchio posteriore a lui. Quanto al senso del periodo, non è difficile, sulla base di queste premesse, afferrarlo. 'Il militare, se ed in quanto abbia finora servito onorevolmente nell'esercito, una volta che sia condannato al *solidum* in sede di processo ordinario, viene tenuto a pagare, rivolgendosi alla *cognitio extra ordinem* imperiale, nei limiti dell'*id quod facere potest*'.

Questa la mia interpretazione di un testo, mal redatto, che nego possa essere stato scritto da Ulpiano. Ma se anche il testo fosse redatto in modo più acconcio e dicesse che anche al *miles* spetta la *condemnatio* limitata, avrei fortissimi dubbi sulla genuinità della dichiarazione. Tanto più avrei fortissimi dubbi, se il testo ulpiano fosse da interpretare nel senso, difeso dalla *communis opinio*, che il *miles* goda della condanna limitata per tutta la vita, purché si tratti di debiti sorti mentre era in servizio. Le mie ragioni sono, in breve, queste.

Che l'istituto possa essere stato introdotto da un provvedimento (una clausola edittale, una legge, una costituzione imperiale), è certamente possibile, ma probabile non è, perché le fonti del sec. II e III d.C., attentissime a segnalare i privilegi dei militari, ci avrebbero parlato anche di questa agevolazione, né Giustiniano (che in altri ben noti casi non lo ha fatto) avrebbe cancellato le notizie relative. Chi arriva, come il Litewski, ad ipotizzare un provvedimento tanto lontano nel tempo (per esempio, dell'epoca di Caio Mario) che la giurisprudenza severiana non sapesse più quale fosse, davvero non ha stima della giurisprudenza romana e di noi stessi. Messa da un canto l'ipotesi del provvedimento, è stata avanzata quella della '*prassi*', della genesi dell'istituto dal comportamento usuale del pretore o dalla giurisprudenza. Ma il comportamento del pretore a favore dei *milites*, se fosse stato generalizzato, si sarebbe tradotto in un editto, di cui non abbiamo

traccia, e, quanto alla giurisprudenza, abbiamo visto dianzi (a proposito delle altre fattispecie non da provvedimento) con quanta cautela essa lavorava di analogia. Quale spunto analogico di altri casi può essere invocato a favore della pretesa limitazione di condanna del *miles*? Il militare come *socius*, come *maritus*, come *donator* nei riguardi dei suoi concittadini? La gratitudine dovuta dai cittadini romani al difensore della patria?

I sostenitori della *condemnatio* limitata del *miles* fanno particolarmente leva, a giustificazione della fattispecie, sul convergente interesse del *miles* stesso e dello stato a che il *miles* fosse posto in condizione da sottrarsi all'esecuzione, sopra tutto a quella personale. Ma è proprio su questo versante che il preteso beneficio del *miles* rivela la sua piena inattendibilità.

Cominciamo col dire che, se voleva sottrarsi all'*infamia* susseguente all'esecuzione patrimoniale, il *miles* non aveva che a fare la *bonorum cessio* a favore dei suoi creditori, con gli effetti (anche di limitazione delle successive condanne) che ben conosciamo. Aggiungiamo, se pure è necessario, che l'esecuzione personale contro un *miles*, sinché fosse inquadrato nell'esercito, è una ipotesi fuori della realtà. Veniamo quindi al nocciolo pratico del problema. Dato che il *miles* (stando a quanto si desume dal preteso testo di Ulpiano) il suo beneficio non lo godeva verso determinati creditori e in ordine a determinate ragioni di credito, ma lo godeva verso tutti i suoi creditori per qualsivoglia ragione di credito, si domanda chi mai gli avrebbe aperto credito, con il rischio di esporsi, per poco che il *miles* avesse altri debiti e solo quelli riuscisse a pagare, di fronte ad un '*nihil facere posse*' con relativa condanna a un simbolico *nummus unus* (anzi, secondo la *communis opinio*, che peraltro a suo tempo contrasteremo, addirittura con relativa sentenza di assoluzione).

Non dubito che i *milites* romani, sapendo di essere così intensamente e indiscriminatamente tutelati dal beneficio della condanna limitata, sarebbero andati allegramente a caccia di mutui e di altri crediti, spendendosi diligentemente tutto e rinviando le note tristi dell'esecuzione a dopo che fossero stati congedati (anzi, secondo la *communis opinio*, che peraltro poco fa abbiamo contrastato, addirittura a mai). Sono certo però che le persone con un minimo di ragionevolezza mai e poi mai, prevedendo tutto

ciò, avrebbero fatto credito ad un militare. E ancora più certo mi permetto di essere dell'assoluta inammissibilità che i giuriconsulti romani, i quali non erano gente da tavolino, abbiano escogitato, sulla base di improbabili analogie, la *condemnatio* limitata del *miles* nei confronti di tutti i suoi creditori. L'unico modo per spiegare la stupefacente fattispecie del militare è di supporre che essa sia scaturita, a titolo di constatazione di una prassi lassista della *cognitio extra ordinem* dell'impero assoluto, in un'epoca cioè che fortemente privilegiava per note ragioni il baluardo dell'esercito, dalla nota marginale di un lettore del commentario editale di Ulpiano.

III.

IL REGIME

16. QUADRO GENERALE.

Nelle pagine precedenti, il lavoro svolto sui testi per la identificazione delle fattispecie di *condemnatio in id quod facere potest* ci ha posti in condizione di verificare, come si usa dire, da vicino il vario modo processuale (*taxatio, praescriptio pro actore*, ricorso alla *cognitio imperiale*) in cui si raggiungeva il fine della limitazione della condanna. Abbiamo pure visto che, almeno in ordine al diritto preclassico e classico (ma, in buona sostanza, anche nel diritto delle età successive), non è configurabile un istituto unitario della limitazione della condanna, ma sono ravvisabili singole fattispecie, delle quali talune trovano la loro giustificazione storica nei provvedimenti che le hanno introdotte, talaltre (quelle che abbiamo chiamato le fattispecie giurisprudenziali) trovano la loro giustificazione nell'analogia con l'una o l'altra tra le fattispecie 'da provvedimento'. Abbiamo accertato, infine, che le nostre fattispecie non importavano, di per sé, mai deroga al principio fondamentale che le obbligazioni vanno soddisfatte per intero, perché il creditore-attore era libero di agire per il residuo dopo la condanna del debitore-convenuto al *quantum facere potest*.

Passiamo ora a vedere se, pur nella diversità delle fattispecie o dei gruppi di fattispecie, si sono formati nella giurisprudenza romana, e quando, degli orientamenti comuni, o per lo meno dei problemi comuni (sia pur diversamente risolti a seconda delle

fattispecie, dei giuristi e delle epoche) in ordine ai presupposti della concessione e in ordine all'oggetto della *condemnatio*, costituito sempre dall'*id quod reus facere potest*.

Per ciò che attiene ai presupposti della concessione (meglio dovremmo dire: delle varie concessioni), a parte l'ovvia limitazione della riduzione di condanna alle sole azioni cd. *in personam*, relative cioè a diritti di credito, due punti di coincidenza tra tutte le fattispecie possono e debbono essere segnalati.

In primo luogo, la concessione (se si esclude l'ambigua, e anche perciò discutibile, fattispecie del *miles condemnatus*) non risulta mai fatta in ordine ad *obligationes ex delicto*, ma appare fatta solo in ordine ad obbligazioni *ex contractu* in senso lato, cioè in ordine ad obbligazioni da atto lecito. Dedurne l'esistenza di una regola dell'inapplicabilità della *condemnatio* limitata alle obbligazioni da atto illecito (come è stato fatto) è altrettanto poco sensato che segnalare la mancanza di una formulazione esplicita di quella regola (come pure, da altri, è stato fatto), significa cioè ragionare in termini antistorici di '*beneficium competentiae*'. E' opportuno invece segnalare la coincidenza, perché da essa scaturisce, se non erro, il rilievo di un orientamento generale a considerare la limitazione della condanna come un'agevolazione che il debitore-convenuto meritava non solo per i rapporti con il creditore-attore entro cui si inquadrava il suo debito, ma anche per la radice di liceità del debito stesso. D'altra parte, se si guarda appena un poco più a fondo, si ricorderà che nelle fattispecie del fallito e del *bonis cedens* non esistevano, per quel che risulta dalle fonti, preclusioni per i debiti *ex ante gesto* derivanti da delitto: debiti peraltro, se così si può dire, 'purificati' (o sterilizzati) dal passaggio attraverso il filtro dell'esecuzione concorsuale e della *bonorum cessio*.

Quanto al secondo punto di coincidenza da segnalare, esso sta nel carattere personale della concessione, inestensibile a persone diverse (sul piano del diritto materiale) dal concessionario e intrasmissibile agli eredi. Le fonti sottolineano questa caratteristica in ordine a due fattispecie soltanto, quella del *socius* e quella del *maritus* convenuto con l'*actio rei uxoriae*, ma può ragionevolmente credersi che ciò sia essenzialmente perché si tratta delle fattispecie (ambidue edittali) delle cui trattazioni, ad opera della

giurisprudenza, è rimasta maggiormente traccia nella compilazione giustiniana. Non si vede, sino a prova contraria, perché non dovessero avere o potessero non avere lo stesso carattere le altre fattispecie.

Ma questi son punti, in certo senso, di secondaria importanza. Di maggiore rilievo è, ai nostri fini, l'analisi dell'oggetto della *condemnatio*: l' *id quod reus facere potest*. Le domande che in ordine ad esso dobbiamo proporci sono le seguenti: che cosa si intendesse (e in relazione a quale momento), per *'facere posse'*; se (e in quali fattispecie e per quali ragioni) il calcolo del *'facere posse'* dovesse essere fatto sul patrimonio netto (depurato dal passivo), anziché sul patrimonio lordo, del debitore; se (e in quali fattispecie e per quali ragioni) il *nihil facere posse* implicasse assoluzione, anziché condanna del convenuto; se (e in quali fattispecie e per quali ragioni) il debitore potesse invocare una *'deductio ne egeat'* a proprio favore.

Solo a seguito di queste analisi saremo in grado di avere un quadro completo, pur se non unitario, della storia della *condemnatio in id quod reus facere potest* a Roma.

17. IL *'FACERE POSSE'*.

In *'facere posse'* il *'facere'* ha un suo significato, che deve essere adeguatamente inteso.

E' fuor di dubbio che la condanna dell'*iudex privatus* dovesse sfociare nella determinazione di una somma di danaro, ma ai fini della determinazione di questa somma il giudice non doveva tener conto solo del *quantum* di danaro che il convenuto fosse già in grado effettivamente di dare, ma doveva tener conto anche del *quantum* pecuniario che egli fosse in grado di *'realizzare'* con una certa facilità per poter soddisfare (*satisfacere*) al massimo il creditore-attore. Pertanto la condanna era formulata sulla base non della situazione di cassa, ma della c.d. situazione di competenza del patrimonio del convenuto al momento della sentenza.

Le applicazioni di questa logica interpretazione del *'facere'* non si incontrano in gran numero nelle fonti, ma ciò è solo, a mio avviso, per la loro ovvietà. Comunque un testo di Cervidio

Scevola (2 *quaest.*, D. 24.3.43), in tema di *actio rei uxoriae*, parla chiaro: non solo i beni reali sono da destinare (attraverso la vendita a terzi) al soddisfacimento del creditore, ma anche i crediti che il convenuto vanta verso altre persone. Persino i crediti verso la moglie attrice, aggiunge Ulpiano (1 *inst.*, D. 24.3.28), purché non siano sottoposti a condizione. E dal canto nostro possiamo trarne, sempre a mio avviso, la conseguenza che anche i crediti a termine, essendo anch'essi sul momento inesigibili, sfuggivano al calcolo del *facere potest*.

Viceversa il *facere posse* doveva ricomprendere, per motivi di equità ricorrenti non solo in questa materia, anche ciò che il convenuto avesse intenzionalmente, non per mera negligenza (*dolo non culpa*), perduto, in modo da essere (o figurare di essere) meno capace di soddisfare il suo creditore (*'quod dolo desinit possidere'*: Ulp. 31 *ed.*, D. 17.2.63.7). Se il convenuto aveva dolosamente evitato, a questo scopo, di conseguire un arricchimento, la soluzione prevalente, per ragioni essenzialmente pratiche, era però l'opposta (Gai 12 *ed. prov.*, D. 17.2.68.1).

A quale momento doveva riferirsi la valutazione del giudice: a quello della *litis contestatio* o a quello della sentenza? Evidentemente al primo, se è vero che la limitazione della *condemnatio* (*'dumtaxat in id quod facere potest'*) era espressa al tempo presente, coevo a quello della *litis contestatio*, e non al tempo futuro (*'poterit'*), coevo a quello della condanna giudiziale. La regola non valeva per l'*actio rei uxoriae*, in cui il calcolo del *facere posse* era conglobato nella determinazione del *'quod melius aequius erit'* (al momento della sentenza: cfr. Paul. 7 *Sab.*, D. 24.3.15 pr.) e analogamente non si applicava rigidamente in sede di *actio pro socio*, che era *iudicium bonae fidei* e conferiva al giudice ampi poteri discrezionali (Ulp. 31 *ed.*, D. 17.2.63.6); ma non si vede perché dovesse restare inapplicata fuori dei *iudicia bonae fidei*, come invece è stato da qualcuno sostenuto. Tuttavia non dobbiamo figurarci i Romani più formalisti del ragionevole. Giusto, ad esempio, che i crediti condizionali e anche quelli a termine fossero, in linea di principio, esclusi dal *facere posse*, a causa della loro inesigibilità al momento della *litis contestatio*; ma è anche logico supporre che essi venissero

invece presi in considerazione se la condizione si avverasse o il termine venisse a scadenza prima della *sententia* di condanna.

Il fatto è che il calcolo dell'*id quod reus facere potest* non si svolgeva secondo criteri astratti messi rigorosamente in opera dall'*iudex privatus*, ma risultava da una battaglia processuale tra attore e convenuto, della quale il giudice, tenuto a giudicare *iuxta alligata et probata*, era e dovèva essere solo l'accorto arbitro. Nella fase *apud iudicem*, spettava certo al convenuto esordire, indicando ciò che egli fosse in grado di *facere*: ed è umano che, il più delle volte, egli tendesse a minimizzare. A questo punto l'attore si ingegnava, ovviamente, a provare che il convenuto potesse *facere* di più (o avesse dolosamente ridotto il suo patrimonio), e il convenuto, ovviamente, si ingegnava a sua volta ad arginare la prova: il tutto in un clima che non poteva non essere, nove volte su dieci, se non di approssimazione. Per potersi ottenere un calcolo esatto e completo, ci sarebbe voluto che il giudice, con poteri che (almeno in sede di *cognitio* ordinaria) egli assolutamente non aveva, procedesse ad un vero e proprio inventario dei cespiti attivi (in beni reali e in crediti) del convenuto, in guisa analoga a quel che faceva nella procedura concorsuale il *curator bonorum*, investito specificamente dal pretore di questo potere di invasione nel patrimonio del fallito. Ma è semplicemente assurdo pensare che, ai fini di una *condemnatio in id quod reus facere potest*, si arrivasse, per di più in una normale fase procedurale *apud iudicem*, a questi estremi.

18. LA 'DEDUCTIO AERIS ALIENI'.

Tenuto a subire una condanna nell'*id quod facere potest*, è pensabile ed è perfettamente spiegabile che il convenuto non solo cercasse, come ho detto, di minimizzare (nei capi e nelle valutazioni) i suoi cespiti patrimoniali, ma presentasse a controparte e a giudice la lista dei suoi debiti (il cd. '*aes alienum*', il danaro spettante ad altri) impetrando la deduzione dei valori relativi (la *deductio aeris alieni*) ai fini del calcolo del *facere posse*. Posto, ad esempio, che il suo attivo patrimoniale (il suo lordo) fosse di 1000, ma i suoi debiti non beneficiati dalla condanna *in id quod facere potest* ammontassero a 900, egli, pur essendo

condannato a pagare nei limiti dei 1000 del suo attivo il debito supplementare di 2000 nei confronti del socio (o della moglie, o del *patronus* e via dicendo), si sarebbe trovato egualmente esposto alla esecuzione personale e patrimoniale il giorno in cui contro di lui avessero proceduto i creditori dei 900 non beneficiati. E gli esempi si potrebbero moltiplicare.

Il problema era grosso, e lo divenne a maggior ragione quando il *rescriptum* di Antonino Pio statuì che il donante dovesse essere condannato nei limiti del *facere posse* di fronte al donatario che gli chiedesse l'adempimento della donazione promessa. Poteva infatti succedere che il donatario, prevenendo gli altri creditori del donante, riuscisse a farsi pagare (nel tutto o in parte), ma contrastando i motivi di fondo della costituzione, i quali erano, con tutta evidenza, che il donante non dovesse subire l'esecuzione forzata per causa, sia pure indiretta, del suo beneficiario. Si comprende facilmente, quindi, che la questione della *deductio aeris alieni* possa essere stata trattata, ed anche senza risparmio, dalla giurisprudenza successiva ad Antonino Pio, tanto più che essa si collegava con un'altra interessante questione (questa volta nell'interesse dell'attore, non del convenuto): posto che i creditori con diritto al solo *id quod reus facere potest* siano più d'uno, e lo siano '*ex simili causa*', cioè per lo stesso titolo (per esempio, più figli, più liberti, più soci), il loro sacrificio, di fronte ad un debitore che *facere non potest* nei confronti della somma dei loro crediti, deve essere ripartito fra tutti (o meglio, proporzionato in modo uguale al *solidum* preteso da ciascuno), oppure no?

Ragioniamo. Quanto alla questione della *deductio aeris alieni*, mettendo a parte il caso tutto speciale del donante, è ben vero che, se la *deductio* non si opera, se non si sottrae dall'attivo tutto quanto il *reus* deve ad altri, l'agevolazione della condanna *in id quod facere potest* può anche non giovare, in definitiva, a niente. Ma bisogna porsi anche nelle vesti del creditore: il quale, salvo che non sia donatario, il proprio credito lo basa su un sacrificio patrimoniale che ha fatto a favore del debitore e quindi può, sì, essere costretto ad accontentarsi di prendere dal patrimonio del debitore-convenuto solo quello che c'è, rinunciando all'esecuzione forzata, ma non può essere posto in coda a tutti gli altri creditori per prendere, se ne avanzano, solo le briciole

del patrimonio del debitore-convenuto. Oltre tutto, a voler essere pratici (dimensione indispensabile nello studio dei problemi giuridici), chi avrebbe mai fatto credito ad una persona nei suoi confronti 'beneficiata', se questa fosse stata la prospettiva, addirittura squallida, della sua operazione economica? Quanto all'altra questione (quella dei creditori *ex simili causa*), è chiaro che per poter dividere il *facere posse* del debitore tra tutti, o per poter proporzionare l'ammontare delle disponibilità del debitore al *solidum* vantato da ciascuno, ci sarebbe voluto un loro litisconsorzio necessario (che tutti cioè fossero tenuti ad agire insieme contro il debitore beneficiato), mentre di questo litisconsorzio non esiste traccia nelle fonti e per di più ciascuno di essi (a prescindere dalle eventuali scadenze diverse dei vari crediti) aveva ovviamente il diritto e l'interesse di muoversi processualmente contro il debitore nel momento che gli parese più opportuno. E' chiaro, insomma, che tra essi altra legge non poteva aver vigore, se non quella (comune a tutti i creditori) del primo arrivato.

Queste risposte si leggono tali e quali in vari testi di Paolo e di Ulpiano che trattano dell'argomento. Non sono tutti frammenti immuni da sospetti, ma le alterazioni di essi, ove vi sono state, hanno avuto solo carattere formale, non sostanziale, e tanto meno innovativo. Il diritto classico e quello postclassico sono stati sul tema conformi. Valga per tutti la lettura di un testo di Paolo (6 *Plaut.*, D. 42.1.19.1), chiarissimo, in cui si legge che anche il donante '*convenitur in id quod facere potest, aggiungendosi et quidem is solus deducto aere alieno*' (solo il donante ha dunque diritto alla *deductio aeris alieni*), e aggiungendosi altresì che tra coloro che sono creditori *ex simili causa*, il credito di chi primo mette mano sul debitore e sul suo patrimonio prevale sugli altri ('*occupantis potior erit causa*'). Lo stesso Paolo (6 *Plaut.*, D. 42.1.19 pr.) aveva precedentemente escluso che la *deductio aeris alieni* si applicasse anche a favore di *parentes* e *patroni*, la cui agevolazione, secondo la mia tesi, era stata dedotta per analogia (ma analogia non significa identità) dalla fattispecie del donante. Bisogna aggiungere che, nelle fonti di cui disponiamo, vi sono anche accenni alla *deductio aeris alieni* fuori del caso del donante, ma questi accenni dimostrano solo (interpolazioni a parte) che la questione era vivacemente discussa.

L'argomento però non è chiuso. E' necessario aggiungere che la dottrina romanistica di gran lunga dominante, sulle tracce di due brillantissimi articoli del Pampaloni vigorosamente ribaditi dal Solazzi, è convinta che in diritto classico la *deductio aeris alieni* si operava in tutte le fattispecie di *condemnatio* limitata (non solo in quella del donante) e che appunto perciò sorse, in subordinata, la questione circa i creditori *ex simili causa*. Per via di interpolazioni Giustiniano avrebbe dunque ridotto, con 'riforma infelice', la *deductio* alla sola ipotesi del donante.

Io stesso, in passato, ho aderito pienamente a questa tesi, giurando '*in verba magistri*', cioè sopra tutto nella serrata argomentazione del Solazzi. Ma un riesame della questione mi ha portato alle diverse conclusioni che ho riassunto dianzi, confermando una volta di più che i maestri bisogna profondamente rispettarli. Ma giurare ad occhi chiusi su quello che dicono, mai.

19. IL 'NIHIL FACERE POSSE'.

Quid iuris, se il convenuto dimostrava al giudice di '*nihil facere posse*', vale a dire che il suo *facere posse* era uguale a zero?

La dottrina romanistica, dallo Zanzucchi al Levet, dal Solazzi al Litewski, è unanime nel ritenere che in questo caso estremo il debitore-convenuto fosse assolto. Unica voce contraria, la mia. Già vari anni fa ho cercato di dimostrare che anche nell'ipotesi del *nihil facere posse* il convenuto fosse condannato ad un *nihil*, cioè, traducendo in termini pratici, ad un simbolico *nummus unus*. Oggi, malgrado le critiche (per vero, non troppo fittanti) dell'ultimo tra gli autori sopra ricordati, sento di dover essere ancora più fermo nella mia convinzione.

Mettiamo da parte la *cognitio extra ordinem*, in cui poteva accadere (almeno si dice) di tutto, quindi anche, in qualche caso specifico e per concrete ragioni, l'assoluzione del convenuto nullatenente. In sede di *cognitio per formulas* era la struttura stessa dell'*iudicium* che impediva al giudice di assolvere il convenuto quando la pretesa dell'attore gli parese fondata. '*Si paret* (che il debito vi sia)', diceva il *iudicium* (rivolto al giudice), '*condemna*'; solo '*si non paret* (che il debito vi sia)', proseguiva il

iudicium, 'absolve'. Dunque, se al giudice risultava che il debito vi fosse, egli non poteva altro che condannare il convenuto: condannarlo ad un ridicolo *nummus unus*, ma condannarlo, tanto più che in certi casi l'*infamia* conseguiva direttamente alla condanna e l'assoluzione avrebbe importato, in questi casi, una ingiustificabile esenzione dall'*infamia*. All'argomento processuale, che già di per sé dovrebbe bastare, si aggiunga il risvolto pratico. Tra la condanna nell'ipotesi che gli rimanesse qualcosa da dare al creditore e l'assoluzione nell'ipotesi che non gli rimanesse nulla, nessun debitore (sopra tutto se esposto ad *infamia* nel caso di condanna) avrebbe prescelto la prima. Quindi ogni debitore di media intelligenza, quando avesse intravvisto la propria insolvenza, avrebbe curato al minimo il proprio patrimonio, e ciò anche a prescindere da depauperamenti dolosi (i quali, comunque, è pensabile che sarebbero stati scoperti non più di una volta su dieci). Chi avrebbe fatto credito ad un personaggio 'beneficiario' sino a tal punto, del resto?

Ma, mi si replica, vi sono testi dai quali l'*absolutio* di chi *nihil facere potest* si deduce e testi nei quali essa è addirittura affermata. E' una replica, rispondo, quanto mai illusoria. In realtà vi è un solo frammento che parla di *absolutio*, in un contesto peraltro di assai dubbia genuinità. Dagli altri frammenti che si citano l'assoluzione del nullatenente non si deduce affatto, oppure si deduce proprio la sua condanna al *nihil*. Basta che li si legga senza inammissibili prevenzioni.

Cominciamo pure dal testo in cui figura la menzione dell'*absolutio*.

D. 3.5.34 (35) pr. (Scaev. I *quaest.*): *Divortio facto negotia uxoris gessit maritus: dos non solum dotis actione, verum negotiorum gestorum servari potest. haec ita, si in negotiis gestis maritus dum gerit facere potuit: alias enim imputari non potest, quod a se non exegerit. sed et posteaquam patrimonium amiserit, plena erit negotiorum gestorum actio, quamvis si dotis actione maritus conveniatur, absolvendus est ...* [Avvenuto il divorzio, il marito ha gestito spontaneamente gli affari della moglie: (in questo caso) la dote può essere salvata non solo con l'azione di dote, ma anche con l'*actio negotiorum gestorum*. Queste conclusioni valgono se il marito durante la gestione (degli affari della moglie) è

stato in condizione di 'facere': in caso diverso non si può imputare (al marito, in quanto *gestor*) ciò che egli non ha riscosso da se stesso (in quanto tenuto alla restituzione della *res uxoria*). Ma anche dopo che (il marito) abbia 'rilasciato' il patrimonio, l'*actio negotiorum gestorum* sarà 'piena', malgrado che il marito, se convenuto con l'azione di dote, è (*sic*) da assolvere ...].

E' bene avvertire, in linea preliminare, che il testo è stato sicuramente rimaneggiato da Giustiniano, per lo meno nei due punti in cui si legge '*dotis actione*' invece di '*rei uxoriae actione*': si ricorderà, infatti, che Giustiniano trasformò l'*actio rei uxoriae* in *actio ex stipulatu*, altrimenti detta *actio de dote*. A parte ciò, altri segni di intervento postclassico o giustiniano non mancano (per esempio, nel periodo '*haec ita — potuit*') ed il finale '*quamvis*' con l'indicativo non è per nulla corretto. Potremmo chiudere l'argomento dichiarando che non merita credito una teoria, già di per sé sorprendente, la quale si basi sulla chiosa finale (formalmente criticabile) di quest'unico testo: chiosa che può essere stata aggiunta da un lettore che ha avuto presente la *cognitio extra ordinem*, e non il processo formulare. Ma, visto che ci siamo, cerchiamo di comprendere meglio la *quaestio* dibattuta da Cervidio Scevola.

Dopo aver divorziato dalla moglie, un marito (non si sa bene se diligente o faccendiere), anziché starsene quieto in attesa dell'*actio rei uxoriae* (esercitata contro di lui dalla moglie o da chi per lei), si è dato a fare il *negotiorum gestor* della moglie stessa: dunque si è dedicato senza autorizzazione, ma nel suo interesse, ad amministrarne i beni dotali, ad esigere i crediti relativi e via dicendo. Ora, il *negotiorum gestor* deve rendere i conti al cd. *dominus negotii*, quando questi glieli richiede, ed invece nel caso nostro non lo ha fatto. Ecco dunque il problema: la moglie, volendo farsi restituire la dote, avrà contro il marito la sola *actio rei uxoriae* (che è *in id quod maritus facere potest*) o anche (in qualità di *domina negotiorum*) l'*actio negotiorum gestorum* (che è *in solidum*)? Tutte e due le azioni, risponde Cervidio Scevola. Ma con l'avvertenza che l'*actio negotiorum gestorum* non può essere diretta a pretendere anche quei cespiti dotali che il marito (nella veste di *negotiorum gestor*) non ha riscosso da se medesimo (in quanto obbligato al versamento della *res uxoria*) perché,

durante il periodo della gestione, *'facere non potuit'*. E infatti, se la stessa moglie avesse esercitato l'*actio rei uxoriae* contro il marito durante quel periodo, altro non avrebbe ottenuto da lui che l'*id quod facere potuit*.

Che senso ha, ciò posto, il periodo finale (*sed et posteaquam rell.*)? Secondo l'interpretazione dei mei contraddittori, questo senso: anche quando il marito ha perduto il patrimonio e si è ridotto a zero (a *nihil facere potest*), l'*actio negotiorum gestorum* contro di lui rimane sempre esercitabile ai fini di una sua condanna, pur se l'*actio rei uxoriae* comporta, se esercitata, la sua assoluzione. Ma io osservo che, se è vero che il *negotiorum gestor* non è responsabile verso la moglie di ciò che il marito *facere non potuit*, egli, nell'ipotesi che il marito *nihil facere potuit*, non è responsabile di nulla, quindi deve essere (almeno in quanto *negotiorum gestor*) assolto. E' evidente che Cervidio Scevola ha voluto dire un'altra cosa, e ce lo fa intendere, del resto, la proposizione *'posteaquam patrimonium amiserit'*, la quale non equivale affatto a *'si maritus nihil facere potuit'*. Scevola ha invece detto che *'anche dopo che il marito ha rilasciato ('amiserit') il patrimonio della moglie, egli rimane obbligato verso costei a rendere il conto della sua negotiorum gestio, mentre è liberato dall'obbligazione di restituire la res uxoria': l'actio negotiorum gestorum contro il marito rimane pienamente esercitabile ('plena'), mentre è ovvio che l'actio rei uxoriae non avrebbe più fondamento e porterebbe, se esercitata, solo alla sua assoluzione. Il che non vuol dire che il 'quamvis rell.' finale sia stato scritto da Cervidio Scevola, perché esso, pur non affermando una cosa sbagliata, fa un'osservazione troppo ovvia per non essere addebitato piuttosto ad un annotatore marginale (classico o postclassico che sia) della sua opera.*

Liberatici del testo di Cervidio Scevola, scorriamo rapidamente i passi da cui si dedurrebbe l'assoluzione del debitore che *'nihil facere potest'*.

Un primo passo è di Ulpiano (31 ed., D. 17.2.63.7), il quale, dopo aver affermato (come già sappiamo) che l'*id quod reus facere potest* coinvolge anche l'*id quod reus dolo fecit quo minus possit*, prosegue precisando (come pure sappiamo) che, se il convenuto ha subito delle diminuzioni patrimoniali per pura colpa,

'dicendum est condemnari eum non debere'. Dedurre da questa dichiarazione che il debitore debba essere assolto è semplicemente arbitrario, perché è chiaro che Ulpiano vuole intendere e intende solo che nell'ammontare della condanna non va computato l'*id quod reus culpa destitit possidere*, mentre va computato il resto (l'*id quod facere potest* e l'*id quod dolo destitit possidere*).

Anche un altro passo di Ulpiano (3 disp., Fr. Argentor. recto) è stato interpretato, dai sostenitori dell'*absolutio*, in maniera a dir poco arbitraria. In una *disputatio* (probabilmente registrata con mano poco controllata da qualche discepolo o rielaborata con molti incisi da un lettore postclassico), il giurista fa il caso, piuttosto singolare, di un tizio che si è sposato due volte di seguito ed ambedue le volte, essendosi il matrimonio disciolto, è stato citato con l'*actio rei uxoriae* e condannato *in id quod facere potest*. La seconda moglie ha preceduto la prima nell'ottenere la condanna esecutiva all'*id quod maritus facere potest*; ma se il marito soddisfacesse la condanna ottenuta dalla seconda moglie, egli si troverebbe nella impossibilità di versare alla prima moglie quel che era il suo *quantum facere potest* al momento della prima sentenza e si esporrebbe perciò all'esecuzione personale su istanza della prima moglie. Che fare? A rigor di termini non si può autorizzare il marito a soddisfare la prima moglie, visto che la seconda si è mossa in anticipo su di essa e, come si è detto altrove, *'occupantis melior est condicio'*. Per salvare nei limiti del possibile il marito (cioè, quanto meno, per sottrarlo all'esecuzione personale), Ulpiano pensa che il meglio sia aprire una esecuzione patrimoniale mediante *bonorum venditio* a carico del marito, sì che le due mogli partecipino in pari misura alla spartizione del ricavato. E, a commento di tutta la fattispecie, il giurista conclude: *'se la prenda con se stesso (questo marito infingardo), che avrebbe potuto liberarsi dalla seconda condanna se avesse soddisfatto (tempestivamente) la prima sentenza' ('sibi que imputet, qui poterat se liberare a sequenti condemnatione, si satisfacisset priori sententiae')*. Ora, l'essere *'liberato dalla seconda condanna'* non significa essere assolto nel secondo giudizio *rei uxoriae*, ma significa solo che il marito non avrebbe avuto a temere nulla dalla seconda condanna (cioè né esecuzione personale, né esecuzione patrimoniale), sol che avesse

eseguito senza indugi la prima. E a conferma di ciò si tenga presente che la *disputatio* è tutta basata sul presupposto che già vi siano state le due condanne, né implica affatto che l'*id quod facere potest* del marito di fronte alla seconda fosse necessariamente pari al *nihil*. La questione sarebbe stata, infatti, la stessa se, supponendo che ciascuna moglie avesse avuto il riconoscimento di un diritto a 1000, alla prima moglie il marito avesse dovuto pagare un *id quod facere potest* pari al *solidum* di 1000 e alla seconda moglie avesse dovuto pagare un *id quod facere potest* pari al cinquanta per cento delle 1000 dovutele.

Infine i testi da cui, salvo ad avere occhi per non vedere, addirittura si trae conferma della condanna a *nihil* di chi *nihil facere potest* sono tre, ma trattano tutti un'unica questione, molto frequente ed altrettanto delicata: quella di un *filiusfamilias*, il quale ha ottenuto un mutuo simulando di essere *paterfamilias*, dopo di che il padre lo ha emancipato o è morto diseredandolo. In relazione a questa fattispecie Marcello (2 *dig.*, D. 42.1.10), seguito da Ulpiano (29 *ed.*, D. 14.5.4.1; cfr. anche 2 *disp.*, D. 14.5.6), ha ragionato così: è vero che nei confronti dell'emancipato e del diseredato i creditori hanno diritto, per le obbligazioni contratte quando egli era *in potestate*, solo ad una condanna nei limiti dell'*id quod facere potest*, ma qui siamo di fronte ad un bugiardo, quindi egli deve essere condannato malgrado che non possa soddisfare la condanna ('*quamvis facere non possit debet condemnari*').

'*Facere non posse*' non significata '*nihil facere posse*', ma vuol dire soltanto che il convenuto non è in grado di fronteggiare nella sua integrità la richiesta dell'attore. Ma se anche la frase avesse il senso di '*nihil facere posse*', mai potremmo ritenere che solo nel caso del bugiardo sia ammessa la condanna al *nihil* (e che quindi in ogni altro caso si debba praticare l'assoluzione). Basta leggere, per convincersene, una *disputatio* di Ulpiano (2 *disp.*, D. 14.5.6), in cui questi, sempre richiamandosi all'autorità di Marcello, fa il caso che il *filiusfamilias* truffaldino abbia indotto taluno a dargli mandato di stipulare per conto suo un credito con un altro, con l'effetto che il diritto di credito è stato acquistato in realtà dal *paterfamilias*. Anche se il bugiardo (divenuto *sui iuris*) non è in grado di trasmettere la prestazione del debitore al man-

dante, egli è tenuto a rispondere integralmente di essa con l'*actio mandati* ('*mandati teneri Marcellus scripsit, quamvis rem praestare non possit*').

20. LA 'DEDUCTIO NE EGEAT'.

Condemnatio, dunque, in tutti i casi. *Condemnatio*, almeno in sede di processo formulare, anche nell'ipotesi che il debitore *nihil facere posset* (oltre tutto perché altrimenti non si vedrebbe come il creditore potesse tornare alla carica, previa *praescriptio pro actore* o anche *cautio* prestatagli dal convenuto, il giorno in cui il convenuto si fosse rimesso economicamente a galla). *Condemnatio* da rapportarsi ad un *facere posse* che andava calcolato, salvo il caso eccezionale del donante, sul patrimonio lordo, e non sul patrimonio netto del convenuto. E infine (lo abbiamo visto quando ci siamo figurati come potessero andare praticamente le cose nella fase *apud iudicem*), *condemnatio* il cui importo era di necessità alquanto approssimativo anche con riferimento al momento (*litis contestatio* o *sententia*?) del *facere posse*.

Nel tira e molla tra attore e convenuto in ordine alla determinazione nel *quantum* del *facere posse* di ques'ultimo, è umano, e quindi facilmente presumibile, che il convenuto non tralasciasse di toccare anche la corda della pietà per le sue condizioni deficitarie, impetrando che comunque gli fosse lasciato un minimo di liquido, o di altro equivalente, affinché egli non restasse, a seguito della *sententia iudicis*, completamente al verde. Noi non sappiamo e non possiamo sapere se e come abbiano potuto reagire i singoli giudici a questi appelli, e non è da escludere che, come è sempre avvenuto nei giudizi di tutti i tempi, vi siano stati dei giudici disposti a chiudere benevolmente un occhio, a favore del convenuto, nella valutazione dei suoi cespiti patrimoniali. Ma poteva un problema siffatto, per sua natura estremamente concreto, trasferirsi in discussioni giurisprudenziali, almeno in età classica?

Difficile. Il debitore condannato nell'*id quod facere posset* poteva e doveva già essere più che soddisfatto della sua gran fortuna di sfuggire, almeno in ordine alle azioni rispetto a cui era 'beneficiario', all'esecuzione personale o patrimoniale. Quanto

a considerazioni di pietà, di benevolenza e via dicendo, i giuristi preclassici e classici non usavano farne. Non perché fossero impietosi di carattere, ma perché giustamente ritenevano che valutazioni del genere non spettassero a loro, ma ai giudici.

Vi era una sola fattispecie, fra quelle che conosciamo, la quale avrebbe forse potuto indurre qualche giurista classico a consigliare, in linea di principio, di rilasciare al debitore-convenuto un *modicum ne egeat*, un minimo per non trovarsi ridotto alla più cruda indigenza: la fattispecie del donante. Una fattispecie, questa, tutta particolare, relativa ad un debitore che si era messo nei guai esclusivamente per la sua generosità e ad un creditore che agiva per l'adempimento, a dir così, 'de lucro captando'. La fattispecie, insomma, che già aveva indotto i giuristi successivi al rescritto di Antonino Pio a sostenere che dalla logica di quel rescritto derivasse la conseguenza che il calcolo dell'*id quod reus facere potest* fosse da farsi su quanto al donante rimanesse dopo l'accantonamento dell'*aes alienum*. La stessa logica non suggeriva anche di sottrarre alla condanna un *modicum aliquid ne egeat*?

In altri tempi ho escluso questa possibilità anche per la fattispecie del donante, nel senso che ho negato che una regola della deduzione del *modicum ne egeat* sia stata mai formulata dai giuristi classici a favore del *donator*. Oggi sono, francamente, più possibilista. La 'regola' continuo ad escluderla, oltre tutto perché non vedo in una questione tanto minuscola la materia per il formarsi di una *regula iuris*, di un principio formulato e accettato come tale dai giureconsulti dell'età degli Antonini e di quella dei Severi. Tuttavia non escludo che qualche giureconsulto, anziché tacere, e confidare nel buon senso dei giudici, abbia espresso *ad abundantiam* anche questo avviso, che nel caso del donante è fondato (ripeto) anche sulla logica del *rescriptum divi Pii*.

I testi relativi sono due. Da un lato, Pomponio (7 *var. lect.*, D. 42.1.30) suggerisce, un po' vagamente, che al donante sia bene lasciare un '*aliquid sufficiens (ne egeat)*', aggiungendo che è il caso di farlo sopra tutto quando la donazione sia intervenuta tra ascendenti e discendenti ('*quod maxime inter liberos et parentes observandum est*'). Dall'altro lato, Paolo (6 *Plaut.*, D. 42.1.19.1),

dopo aver detto che nel caso del donante bisogna dedurre l'*aes alienum* e che tra più donatari '*occupantis potior erit causa*', dichiara, con un linguaggio per vero alquanto rozzo, che a suo parere non bisogna 'estorcere' al donante tutto quello che ha, ma bisogna aver considerazione anche di lui personalmente, affinché non sia ridotto alla miseria ('*immo nec totum quod habet extorquendum ei puto: sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat*').

Le due affermazioni ora riportate possono anche non essere genuine, dicevo. Tuttavia, se esse sono frutto di alterazioni testuali, è sicuro che queste alterazioni, e in particolare quella del testo di Paolo, non sono giustiniane, ma pregiustiniane. E infatti il frammento di Paolo di cui ho or ora parlato lo si ritrova anche in un altro titolo dei *Digesta*, quel titolo D. 50.17, '*de diversis regulis iuris antiqui*', in cui Giustiniano ha cercato di raccogliere, desumendole da tutta l'immensa congerie di brani della giurisprudenza classica di cui disponeva per la sua compilazione, tutte le possibili e immaginabili *regulae* che, con la carica di autorità propria alla loro provenienza dal *ius antiquum*, potessero servire da orientamento nell'interpretazione ed applicazione del *Corpus iuris*. Sopra tutto per quanto riguarda queste *regulae iuris antiqui*, l'imperatore non si fece scrupolo, anzi si fece un particolare impegno di adattare a quelli che erano i suoi criteri legislativi, e il frammento di Paolo ne costituisce una prova luminosa, perché Giustiniano, pur cercando di rispettarne al massimo le parole, lo ha generalizzato, estendendo dalla fattispecie del donante (quella indicata da Paolo) a tutte le fattispecie di *condemnatio in id quod reus facere potest* (e in termini non più di opinione, ma risolutamente imperativi) la *deductio* di un *modicum ne egeatur*. Il '*puto*' del giurista classico (il cui frammento originario l'imperatore, come anche in altri casi, non si è nemmeno curato di eliminare da D. 42.1) ha così dato luogo a questa *regula* giustiniana, travestita da *regula* della giurisprudenza classica: '*In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant*' (D. 50.17. 173 pr.).

Con la sua formulazione di carattere generale, l'imperatore ha dato certamente un contributo alla unificazione dei casi sparsi

di *condemnatio in id quod reus facere potest* in un istituto unitario, ed ha inoltre certamente fornito un avallo allo sconosciuto studioso postclassico che, almeno secondo me, aveva messo insieme, sotto il nome di Paolo, un *liber singularis de iure singulari*, in cui figuravano, appunto come espressioni di 'ius singulare', i casi di *condemnatio* limitata (cfr. D. 24.3.54). Non vi è dubbio, quindi, che, nel quadro del diritto romano giustiniano, le ipotesi di *condemnatio in id quod reus facere potest* non furono passibili di integrazione analogica. Ma bisogna anche segnalare che Giustiniano né unificò il regime relativo alle nostre fattispecie, né volle trasformare le stesse in altrettante applicazioni di una sorta di beneficio alimentare. Quanto al primo punto, basti ricordare che la *deductio aeris alieni* (la quale era, in fondo, il supporto logico della *deductio ne debitor egeat*) non fu estesa oltre il caso del donante. Quanto al secondo punto (che è quello, come si è detto all'inizio di queste note, che ha dato spunto alla vecchia dottrina del *beneficium competentiae*), basti osservare che lasciare al debitore beneficiato un *modicum ne egeat* non significa affatto assicurargli il necessario perché si alimenti, cioè perché viva modestamente, ma viva. Il *modicum ne egeat* è evidentemente in funzione (e proporzione) dell'importo del credito e dell'*id quod debitor facere potest*: quindi può essere anche un *quantum* pressoché simbolico o addirittura (se il debitore *nihil facere potest*) uguale a nulla.

In realtà, col suo problema circa il *modicum ne debitor egeat*, Giustiniano ha solo dato e voluto dare una ennesima manifestazione della sua duplice qualità di difensore della Cristianità e di autocrate. Come difensore della Cristianità, egli non si è lasciata scappare nemmeno stavolta l'occasione di dar fiato ad un indirizzo di *pietas*, di *humanitas*, di *caritas*, e via di questo passo, del quale il *modicum ne debitor egeat* si prestava molto opportunamente ad essere, quanto meno sul piano formale, espressione. Come autocrate, privo assolutamente di fiducia nell'iniziativa dei giudici, anzi fortemente contrario a che un giudice o chiunque altro (si pensi: persino nella lettura e nell'interpretazione dei *Digesta*) assumesse personali iniziative, egli ha dettato anche in questa occasione i termini rigidi di un comportamento di giudizio che si sarebbe potuto e dovuto lasciare invece al concreto.

NOTE

LA ' CONDEMNATIO IN ID QUOD REUS FACERE POTEST '

1. PREMESSE DI METODO.

La trattazione più moderna e completa della procedura civile romana è quella del KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* (1966) [= KASER, *RZPR.*]; ad essa si rinvia, una volta per tutte, per ogni informazione sui particolari e sulla bibliografia relativa. Si consulti tuttavia, a chiarimento delle impostazioni cui si rifanno queste pagine, il capitolo dedicato alla tutela giuridica privata da GUARINO, *Diritto privato romano*⁵ (1975) [= GUARINO, *DPR.*] n. 15-21. Sempre a chiarimento delle impostazioni accolte in questo libro, si rinvia *in limine*, oltre che a tutta la trattazione del citato GUARINO, *DPR.*, anche a GUARINO, *Storia del diritto romano*⁵ (1975) [= GUARINO, *SDR.*].

Sul Gaio 'veronese', sugli altri ritrovati che ne integrano alcune lacune, sugli altri pochissimi resti della giurisprudenza classica pervenutici fuori delle compilazioni postclassiche e giustinianee: GUARINO, *SDR.* n. 228 e 304; più ampiamente (con bibliografia), GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano* (1968) 436 ss. Su Gaio e sulle questioni relative alla sua personalità ed alla sua opera: GUARINO, *SDR.* n. 228.

Per talune 'smentite' che il diritto romano classico, e in particolare quello processuale formulare, patisce ad opera di documenti della prassi pervenuti fino a noi, mi limito a citare il caso delle *Tabulae Herculanenses* (non posteriori al 79 d. C., anno della famosa eruzione del Vesuvio che distrusse Pompei ed Ercolano). Sia chiaro che la 'prassi' può anche non essere conforme al diritto (può essere cioè anti-giuridica o agiuridica), ma questa possibilità è assai scarsa per gli atti processuali, facenti parte di una procedura controllata e diretta dall'autorità statale.

Sul punto delle interpolazioni postclassiche e giustinianee ai testi giuridici classici, e così pure sul loro maggiore o minor grado di probabilità, sui criteri per la loro ricerca, sul loro diverso valore (di interpolazioni meramente formali, di interpolazioni non innovative, di interpolazioni innovative): GUARINO, *SDR.* n. 13-14, e

L'esegesi cit. 535 ss., 551 ss., 577 ss. Mi corre l'obbligo di aggiungere che in questi ultimi anni, anche per reazione all'iperinterpolazionismo corrente tra gli studiosi della prima metà del secolo, si sono andate manifestando da più parti tendenze contrarie alla 'credibilità' di copiose interpolazioni postclassiche sostanziali, particolarmente se innovative. Di questi orientamenti si è reso interprete (a mio parere, sin troppo radicale) il Kaser in uno scritto del 1967, stampato una prima volta nel 1971 e ristampato (in parte tenendo conto di qualche mio rilievo e in parte reagendo alle altre mie osservazioni): GUARINO, *Sulla credibilità della scienza romanistica moderna*, in *Atti Acc. Pontaniana* 20 [1971] estr. e in *Scritti Donatuti* 1 [1973] 479 ss.) nel 1972: KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, in *SBer. Ak. Wien* 227, 5 (1972). Non ho motivi, malgrado le repliche del Kaser, per mutare il mio punto di vista.

Per la cristallizzazione dell'*edictum perpetuum* (la quale, secondo certe fonti postclassiche seguite dalla *communis opinio*, si sarebbe addirittura concretata in una 'codificazione' fatta da Salvio Giuliano per incarico del *princeps* Adriano): GUARINO, *SDR*, n. 205 e, da ultimo, GUARINO, *La formazione dell'edictum perpetuum*, in *ANRW*, 2 (1975).

2. LA CONDANNA LIMITATA NEL PROCESSO FORMULARE.

Per i cenni sulla procedura formulare che precedono, si rinvia a KASER, *RZPR*, ed a GUARINO, *DPR*.

Sulla *taxatio*: HEFKE, *Bedeutung und Anwendungen der 'taxatio' im römischen Recht: historische-dogmatische Abhandlung* (1879). Manca una trattazione di insieme più recente. V. anche nt. 3.

A proposito di Gai 4. 51-52, giova precisare che il paragrafo 52 è lacunoso. Non si può escludere in assoluto che in questo paragrafo Gaio abbia fatto cenno anche della *taxatio in id quod reus facere potest*. Ma la lettura di quel che resta e tutto l'andamento del discorso gaiano rendono la cosa estremamente improbabile.

A chiarimento del 'non può escludersi' che la *taxatio in id quod reus facere potest* si applicasse anche ad azioni intese ad ottenere una *condemnatio certa*, si pensi (tanto per fare un solo esempio) all'ipotesi di un *mutuum* del quale il discendente chiedesse la restituzione al *parens* beneficiario. Che cosa succedeva in tal caso? Anziché rispondere con delle supposizioni (tra le quali quella che preferirei sarebbe, comunque, la supposizione di una limitazione dell'*iudicium* con *praescriptio pro actore*), io preferisco il 'non liquet'.

A proposito della *litis contestatio*, con la quale si concretava l'accordo tra le parti (e il magistrato giudicante) in ordine al *iudicium*, è opportuno ricordare che essa aveva di regola la cd. 'efficacia novativa': nel senso che il rapporto giuridico controverso si riteneva estinto, in quanto trasfuso nella reciproca obbli-

gazione delle parti di subire la *sententia iudicis* in relazione alla questione fissata nell'*iudicium* (fosse o non fosse tale questione esattamente corrispondente a quella determinata dal rapporto controverso). L'obbligazione di sottostare alla *sententia iudicis* si diceva usualmente 'condemnari oportere' (cfr. Gai 3. 180, che peraltro limita l'effetto novativo alle *actiones in personam* relative ad *obligationes iure civili* che fossero fatte valere mediante un *iudicium legitimum*: KASER, *RZPR*, 224 ss., GUARINO, *DPR*, n. 20. 4.1). La 'res iudicanda' (o 'res in iudicium deducta') individuata dall'*iudicium* (e a maggior ragione la *res iudicata* scaturente dalla *sententia iudicis*) implicava, a sua volta, il cd. 'effetto preclusivo', cioè il divieto di riprodurre la stessa questione in giudizio ('*bis de eadem re ne sit actio*'): l'infrazione era rilevabile *ex officio* (sia *in iure* che *apud iudicem*) nella ipotesi che l'attore promuovesse contro il convenuto un (nuovo) *iudicium legitimum* relativamente ad *actio in personam* con *intentio in ius concepta*, mentre in ogni altro caso essa era rilevabile solo se il convenuto avesse avuto cura (*in iure*) di far inserire nell'*iudicium* una *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* (v. GUARINO, *DPR*, n. 20. 8.1). Da tutto ciò consegue che, pur come tendenza (implicante eccezioni e variazioni), il ricorso al processo formulare portava, per l'avente diritto: a) alla rinuncia al suo diritto originario (che veniva sostituito dal diritto di credito fissato nell'*iudicium*); b) all'assunzione dell'obbligo (reciproco a quello del convenuto) di accettare le conclusioni (di condanna o di assoluzione del convenuto) della sentenza del giudice privato; c) alla difficoltà più o meno grande (se non proprio alla impossibilità) di riprodurre l'azione contro l'avversario (per poco che quest'ultimo fosse attento alla tutela dei propri interessi); d) alla pratica necessità di non consentire, *in iure*, la predisposizione di una *condemnatio* parziale (per esempio, *in id quod reus facere potest*), e quindi alla pratica necessità di rinunciare per il momento al processo, salvo che, tutto sommato, la condanna parziale dell'avversario non gli convenisse. Per riservarsi la possibilità di agire per il residuo in caso di condanna parziale del convenuto, l'attore poteva però chiedere al magistrato di inserire nell'*iudicium* una *praescriptio pro actore*, mediante la quale, pur esigendo che il suo credito fosse accertato dal giudice nella sua interezza, dichiarava di volere per il momento la condanna del convenuto ad una parte soltanto del credito stesso, con riserva di chiedere il residuo attraverso un'azione successiva (cfr. Gai 4. 131-137). Ma la *praescriptio*, si badi, non che richiesta dall'attore doveva essere concessa dal magistrato (il quale poteva anche rifiutarla). Su questi punti ritorneremo in seguito, *passim*, e particolarmente *infra* n. 16.

3. LA TERMINOLOGIA DELLE FONTI ED I SUOI SPUNTI.

Che la designazione 'beneficium competentiae' non sia romana è stato rilevato dallo ZANZUCCHI (*infra* nt. 4) 90 nt. 3, e diligentemente dimostrato dal LEVET, (*infra* nt. 4) XV s., cui va più propriamente il merito di aver chiarito che essa venne comparso nei commentari germanici del XVI secolo e che si generalizzò soltanto nel XVII secolo. Vi è stato chi (ZIPPERLING, *Das 'beneficium competentiae'* [1896] 36) ha tentato di giustificare etimologicamente questa sorprendente denominazione: *competentia* deriverebbe dalla radice *pot* (dove *potentia* e *impo-*

tentia), e significherebbe appunto *quod fieri potest*. Ma giustamente ha obiettato lo ZANZUCCHI che in tal caso dovremmo dire *beneficium 'compotentiae'*. Il marchio *beneficium competentiae* allude, dunque, all'effetto della *deductio ne debitor egeat* (*infra* n. 4) ed è errato sia in ordine al diritto classico (nel quale la *deductio* non aveva, se esisteva, un carattere generale), che in ordine al diritto giustiniano (nel quale la *deductio ne egeat* si operava sempre, ma non era l'unico effetto dell'istituto, dato che, ad esempio, vi era anche quello che il debitore, se *nihil facere posset*, venisse assolto: D. 3. 5. 34 [35] pr.). Inesatta è, comunque, l'affermazione dello ZANZUCCHI, 90, circa un uso degli scrittori di chiamare il nostro istituto *beneficium condemnationis*: la locuzione ricorre pochissime volte nei testi, né sembra voler adombrare alcun significato tecnico (GUARINO, IV [*infra* nt. 4] 32 s.).

Su D. 3. 5. 34 pr. (*querella quantum facere potuit*): *infra* n. 19.

Sui due testi che parlano di *honor* va ricordata, a titolo di curiosità, la strana tesi dello ZIPPERLING, 29, secondo cui la concessione della *taxatio* al debitore aveva addirittura valore onorifico per costui. V. *contra* ZANZUCCHI, 76, e LEVET, 189.

La tesi dell'*exceptio* (formulare) come (anche) diminutiva della *condemnatio* è stata sostenuta dall'ARANCIO-RUIZ, L' '*exceptio*' in diminuzione della condanna (Modena 1930) e, da ultimo, in *Istituzioni di d. rom.*¹⁴ (1960) 132 nt. 1: ma v. *contra* SOLAZZI, L' '*exceptio*' in diminuz. della condanna, in *BIDR.* 42 (1934) 268 ss. Sulla denominazione della *taxatio* come '*exceptio*', v., in senso fortemente critico, BESELER, in *ZSS.* 51 (1931) 67, e, meno radicali ma con esegesi da rivedere, SOLAZZI (*infra* nt. 4), 204 nt. 3, e GUARINO I (*infra* nt. 4), 161 nt. 28.

Per i miei studi sul *ius singulare*, rinvio a GUARINO, *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare*, in *Annuario dir. comp.* 18 (1946) 1 ss. ed alla bibliografia (mia e altrui) ivi citata. Per quanto particolarmente concerne la *taxatio in id quod reus facere potest*, v. GUARINO, IV, 19 ss. Il problema (per il quale si v. anche GUARINO, *DPR.* n. 13) è imperniato essenzialmente su tre frammenti della compilazione giustiniana: D. 1. 3. 16, Paul. *libro sing. de iure singulari* (*Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*); D. 1. 3. 14, Paul. 54 ed. (*Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*); D. 1. 3. 15, Iul. 27 dig. (*In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*). Altri due passi estratti dal *liber singularis* pseudo-paolino sono D. 7. 1. 63 e D. 24. 3. 54 (in tema di *taxatio*: v. *infra* nt. 18).

Per meglio rendersi conto dei problemi relativi al *pactum* di limitazione della domanda giudiziale all'*id quod debitor facere potest* è bene avere sott'occhio il testo di D. 2. 14. 49 (Ulp. 36 Sab.): *Si quis crediderit pecuniam et pactus sit ut, quantum facere possit debitor, eatenus agat: an pactum valeat? et magis est hoc pactum valere, nec enim improbum est, si quis hactenus desideret concedi, quantum facultates patiuntur.* (Sin. 6, *FIRA.* 2. 642, riassume il primo periodo elimi-

nando la proposizione interrogativa). La ragione del dubbio sulla validità del patto (*an pactum valeat?*) era in ciò, che la promessa editale '*pacta conventa servabo*' valeva solo per i patti *quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt* (cfr. Ulp. 4 ed., D. 2. 14. 7. 7). Se non proprio di essere contrario alla legislazione sul processo formulare, il nostro patto poteva ben essere sospettato di andare in *fraudem* della stessa. Il periodo finale (*nec enim rell.*), forse formalmente alterato (cfr. BESELER, *Beitr.* 3. 91), esprime in sintesi le considerazioni con cui Ulpiano doveva respingere il dubbio.

4. CENNI SULLA DOTTRINA E PROPOSITI DELLA NUOVA ANALISI.

Ampio ragguaglio di bibliografia sulla *condemnatio* limitata in LEVET, *Le bénéfice de compétence* (1927) XXI (opera che sarà qui citata col solo nome dell'autore). Sulla monografia del Levet v. anche le recensioni di SIBER, in *ZSS.* 49 (1929) 560 ss., e di SEIDL, in *KrVSchr.* 3. 24 (1929) 88 ss.

Altre opere che saranno qui spesso citate (in modo abbreviato): PAMPALONI I (= *Sulla teoria del 'beneficium competentiae' in diritto romano*, in *St. Schupfer* [1898] 1. 50 ss.; PAMPALONI II (= *Il 'beneficium competentiae' e il calcolo del suo oggetto*, in *RISG.* 52 [1912] 198 ss.); PAMPALONI III (= *Sul 'beneficium competentiae' al riguardo dell'estraneo che 'donationis causa' promette una dote*, in *AG.* 56 (1912) 3 ss.; ZANZUCCHI (*Sul così detto 'beneficium competentiae'*, in *BIDR.* 29 [1916] 61 ss.); SOLAZZI (*L'estinzione della obbligazione.* 1² [1935] 203 ss.); GUARINO I (= *Il 'beneficium competentiae' del 'promissor dotis'*, in *RISG.* n. s. 14 [1939] 153 ss.); GUARINO II (= *Sul 'beneficium competentiae' dell' 'extraneus promissor dotis'*, in *Fs. Koschaker* [1939] 2. 49 ss.); GUARINO III (= *Sul 'beneficium competentiae' dei 'milites'*, in *RIL.* 72 [1938-39] estr.); GUARINO IV (= *Studi sulla 'taxatio in id quod facere potest'*, in *SDHI.* 7 [1941] 5 ss.); GUARINO V (= *'Nihil facere posse'*, in *Scr. Ferrini Milano* [1947] 1. 299 ss.); LITEWSKI (*Das 'beneficium competentiae' im römischen Recht*, in *St. Volterra* [1971] 4. 469 ss.).

Su D. 50. 17. 173 pr., v. *infra* n. 20.

II.

LE FATTISPECIE

5. QUADRO GENERALE.

A proposito delle fattispecie di *condemnatio* limitata all'*id quod reus facere potest* va ricordato che il RUDORFF (*Edicti perpetui quae reliqua sunt* [1869] § 212) ha creduto di poter ricostruire una clausola edittale 'qui in id quod facere possunt conveniantur', basandosi sullo spunto offerto da D. 42. 1. 16 (Ulp. 63 ed.) e da D. 42. 1. 25 (Paul. 60 ed.): due testi relativi all'*actio Rutiliana*, nei quali sembra essere discussa la questione se la *condemnatio* limitata spettasse, per estensione, anche al *bonorum emptor* in ordine ai debiti già del fallito per i quali il fallito avesse avuto titolo alla limitazione *in quantum facere potest*. I casi previsti dall'editto sarebbero stati, sempre secondo il Rudorff, quelli del *socius*, del *patronus*, del *parens*, del *maritus*, del *miles* e del *bonorum emptor*. Contro questa ipotesi troppo ardita: LENEL, *EP. (Das 'Edictum perpetuum'* [1927] 428 nt. 6. Che Ulpiano e Paolo abbiano fatto la questione del *bonorum emptor* è probabile, ma è ancora più probabile che essi abbiano ribadito anche sotto questo profilo il carattere personale della concessione (*infra* n. 16), escludendo perciò la condanna limitata del *bonorum emptor*. Si aggiunga che la fattispecie del *socius* era già certamente prevista dall'editto altrove (*infra* n. 6) e che il discorso di Ulpiano ('*et quidem sunt hi fere, qui pro socio conveniuntur*') non aiuta affatto la supposizione secondo cui il giurista aveva sott'occhio, scrivendo, una precisa clausola edittale sulla limitazione della condanna.

L'ordine delle fattispecie, nelle più recenti trattazioni, varia da autore ad autore, ma ha sempre carattere vagamente sistematico, non storico (da notare, in particolare, che la fattispecie del *socius*, probabilmente la più antica di tutte, non è mai indicata per prima). LEVET: *maritus* e *uxor*, socio, figli emancipati ecc., *parentes* e *patroni*, *donator*, suocero *promissor dotis*, *miles*, *bonis cedens*, fallito. SOLAZZI: *miles*, *parentes* e *patroni*, marito (e moglie), figli emancipati ecc., socio, *donator*, moglie e suocero *promissor dotis*, fallito, *bonis cedens*. LITEWSKI: marito, *promissor dotis*, coniugi, figli emancipati ecc., *parentes*, *patroni*, socio, *miles*, *bonis cedens*, fallito, *donator*.

La distinzione tra *beneficium condemnationis* e *beneficium executionis* (relativo, quest'ultimo, alla *deductio ne egeat*) risale al VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* 1. 288 s. (cfr. anche i citati dal WÜNSCH, *Zur Lehre vom 'beneficium competentiae'* [1897] 23 nt. 25), cui va il merito di aver sostenuto che il secondo beneficio fu di introduzione successiva al primo. Ma già da prima si era sostenuto da alcuni che la *deductio ne egeat* era ristretta originariamente al solo donante (così Heimbach), oppure al donante, al *parens* e al *bonis cedens* (così Schöhmann). Ampia discussione del punto in LEVET, 183 ss., sulla cui opinione torneremo *infra* n. 20.

6. IL 'SOCIUS'.

Sulla *societas* consensuale: GUARINO, *DPR.* n. 88 e, particolarmente, GUARINO, '*Societas consensu contracta*' (Quaderni di ANA., n. 10, 1972), con bibl. (nt. 1). Sulla *condemnatio* del *socius*: LEVET, 47 ss.; SOLAZZI, 217 s.; LITEWSKI, 546 ss.; GUARINO, *Societas* 8 ss. È bene precisare che la nostra trattazione farà riferimento a quella che, secondo quanto ho cercato di dimostrare nella monografia *ad hoc*, era la struttura 'tipica' della *societas* sia secondo l'editto che secondo la giurisprudenza classica: struttura di *societas*, di alleanza economica, tra due *socii*.

Per il significato del '*condemnari oportere*' di D. 17. 2. 63 pr. v. *retro* nt. 2.

D. 42. 1. 22. 1 (Pomp. 21 *Q. Mucium*) è collegato al suo *principium* (cfr. LENEL, Pomp. 281), in cui si parla dalla *condemnatio* limitata del *socer promissor dotis* (v. *infra* n. 13). Ambo gli squarci si inserivano, con tutta evidenza, in un discorso più ampio (forse un *excursus* entro il libro 21, di argomento incerto) relativo appunto alla limitazione della condanna *in id quod reus facere potest*. Il richiamo alla condanna limitata del *socius* convenuto *manente societate* (per l'adempimento delle obbligazioni assunte al fine societario comune) dovette essere lo spunto analogico su cui fu basata la tesi giurisprudenziale della condanna limitata del *socer* (e della *mulier*) all'adempimento *manente matrimonio* della *promissio dotis*. Il che conferma, per converso, che l'*actio pro socio* era esercitabile anche *manente societate*: GUARINO, *Societas* 77 ss.

Ecco il testo completo di D. 42. 1. 22. 1 (Pomp. 21 *Q. Mucium*): *Quod autem de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum praetor edicit. causae cognitio autem in hoc erit, ut neganti se socium esse aut ex doli clausula obligatio non succurratur*. Il testo non presta il fianco a sospetti: la congettura del RUDORFF, secondo cui in luogo di *dictum est* Pomponio avrebbe scritto *edictum est*, è giustamente respinta dal LENEL, *EP.* 298 nt. 3 (l'*edicit* successivo, aggiungo io, suonerebbe male, a meno di non trasformarlo in *adicit*); è chiaro, insomma, che Pomponio si richiama a qualcosa che ha detto prima egli stesso, in ordine ai *socii*, per aggiungere che l'editto subordina la limitazione della condanna ad una *causae cognitio* (sulla quale v., in generale, KASER, *RZPR.* 136 s., con bibl.). Deve sorprendere solo sino ad un certo punto che Pomponio, fermandosi sulla *causae cognitio* che il

pretore riserva alla sua discrezionalità, ne categorizzi le ipotesi, escludendo la limitazione della condanna nei casi ben precisi del socio convenuto che negli addirittura di essere socio e del socio che abbia prestato all'attore, mediante *stipulatio*, la specifica assicurazione '*dolum malum abesse afuturumque esse*' (cd. *clausula doli*); ma bisogna tener presente che Pomponio scrive in pieno sec. II d. C., cioè in un'epoca in cui i magistrati giurisdicenti non hanno soltanto dismesso (o quasi) ogni iniziativa 'editale' (v. *retro* n. 1 in nota), ma hanno altresì quasi integralmente rimesso agli autorevoli suggerimenti della giurisprudenza e dei principi l'iniziativa 'decretale'. Quanto all'ipotesi pomponiana della *clausula doli*, il LEVET, 57 s., ha osservato che la *clausula doli* mal si concilia con il carattere di *iudicium bonae fidei* dell'*actio pro socio*, essendo *in re ipsa* che il giudice dovesse sempre e in ogni caso tener conto del comportamento doloso del convenuto: donde la congettura che la *condemnatio* limitata fosse concessa (salva esistenza di una *clausula doli*) anche in ordine ai *iudicia stricta* esercitati, in connessione col vincolo sociale, da un socio verso l'altro. La tesi del Levet, assolutamente ingiustificata, è stata contrastata dal SOLAZZI, 217 nt. 4, ma con la congettura ancor più ingiustificata che *causae — succurratur* sia stato rimaneggiato in età postclassica. Buone osservazioni in proposito ha LITEWSKI, 551 nt. 349: l'impegno generico del *socius* al rispetto della *bona fides*, quindi all'astensione dal *dolum malum*, non escludeva la possibilità di impegni specifici da parte sua a non mettere in opera comportamenti dolosi. Tanto premesso, le conclusioni cui invita D. 42. 1. 22. I sono: a) che la formula dell'*actio pro socio* proposta dall'editto non contenesse la limitazione alla *societas omnium bonorum* (cfr. GUARINO, *Societas* 8 ss.; v. invece LENEL, *EP.* § 109, nonché gli altri autori indicati da GUARINO, cit. 8 nt. 19, e ancora LEVET, SOLAZZI, LITEWSKI già citati); b) che la formula dell'*actio pro socio* non contenesse la *taxatio in id quod facere potest*, visto che la concessione della *taxatio* era subordinata a *causae cognitio* ed era perciò necessariamente promessa in una successiva clausola *ad hoc* (cfr. ancora, in contrasto col LENEL e con altri, GUARINO, cit., spec. nt. 27).

La bibliografia sul contrasto tra D. 17. 2. 63 pr. e D. 42. 1. 16, nonché sulla esegesi dei due testi, è vastissima: cfr. GUARINO, *Societas* 9 nt. 25 e 30. Sorvolando sui tentativi di conciliazione dei due dettati (vedili in LEVET, 47 ss.), mi limito a segnalare che la dottrina quasi unanime non solo parte dal presupposto che la formula editale dell'*actio pro socio* fosse relativa ai soli *socii omnium bonorum*, ma adduce a sostegno principale di questa tesi, che io considero del tutto infondata, proprio il fr. 63 pr. (di cui si suppone, sulla base del fr. 16, che sia stato interpolato da Giustiniano): per tutti, v. ARANCIO-RUIZ, *La societas in diritto romano* (1950) 29 s. Alcuni autori, non sentendosela di ritenere genuino il *socium — accipiendum est* del fr. 16, lo attribuiscono ad un glossatore postclassico, il quale però 'sapeva il fatto suo' e cioè era ben informato sullo stato del diritto classico (così BESELER, *Beitr.* 3. 36, seguito dal SOLAZZI, 218 nt. 1, e da altri): che in diritto giustiniano la limitazione della condanna spettasse a tutti i soci è confermato da I. 4. 6. 38. Quanto all'*hoc enim rell.* del fr. 63 pr., alcuni lo ammettono come genuino e lo ritengono relativo alla *societas omnium bonorum* (quindi un ulteriore indizio del fatto che Ulpiano parlava, nel

dettato originario, solo della *societas universale*: così ARANCIO-RUIZ cit.), altri lo proclamano di mano postclassica (così BESELER e SOLAZZI cit.). Di recente, il LITEWSKI, 547 ss., ha sostenuto la genuinità di D. 17. 2. 63 pr. e l'alterazione di D. 42. 1. 16, ma ha ciò non ostante assunto, sulle tracce autorevoli del Lenel, che il fr. 63 pr. implichino tuttavia il riferimento dell'editto al solo socio universale e dimostri che Sabino (ed altri giuristi classici) erano inclini ('*videtur*') ad un estendimento dell'*actio pro socio* anche ai soci non universali: il glossatore del fr. 16 avrebbe scritto la sua annotazione restrittiva perché si sarebbe basato su testi relativi alla *societas universorum bonorum* e sulla lettura diretta dell'editto (senza tener conto, strano, del parere di Ulpiano *in sede materiae*, cioè nel fr. 63 pr.). L'arbitrio e la fantasia che stanno a base di tutte queste teorie sono tanto evidenti, che mi esimo da una critica minuta: è troppo chiaro che i loro autori, pur variando tra di loro, sono stati unanimi nel non saper rinunciare a nessun patto al pregiudizio che l'editto del pretore urbano abbia fatto riferimento alla sola *societas omnium bonorum*, considerandola come la variante più moderna del vecchio *consortium erecto non cito*. Se si rinuncia al pregiudizio (per la demolizione del quale, del resto facile, rimando ancora una volta al mio scritto sulla *societas*), tutto si spiega. Sin dall'inizio l'editto del pretore urbano, ricalcando quello del pretore peregrino, parlò dei *socii* in genere; Sabino e Ulpiano combatterono la tesi restrittiva di chi voleva suggerire al pretore di orientare la *causae cognitio* verso la limitazione della *taxatio* ai soli soci universali; il glossatore del fr. 16 prese posizione a favore della tesi restrittiva; l'opinione restrittiva fu trascurata da Giustiniano sia *in sede materiae* dei *Digesta* (D. 17. 2. 63 pr.) che nelle *Institutiones*.

L'*excursus* di Ulpiano sulla limitazione della condanna, nel commento all'editto sulla *societas*, non si ferma a D. 17. 2. 63 pr., ma continua nei paragrafi seguenti, che sembrano peraltro qua e là ritoccati da Triboniano allo scopo di estendere il discorso anche agli altri beneficiari della *condemnatio in id quod reus facere potest*. Sui paragrafi 1 e 2: *infra* n. 16. Sul paragrafo 3: *infra* n. 18. Sul paragrafo 4: *infra* n. 16. Sul paragrafo 5: GUARINO, *Societas* 101 s. Sul paragrafo 6: *infra* n. 17. Sul paragrafo 7: *infra* n. 17 e 19.

La mia opinione che l'*actio pro socio*, già prevista dall'editto del pretore peregrino, sia stata introdotta nell'editto del *praetor urbanus* agli inizi del sec. II a. C., differisce dalla *communis opinio*, la quale è propensa ad una datazione non anteriore al sec. I a. C. (da ultimo, sul punto, LITEWSKI, 547 nt. 329, e gli autori ivi citati). Molto significativa, a questo proposito, l'argomentazione (in parte implicita, ma chiara) di ARANCIO-RUIZ, *La societas* cit. 29 ss.: vero è che la protezione fu accordata dapprima anche e sopra tutto alle società contratte *inter cives* a scopo di lucro (quindi non alle *societates universorum bonorum*), ma siccome i commentari all'editto *pro socio* prendono tutti le mosse dalla società universale è da credere che la protezione del socio ebbe inizialmente carattere puramente 'decretale' e che l'azione editale *pro socio* venne alla luce solo in un momento parecchio successivo e in relazione alla esigenza di fondare su una precisa dichiarazione dell'editto l'istituto che surrogasse il vecchio *consortium ci-*

vilistico. Ragionamento, a mio avviso, piuttosto inverosimile, che non tiene conto, oltre tutto, della ragionevole probabilità che i commentari edittali prendessero abbrivio dalla *societas universorum bonorum* esclusivamente perché questa, nel catalogo delle forme sociali, era la figura più pregnante, la struttura cioè da illustrare, sul piano di un'ordinata esposizione della materia, per prima. Caduta l'esigenza (cui soggiace la *communis opinio*) di ambientare l'editto sulla *societas* nel sec. I a. C., l'ipotesi più plausibile è che l'editto del *praetor urbanus* abbia ospitato l'*actio pro socio*, e senza limitazione alcuna, già nel secolo precedente. Al sec. I a. C. appartiene, con ogni probabilità, solo la clausola sulla limitazione della condanna da concedersi *causa cognita*.

Per un quadro sommario della crisi della *libera respublica*: GUARINO, *SDR*, n. 79-88 (ivi bibl.). In particolare, per l'economia: HEICHELHEIM, *Storia economica del mondo antico* (tr. it. 1972) 869-960 e 961-1060. Sarebbe un fuor d'opera entrare qui in soverchie precisazioni. Basti far cenno a tre elementi ben noti e generalmente ammessi: a) lo sviluppo enorme dell'iniziativa privata, di tipo capitalistico, anche nel campo commerciale, che caratterizzò la vita romana nel periodo delle guerre puniche e delle grandi conquiste mediterranee, sin verso il 150 a. C.; b) la posizione di 'stato spettatore' assunta dalla *respublica* di fronte a questo fenomeno, anche a causa del fatto che esso privilegiava i ristretti ceti dirigenti della comunità romana; c) il contraccolpo rovinoso che si determinò non soltanto a danno della piccola proprietà contadina, ma anche, alle lunghe, a danno degli esponenti meno forti e capaci degli stessi ceti dirigenti. Le manifestazioni più gravi della crisi si ebbero (è bene sottolinearlo) nel campo monetario: il volume del medio circolante fu sempre più basso rispetto al volume degli affari ed agli impegni determinati dai tributi sul reddito, con la conseguenza di forti indebitamenti, di rialzi violenti dei tassi di interesse, di innumerevoli situazioni di insolvenza. V. anche *infra* n. 7 e 8.

7. IL FALLITO.

Sulla *missio in bona* (cd. *rei servandae causa*) e sulla *bonorum venditio* conseguente: KASER, *RZPR*, 301 ss., 307 ss.; GUARINO, *DPR*, 20. 5 e 6; ivi bibliografia ulteriore. La data di introduzione dell'istituto è discussa: Gaio, nell'affermare che l'*actio Rutiliana* del *bonorum emptor* fu concepita dal pretore Publio Rutilio (P. Rutilio Rufo, pret. 118, cons. 105 a. C.?), riporta la 'voce' secondo cui questo personaggio avrebbe anche introdotto la *bonorum venditio* (Gai 4. 31: *qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur*), ma la notizia, almeno quanto alla *bonorum venditio*, è poco attendibile. Come giustamente assume il SOLAZZI (*Il concorso dei creditori nel diritto romano* 1 [1937] 3 ss.), il complesso sistema esecutivo si formò, con tutta evidenza, progressivamente. A mio avviso, prescindendo in questa sede da una minuziosa discussione, le premesse di un intervento straordinario del *praetor* a favore dei creditori esistettero, a così dire, da sempre perché la *missio in bona* e la *bonorum venditio* avevano essenzialmente radice nell'*imperium* del magistrato (erano, per dirla con Ulp. D. 2. 1. 4 e con Paul. D. 50. 1. 26, mezzi '*magis imperii quam iurisdictionis*'), ma queste premesse comin-

ciarono a trovare un principio di concreta realizzazione solo nel sec. II a. C., e probabilmente più verso la fine che verso l'inizio dello stesso. Oltre che la considerazione della situazione economica generale (della quale ho discusso nel testo), mi inducono a questa impressione due rilievi: da un lato, che i Romani dovettero rifuggire, fin che fu loro possibile, dall'adozione di un sistema esecutivo che non aggrediva solo la persona del debitore, ma esponeva indirettamente a rovina tutta la *familia* di lui; dall'altro, che l'*extrema ratio* della *bonorum venditio* si spiega solo in un momento di grave recessione economica, come l'unico mezzo efficace per garantire ai creditori un pronto rientro, almeno parziale, nei loro crediti. L'ipotesi si rafforza, se si tien conto di qualche ulteriore elemento. In primo luogo, l'intervento del *bonorum emptor*, che acquistava in blocco il patrimonio dell'insolvente e metteva a immediata disposizione dei suoi creditori una consistente quantità di liquido, fa intendere che l'operazione era condotta sotto il segno della necessità e dell'urgenza per gli stessi creditori, prima di trovarsi in condizioni di insolvenza anch'essi, di recuperare tutto il recuperabile. In secondo luogo, il fatto che la *missio* fosse concessa dal magistrato senza una *causae cognitio*, ma in base ad un convincimento raggiunto *prima facie*, conferma il clima di urgenza in cui si svolgeva la procedura (procedura alla quale il debitore solvibile poteva sottrarsi, salvo il ricorso ad altri mezzi su cui sorvoliamo, in un modo semplicissimo, cioè pagando). In terzo luogo, l'esclusione dal novero dei creditori ammessi a chiedere la *missio in bona* di coloro che fossero titolari di crediti a termine o sotto condizione illumina ancora meglio il carattere di rimedio eccezionale ed estemporaneo che l'istituto dovè avere agli inizi. Tenuto conto che, come si è detto, il debitore solvibile (e, più in generale, quello obiettivamente scusabile) poteva facilmente evitare la procedura, oppure sottrarsi, è chiaro perché il fallito fosse trattato dal *praetor* da *infamis*: pur quando non fosse giunto agli estremi della *fraus creditorum*, egli si era dimostrato un amministratore irresponsabile del proprio *patrimonium*, quindi (se maschio) un cattivo *pater familias*, quindi (e in ogni caso) un cattivo cittadino.

CI. 7. 75.6 (Diocl. Maxim. Menandrae): *Si actu sollemni praecedentem obligationem peremisti, perspicis adversus fraudatorem intra annum in quantum facere potest vel dolo malo fecit, quo minus possit, edicto perpetuo tantum actionem per-mitti*. Sul testo: LEVET, 138 s., e LITEWSKI, 561 s. (con altra bibliografia). L'interpretazione comunemente ammessa è quella di LENEL, *EP*, 431 s.: Menandra era stata fraudolentemente indotta dal suo creditore a novare mediante *stipulatio* (ecco l'*actus sollemnis*) un credito 'sicuro' che vantava (verso di lui o verso un terzo) con un credito meno sicuro verso di lui che non le ha fruttato un pagamento integrale dal *bonorum emptor*; alla sua domanda se possa agire contro il *fraudator* gli imperatori rispondono che essa deve saper bene che '*intra annum*' (dalla *bonorum venditio*) l'editto perpetuo le concede di agire contro il *fraudator* nei limiti del *facere posse*. Questa ed altre interpretazioni affini sono state ripetutamente combattute dal SOLAZZI (da ultimo, in *La revoca degli atti fraudolenti in diritto romano*² [1934], 194 ss., e in *Concorso* 2 [1938] 125 ss.; cfr. anche SOLAZZI 220), il quale ha sostenuto che la costituzione fu rimaneggiata da Giustiano per far figurare nel tit. CI. 7. 75 ('*de revocandis his quae per fraudem*

alienata sunt) una dichiarazione, parallela a quelle contenute nel titolo corrispondente dei *Digesta* (D. 42.8.1 pr., 10.24, 25.7), da cui risultasse che contro il *fraudator* era dato un mezzo revocatorio in ordine agli arricchimenti da lui conseguiti: i compilatori avrebbero dunque scritto *'in quantum facere potest rell.'* nel senso (tutto diverso) di *'in id quod ad eum pervenit'*. Bastano questi cenni a far intendere quanto sia inattendibile la teoria del Solazzi, per lo meno nella sua parte ricostruttiva: la disistima per Giustiniano e i suoi collaboratori non può giungere al punto da ritenere che essi siano potuti incorrere, interpolando il rescritto diocleziano, in un così vistoso errore ostativo. Non meno ingiustificata è la *pars destruens* della critica solazziana, per la cui (non difficile) reiezione mi rimetto alle repliche del LITEWSKI, cit. L'equivoco del Solazzi è consistito, particolarmente, nel credere che, siccome Gai 2.155 parla della possibilità di riprodurre la *bonorum venditio* a carico del debitore che si è rimpannucciato ma non avverte che questa possibilità aveva piena esplicazione solo dopo un anno, l'editto non concedesse contro il *fraudator* la condanna (*intra annum*) *in quantum facere potest*. A mio avviso, di tutta l'argomentazione del Solazzi bisogna accogliere, sia pure per utilizzarlo diversamente, solo l'acutissimo spunto del collegamento di CI. 7.75.6 con CI. 8.35.7 (Diocl. Maxim. *Menandrae*, a. 294). Il rescritto a Menandra fu probabilmente scisso dai compilatori in due frammenti (uno dei quali, quello di CI. 7.75.6, rimasto appunto perciò senza indicazione di data) che andarono a far parte di due titoli diversi del *Codex*: quello *'de revocandis rell.'* (CI. 7.75) e quello *'de exceptionibus sive praescriptionibus'* (C. 8.35). Il testo originario (sia detto con ogni cautela) può essere stato questo: *Si ex maiore debiti quantitate minor tibi soluta est nec liberationem debitori tuo praestitisti, petere quod non probatur redditum, contra exceptionem pacti replicatione <doli> tuam adiuvans intentionem, minime prohiberis. Si <vero> actu sollemni praecedentem obligationem peremisti, perspicis adversus fraudatorem rell.* Menandra, creditrice del *debitor* A, era stata indotta a farsi promettere *actu sollemni* (presumibilmente mediante *stipulatio*) l'importo del credito dal *fraudator* B: in altri termini, A aveva dolosamente delegato il suo compare B ad assumere il suo debito verso Menandra e questa, anziché respingere la *delegatio obligandi*, era caduta nel tranello ed aveva stipulato con B. Avendo ottenuto da B, in sede di *bonorum venditio* a carico di costui, solo una parte del suo credito, Menandra si rivolge agli imperatori per sapere se, per ottenere il residuo, dovrà agire *ex ante gesto* contro B oppure potrà agire contro A. Risposta degli imperatori: se, accettando la *promissio* di B non hai contemporaneamente liberato A (se cioè la *delegatio obligandi* non ha avuto carattere novativo), è chiaro che puoi agire per il residuo (*quod non probatur redditum* da B) contro il *debitor* A e che, se costui ti eccipirà il patto di delegazione, potrai sostenere la tua *intentio* mediante la *replicatio doli*; se invece la *stipulatio* con B ha avuto carattere novativo (es.: *'Quod debitor meus A mihi debet, mihi dari spondes?; Spondeo'*), se quindi tu hai estinto l'obbligazione precedente, puoi agire solo contro B, ma tieni presente che l'editto perpetuo concede, *intra annum*, la condanna del *fraudator* nei limiti dell'*id quod facere potest*.

Sull'opera legislativa di Diocleziano, cenni e bibliografia in GUARINO, *SDR*.

n. 235. Ma v., con ampia e approfondita trattazione: AMELOTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano* (1960), spec. 51 ss.

Quando fu introdotta nell'editto la *condemnatio* limitata *intra annum* del fallito? Secondo me, per le considerazioni esposte nel testo, in un momento alquanto successivo a quello della recezione nell'editto della *bonorum venditio* (e in particolare della *venditio* dei *bona* del *fraudator*). Ma si tratta soltanto di un'ipotesi. Direi invece, con qualche punta di maggior convinzione, che persuada poco la tesi del LITEWSKI, 560, secondo cui la condanna limitata del fallito fu proclamata dall'editto dopo l'introduzione della condanna limitata del *bonis cedens*. Tutto fa supporre il contrario. Una volta ammessa la *condemnatio in id quod facere potest* del *bonis cedens*, l'analoga condanna del fallito non sarebbe stata ristretta ad un anno soltanto, ma sarebbe stata concessa senza limiti di tempo, oppure (e più probabilmente) sarebbe stata totalmente negata.

8. IL 'BONIS CEDENS'.

Sulla *bonorum cessio* (e sulla *condemnatio* limitata del *bonis cedens*): KASER, *RZPR*, 316 s. (con bibl.); GUARINO, *DPR*, n. 20. 6; da ultimo, LITEWSKI, 558 ss. Oltre Gai 3.78 e CI. 7.71.4, fanno riferimento alla *lex Iulia* la rubrica di CTh. 4.20 (*'Qui bonis ex lege Iulia cedere possunt'*) e B. 21.3.10 e sch. 2. È bene avere sott'occhio il testo di CI. 7.71.4 (Diocl. Maxim. *Chiloni* s.d.): *Legis Iuliae de bonis cedendis beneficium constitutionibus divorum nostrorum parentum ad provincias porrectum esse, ut cessio bonorum admittatur, notum est rell.* Sorvolo deliberatamente, in questa sede, sulle molteplici questioni (talune delle quali da ritenersi, francamente, insolubili) sollevate dai pochi e non sempre precisi frammenti relativi alla *cessio bonorum*; per una approfondita discussione, da ultimo: SOLAZZI, *Concorso* 4 (1943) 130 ss. Mi limito a segnalare che l'esclusione dei *fraudatores* dal beneficio sembra chiaramente implicata da P. Ryl. 2.75 (cfr. SOLAZZI cit. 145 s.).

In ordine al problema della paternità della *lex Iulia de bonis cedendis*, da ultimo: GIUFFRÈ, *La c. d. 'lex Iulia' de bonis cedendis*, in *Labeo* 18 (1972) 173 ss. (con bibl.). Ivi, 183 ss., una penetrante ricostruzione della *lex Iulia de pecuniis mutuis* del 49 a. C., legge peraltro di evidente carattere 'congiunturale'. L'argomento fondamentale su cui il Giuffrè basa la sua congettura della creazione della *bonorum cessio* da parte del pretore è costituito dal fatto che il maggior numero dei frammenti giurisprudenziali ad essa relativi proviene da commentari edittali; ma nessuno può dubitare del fatto che la *bonorum cessio* funzionasse per il tramite del pretore e dell'editto, sia perché il pretore doveva autorizzarla e sia perché la *cessio* sfociava in un procedimento di *bonorum venditio*.

Per il parallelo tra *lex Iulia de bonis cedendis* e *lex Iulia de fundo dotali*, v. SOLAZZI, *Concorso* 4, 135 nt. 1.

I testi relativi alla *condemnatio* limitata del *bonis cedens* sono due. D. 42.

3. 4 pr. (Ulp. 59 ed.): *Is qui bonis cessit si quid postea adquisierit, in quantum facere potest convenitur*. I. 4. 6. 40: *Eum quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere potest creditores cum eo experiuntur: inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari*. La frase finale del paragrafo delle Istituzioni è certamente di conio giustiniano (*inhumanum... erat*), ma rende bene la *ratio* del beneficio. Il SOLAZZI (*Concorso* 4. 170 s.) osserva che la giustificazione non centra il caso della *bonorum cessio*, ma si attaglia a tutte le ipotesi di debitori sottoposti a *bonorum venditio*: egli però non tiene presente che in diritto giustiniano, imperando ormai la *bonorum distractio*, solo il *bonis cedens* era praticamente esposto alla *venditio bonorum*. Quanto alla fonte dell'istituto, il PAMPALONI II, 216 nt. 5, ha sostenuto che essa sia da ravvisare nella stessa *lex Iulia* che introdusse la *cessio*, mentre il LEVET, 136 nt. 2, seguito dal LITEWSKI, 559, e dubitativamente dal SOLAZZI, 171 e nt. 2, pensa ad una introduzione posteriore (da parte dell'editto pretorio?). Io sono decisamente a favore dell'introduzione ad opera della stessa *lex Iulia*: sia perché la limitazione della condanna e l'*exceptio 'nisi bonis cesserit'* sono un 'complemento logico' della *cessio* (adopero parole del Solazzi), sia perché, come vedremo tra breve, la condanna limitata sembra essere scaturita piuttosto da una *praescriptio pro actore* che da una *taxatio* apposta alla *condemnatio*.

Il meccanismo giustiniano delle azioni creditorie *ex ante* e *post gesto* contro il *bonis cedens* (azioni esercitate con procedura *extra ordinem*) era sicuramente, nei suoi tratti generali, questo: i creditori agivano contro il *bonis cedens* chiedendone essi stessi la condanna *in id quod facere posset*, ma il *bonis cedens* si tutelava con un'*exceptio 'nisi bonis cesserit'*, in forza della quale era condannato (nel *quantum facere potest*) solo se avesse a sua disposizione un *modicum aliquid*, mentre in caso diverso era assolto (con possibilità tuttavia per i creditori di riproporre l'azione in un momento migliore). Quanto al meccanismo classico e 'formularie', nel testo ho prudentemente ipotizzato, tenendomi aderente ai frammenti della compilazione giustiniana, che esso fosse approssimativamente questo: i creditori *ex ante gesto* dovevano limitare la richiesta giudiziale mediante una *praescriptio pro actore* ('*ea res agatur in quantum reus facere potest*'), accontentandosi di quanto reperivano (sia pure un *nilil*) nel patrimonio del cedente; il cedente, ove fosse convenuto incautamente dai creditori (*ex ante* e *ex post gesto*) e non avesse a sua disposizione un *modicum aliquid* (da valutarsi dal giudice?), poteva forse (insisto sul forse) addirittura tutelarsi con un'*exceptio 'nisi bonis cesserit'*, che gli avrebbe fruttato addirittura (e una volta per tutte) l'assoluzione. Questo sistema è però facilmente criticabile (v. già, in parte, SOLAZZI, cit. 171 ss.), sopra tutto perché non si vede come e con quali criteri potesse essere valutato il '*modicum aliquid*' che fungeva da spartiacque tra la condanna all'*id quod facere potest* e l'assoluzione completa (quest'ultima, a quanto sembra, anche nei confronti dei creditori *ex post gesto*). Senza indugiarmi sull'arrischiata ipotesi del Solazzi (secondo cui l'*exceptio* era inserita nell'*iudicium* delle azioni intentate prima della *bonorum venditio* allo scopo di assolvere il convenuto se la cessione non risultasse effettuata regolarmente), passo qui a proporre un'ipotesi mia. In

età classica (nell'ambito della procedura formulare) non si faceva questione di '*modicum aliquid*' (v. già, in questo senso, PAMPALONI II, 216 nt. 8): i creditori *ex ante gesto* potevano convenire in giudizio il *cedens bonis* sempre che lo volessero, ma nei limiti dell'*id quod facere potest*; ai creditori *ex ante gesto* che omettessero di far inserire nell'*iudicium* la *praescriptio* relativa (e che quindi pretendessero il *solidum*) il convenuto (*bonis cedens*) poteva opporre un'*exceptio* intesa ad essere assolto nei confronti della loro smodata richiesta (cfr. Ulp. D. 42. 3. 6 itp.); i creditori *ex post gesto*, che non avevano fruito della *cessio bonorum*, potevano chiedere liberamente il *solidum*, esponendo il convenuto all'eventualità di una *venditio bonorum* (cfr. Mod. D. 42. 3. 7 itp., ove i compilatori parlano di *bonorum distractio*). È più che probabile, naturalmente, che le premesse per il diverso meccanismo giustiniano (che sembra essersi aperto alla tutela del *bonis cedens* anche nei confronti dei creditori successivi alla *cessio*) si siano profilate già in età classica, nell'ambito della *cognitio extra ordinem*.

9. I FIGLI 'EMANCIPATI', 'EXHEREDATI', 'ABSTENTI'.

Sulla cd. 'mera capacità di agire' delle persone *alieno iuri subiectae* e, in particolare, sulla capacità dei *fili familiarum* maschi ad obbligarsi *pro se* (con esecuzione differita alla fine dello stato di soggezione: cfr. Paul. 30 ed. D. 14. 5. 3 pr.): GUARINO, DPR. n. 28. 4 (con bibl.). Cfr., sul complesso argomento, LENEL, EP. § 104 ('*Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur*': v. D. 14. 5, CI. 4. 26).

L'editto sulla *condemnatio* limitata è riferito testualmente da Ulp. 29 ed. D. 14. 5. 2 pr.: *Ait praetor: 'in eum, qui emancipatus aut exheredatus erit quive abstinuit se hereditate eius cuius in potestate cum moritur fuerit, eius rei nomine, quae cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive sua voluntate sive iussu eius in cuius potestate erit contraxerit, sive in peculium ipsius sive in patrimonium eius cuius in potestate fuerit ea res redacta fuerit, actionem causa cognita dabo in quod facere potest'*. La mia impressione che il testo riferito da Ulpiano sia il risultato della ricucitura di editti successivi si basa sui seguenti indizi formali: '*quive abstinuit*' (in luogo di '*quive abstinuerit*') non si accorda col '*qui emancipatus vel exheredatus erit*'; l'*'in potestate erit'* della frase '*sive iussu — contraxerit*' non corrisponde all'*'in potestate fuerit'* della frase successiva ('*sive in peculium rell.*': cfr. già B. 18. 3. 2 sch. 2 e 3, Schelt. B. 3. 1094 s.). In ordine a queste sconcordanze la critica romanistica pensa piuttosto ad un guasto del supposto testo 'giuliano' dell'editto: per tutti, LITEWSKI, 534 nt. 258. In materia: LEVET, 61 ss.; SOLAZZI, 216 s.; LITEWSKI, 534 ss.

Per migliori informazioni (con bibl.) sull'*emancipatio*, sull'*exhereditio* e sull'*abstentio*: GUARINO, DPR. n. 48. 3, 36. 4, 40. 3. Si noti che l'*emancipatus*, come tutti coloro che subivano la cd. *capitis deminutio minima*, non era più obbligato *iure civili* verso i suoi creditori: questi potevano però chiedere ed ottenere *iure praetorio* la *in integrum restitutio* di cui all'editto riferito da Ulp. 12 ed. D. 4. 5. 1 (cfr. LENEL, EP. § 42). Se è vero che Lab. 1 ed., citato da Ulp. 11 ed. D. 50. 16. 19, commenta anche le parole ('*actum contractumve*') di questo editto, se ne

può dedurre che almeno la clausola sugli *emancipati* già figurava nell'albo ai tempi di Augusto: il che non autorizza a dire, col LEVET 64 nt. 9, che tutto il complesso editto di D. 14.5.2 pr. sia stato pubblicato in una volta sola agli inizi del principato.

Le obbligazioni cui si riferiva l'editto di D. 14.5.2 pr. erano intese dalla giurisprudenza come *ex contractu* nel senso più lato (cfr. Sab. Cass. Pap. D. 28.7.37.2), dessero luogo ad un *iudicium strictum* o ad un *iudicium bonae fidei* (cfr. D. 14.5.6 e 7, 14.6.5, 42.1.10), purché non fossero *ex delicto*: Ulp. 29 *ed.* D. 14.5.4.2: *Quamquam autem ex contractu in id quod facere potest actio in eum datur, tamen ex delictis in solidum convenietur*. Alle obbligazioni da delitto erano equiparate (conseguenza: condanna in *solidum*) quelle da atto lecito poste in opera dall'*alieni iuris* con dolo: Marc. Ulp. 29 *ed.* D. 14.5.4.1 (figlio che *patrem familias se mentitus est*); Ulp. 2 *disp.* D. 14.5.6 (figlio che *se patrem familias simulavit*). Se il *filius familias* si era astenuto dall'eredità, perché vittima di violenza morale (o anche, presumibilmente, perché vittima di *dolus malus*), la condanna limitata doveva essergli elargita (cfr. Paul. 30 *ed.* D. 14.5.5.2).

Degno di nota (e già segnalato nel testo) è che l'editto di D. 14.5.2 pr. non sembra tener conto della possibilità che l'*emancipatus* ottenesse la partecipazione successoria al patrimonio paterno a titolo di *liber* ammesso alla *bonorum possessio*: l'ipotesi che, per questa parte, l'editto sia di introduzione anteriore a quelli sulla successione pretoria (*cum re*) si impone, anche se lo stato delle nostre conoscenze non permette di fare ulteriori precisazioni. Meno significativa è invece l'omessa previsione della *querella inofficiosi testamenti*, che, pur se e quando divenne di latissima applicazione, fu sempre considerata un istituto a carattere eccezionale (che, in ogni caso, comportava il riconoscimento del titolo di *heres* al querelante). Ma, prima di abbandonarsi ad illazioni sullo stato del diritto classico, si ricordi che la concessione della *condemnatio* limitata era subordinata ad una *causae cognitio*: il che avrà comportato, quanto meno nel sec. I d.C., che il magistrato giudicante non abbia iniquamente favorito chi, in un modo o nell'altro, dell'eredità paterna avesse congruamente fruito (ed avrà comportato, supponiamo, che questo *modus operandi* nella concessione della *condemnatio* limitata sia divenuto in seguito assolutamente ovvio). La linea di tendenza della giurisprudenza classica in argomento è comunque sufficientemente denunciata dall'attenzione dedicata da Paolo ad un caso limite: quello di un figlio *exheredatus* cui il padre (tardivamente pentito?) abbia lasciato l'eredità (o quota della stessa) a titolo di fedecommissario. Dato che il SC. *Trebellianum* (56 o 57 d.C.) aveva disposto che il fedecommissario universale fosse considerato *heredis loco* e godesse delle azioni ereditarie in via utile, Paolo (30 *ed.*, D. 14.5.5.1) afferma che il figlio diseredato non deve ottenere la limitazione della condanna *'quia effectu quodammodo heres est'*. La linea di tendenza era, dunque, quella 'effettuale', cioè dell'effettivo acquisto del patrimonio attivo paterno da parte del *filius*. Se poi il figlio aveva acquistato beni a titolo successorio da persone diverse dal *pater* (la madre o un estraneo), è evidente che in ordine a questi beni la condanna era in *solidum*,

Quid se il filius familias aveva conseguito la situazione di sui iuris in modo diverso dall'emancipatio? Si occupa di questa ipotesi Ulp. 29 *ed.* D. 14.5.2.1, che esamineremo *infra*. Il frammento è in questa parte palesemente alterato: *Sed si citra emancipationem sui iuris factus sit vel in adoptionem datus, deinde pater naturalis decesserit, ...aequissimum est causa cognita etiam in hunc dari actionem in id quod facere potest*. BESELER (*Beitr.* 2. 39) sostituisce *citra emancipationem* con *alio modo*, che gli suona meglio; KRUEGER (D.) elimina *deinde pater naturalis decesserit*, perché solo in diritto giustiniano il *filius in adoptionem datus* conservava (trattandosi della cd. *adoptio minus plena*) i diritti successori verso il padre: cfr., da ultimo, LITEWSKI, 537 ss. La seconda interpolazione è probabile, la prima è possibile, ambedue sono sostanzialmente irrilevanti. Quel che Ulpiano ha voluto dire è, presumibilmente, questo: il figlio può passare a *sui iuris* senza emancipazione (perché assunto alla carica di *flamen dialis*), oppure può essere dimesso dalla *patria potestas* mediante *adoptio* (o, si aggiunga, mediante *noxae deditio* oppure *venditio*) divenendo *sui iuris* in un secondo tempo; divenuto *sui iuris*, egli potrà essere chiamato, con accorto uso della *causae cognitio*, a rispondere dei debiti assunti quando era in *potestate patris* nei limiti di *quantum facere potest*. In diritto giustiniano (essendo ormai fuori uso il *flamen dialis*, il *ius vendendi*, il *ius noxae dandi* e, in parte, la vecchia *adoptio*) la possibilità del passaggio a *sui iuris* 'citra emancipationem' sussisteva per casi nuovi (es.: l'elevazione a vescovo, a console, a *praefectus praetorio*, a *magister militum*), mentre per l'ipotesi di *adoptio* si ritenne che del beneficio potesse parlarsi solo se l'*adoptio* fosse *minus plena*. Ma va avvertito che l'argomento è vivamente discusso (cfr. LEVET, 67 ss., con bibl.) e che può anche darsi che Ulpiano abbia tralasciato di occuparsi delle fattispecie di *adoptio*, *venditio* e *noxae datio* (dal che deriverebbe l'interpolazione anche di *vel in adoptionem datus*).

In ordine all'ipotesi del *filius institutus* 'ex parte minima' i frammenti da tener presenti sono tre. D. 14.5.7 (Scaev. 1 *resp.*): *Pater filio permisit mutuum pecuniam accipere et per epistulam creditori mandavit, ut ei crederet: filius ex minima parte patris heres exstitit. respondi esse in potestate creditoris, utrum filium, cui credidisset, in solidum, an heredes, pro qua parte quisque successisset, mallet convenire* [: *sed filius condemnatur in quantum facere potest*]. D. 14.5.2.1 (Ulp. 29 *ed.*): *...item si quis ex minima parte sit institutus, aequissimum est causa cognita etiam in hunc dari actionem in id quod facere potest*. D. 14.5.4 pr. (Ulp. 29 *ed.*): *Sed si ex parte non modica sit heres scriptus filius, in arbitrio est creditoris, utrum pro portione hereditaria an in solidum eum conveniat. [sed et hic iudex aestimare debeat, ne forte in id quod facere potest debeat conveniri]*. I fr. 2.1 e 4 pr. e 1 sono giustamente unificati da LENEL, Ulp. 867. Ampiamente sul tema, con opportune considerazioni, da ultimo: LITEWSKI, 538 ss.

Per rendersi meglio conto dell'ampio ventaglio di soluzioni offerto dalla *causae cognitio*, si legga D. 14.5.4.4 (Ulp. 29 *ed.*): *Sed an etiam temporis haberi debeat ratio, ut, si quidem ex continenti cum filio agatur, detur actio*

in id quod facere potest, sin vero post multos annos, non debeat indulgeri? et mihi videtur rationem habendam esse: in hoc enim causae cognitio vertitur.

10. IL 'DONATOR'.

Sulla *donatio*: GUARINO, DPR. n. 31. 4 e 91. 8 (con bibl.). Sulla *condemnatio* limitata del *donator*: LEVET, 94 ss.; SOLAZZI, 218 s.; LITEWSKI, 563 ss.

Ecco i frammenti che parlano per esplicito del *rescriptum divi Pii*. D. 39. 5. 12 (Ulp. 3 *disp.*): *Qui ex donatione se obligavit, ex rescripto divi Pii in quantum facere potest convenitur... D. 23. 3. 33* (Ulp. <S> 6 *Sab.*): *... hoc enim divus Pius rescripsit eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id quod facere possunt condemnandos. D. 50. 17. 28* (Ulp. 36 *Sab.*): *Divus Pius rescripsit eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id quod facere possunt condemnandos.* A proposito di D. 23. 3. 33 (su cui torneremo *infra* n. 14), la correzione dell' *inscriptio* è suggerita dalla *lex geminata* di D. 50. 17. 28, nonché dalla ricostruzione palinogenetica del Lenel. Il testo è certamente guasto e in altri tempi, sottoponendolo ad una critica estremamente intollerante, io ho sostenuto che la frase *hoc enim—condemnandos* faccia parte di una inserzione postclassico-pregiustiniana che è stata, a sua volta, utilizzata dai compilatori di Giustiniano per la formulazione della *regula iuris* di D. 50. 17. 28: GUARINO II, 37 ss. (ivi altre citazioni). Giusta o non giusta che sia quella critica, essa non tocca la veridicità della notizia, comunque garantita da D. 39. 5. 12: se mai, essa permette di negare anche in questo testo l'uso classico di *'liberalitas'* (in luogo di *'donatio'*), avversato dal PRINGSHEIM (*'Liberalitas'*, in *St. Albertario* [1953] 1. 659 ss., spec. 681 s.) e da altri. Ma se, nell'esame critico di D. 23. 3. 33, tutto il male si limitasse al genericizzante *'liberalitas'* (spiegabile in un'epoca in cui *'donatio'* ha acquistato, per effetto della riforma di Costantino, un significato più ristretto e preciso), confesso che non avrei oggi esitazione alcuna ad attribuire il termine ad Ulpiano. V. in proposito, da ultimo, LITEWSKI, 565 nt. 401.

Su D. 42. 1. 41. 2 v. già GUARINO IV, 33, limitatamente al carattere spurio di *'beneficio constitutionis'*.

Sui *rescripta principum*: GUARINO, SDR. n. 209. Manca uno studio approfondito sull'opera *'legislativa'* di Antonino Pio.

L'inammissibilità della *condemnatio* limitata fuori dei casi di donazione obbligatoria risulta chiaramente affermata da Paolo, in risposta ad un complesso quesito postogli da un suo allievo (a noi noto anche attraverso altri frammenti), Nesennio Apollinare. Senza con ciò sconfessare la minuziosa (forse troppo esigente) analisi critica cui ho sottoposto il testo in GUARINO II, 67 ss., riporto qui il frammento con minimi ritocchi chiarificativi rispetto al dettato giustiniano. D. 42. 1. 41 pr. (Paul. 14 *quaest.*): *Nesennius Apollinaris: si te donaturum mihi delegavero creditori meo, an in solidum conveniendus sis?*

et si in solidum conveniendus, an diversum putes, si non creditori meo, sed ei, cui donare volebam, te delegavero? et quid de eo, qui pro muliere, cui donare volebat, marito eius dotem promiserit? respondit: [nulla creditor exceptione summo veretur, licet is, qui ei delegatus est, poterit uti adversus eum, cuius nomine promisti:] <ab eo cui donare non volebas in solidum conveniendus sum>: cui similis est maritus [maxime si constante matrimonio petat]. et sicut heres donatoris in solidum condemnatur et ipse fideiussor, quem in donando adhibuit, ita et ei, cui non donavit, in solidum condemnatur. I quesiti di Nesennio sono tre: a) A (delegante) ordina a B (delegato), il quale vuol fargli una donazione, di promettere l'importo della donazione a C (delegatario), di cui A è debitore; b) A delega B a promettere l'importo della liberalità a C, cui A vuol fare una donazione; c) A (moglie o futura moglie di C) ordina a B, che le vuol fare una donazione, di promettere l'importo come dote a C: in queste tre diverse ipotesi, se C agisce per l'esecuzione della promessa contro B, questi dovrà essere convenuto *in solidum* o *in id quod facere potest*? La risposta al quesito a è *'in solidum'*, per il fatto che l'attore C è e resta creditore a titolo oneroso; la risposta al quesito c è *'in solidum'*, per il fatto che l'attore C (pur se agisca *constante matrimonio*) è un marito che chiede la dote ad un estraneo (v. *infra* n. 14); la presumibile risposta al quesito b è *'in id quod facere potest'* per il fatto che l'attore C è, a tutti gli effetti, un donatario. Dunque, nell'ipotesi di *delegatio obligandi*, non basta che sia donatario del delegato il delegante: occorre che assuma veste di donatario (verso il delegante) anche il delegatario. Cfr. anche *Triph. 7 disp.* D. 46. 2. 33 (peraltro interpolato nell'uso di *exceptio* oppure riferito *ab origine* alla *cognitio extra ordinem*): *Si Titius donare mihi volens delegatus a me creditori meo stipulanti spondit, non habebit adversus eum illam exceptionem, ut quatenus facere potest condemnatur: nam adversus me tali defensione merito utebatur, quia donatum ab eo petebam, creditor autem debitum persequitur.* Cfr. anche D. 39. 5. 33. 3 (Hermog. 6 *jur. epit.*): *Si, cum Primus tibi donare vellet et tu donandi Secundo voluntatem haberes, Primus Secundo ex voluntate tua stipulanti promiserit, perficitur donatio et quia nihil Primus Secundo, a quo convenitur, donavit, ei quidem in solidum, non in id quod facere potest condemnatur. idque custoditur et si delegante eo, qui donationem erat accepturus, creditori eius donator promiserit: et hoc enim casu creditor suum negotium gerit.*

La donazione obbligatoria non doveva essere necessariamente fatta mediante il negozio (cui normalmente si ricorreva) della *stipulatio*. Ermogeniano (6 *jur. epit.* D. 39. 5. 33 pr.) ammette come cosa pacifica la *condemnatio* limitata anche nell'ipotesi di chi, avendo promesso *donationis causa* mediante *stipulatio*, abbia poi ottenuto dal donatario una proroga mediante un patto di *constitutum debiti (proprii)*: *Qui id, quod ex causa donationis stipulanti sponderat, solvi constituit, actione constitutae pecuniae non in solidum sed in quantum facere potest convenitur: causam enim et originem constitutae pecuniae, non iudicii potestatem praevalere placuit...*

11. LE ALTRE FATTISPECIE. L'ISTITUTO DELLA 'DOS'.

Sull'istituto della *dos*: GUARINO, *DPR*. n. 51 (ivi bibl.). Per le considerazioni svolte nel testo, v. già GUARINO, *rc.* a SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der 'actio rei uxoriae'*, in *Iura* 20 (1969) 688 ss., spec. 692.

Il collegamento della *dos* col *matrimonium* è un motivo ricorrente nelle fonti letterarie romane, così come è ricorrente nelle stesse la funzione di indice del matrimonio che assumeva la dote. Significativa, ad esempio, è la preoccupazione di un personaggio del *Trinummus* plautino, il giovane Lesbonico, di assegnare ad ogni costo un fondo in dote alla sorella (e ciò malgrado che l'innamorato di costei, Lisitele, lo rifiutò per non ridurlo sul lastrico) affinché la gente non dica ch'egli l'ha data in concubina e non in moglie (vv. 688 ss.): *Nolo ego mihi te tam prospicere qui meam egestatem leves, / sed ut inops infamis ne sim: ne mihi hanc famam differant / me germanam meam sororem in concubinatum tibi, / si sine dote <dem>, dedisse magis quam in matrimonium*. Ma gli esempi si potrebbero moltiplicare, e non è davvero il caso di aggiungervi gli episodi più o meno immaginari di unioni contro natura travestite da matrimoni proprio mediante le *tabulae dotales* (oltre i riti consueti): cfr. Iuven. *Sat.* 2. 117 ss.; Martial. 12. 42; Suet. *Nero* 28. È fuor di dubbio che queste fonti (non meno di numerose fonti giuridiche: ad es., Iul. D. 12. 6. 32. 2, Iul. D. 35. 2. 85, Afric. D. 21. 2. 24, Venul. D. 42. 8. 25, 1, Marcell. D. 23. 3. 59. 1, Pap. D. 31. 77. 9, Gai. D. 30. 69. 2, Paul. D. 12. 4. 9. 1, Ulp. D. 23. 3. 9. 1, Ulp. D. 23. 3. 40, Ulp. D. 44. 4. 4. 21, Mod. D. 23. 3. 63) denunciano essenzialmente un costume sociale, ma rimane degno di nota che mai un cenno si trova nelle fonti in ordine alla situazione di chi la dote non se la poteva permettere. Di più. Quando si leggono testi come Paul. 60 ed. D. 23. 3. 2 (*Reipublicae interest mulieres dotem salvas habere, propter quas nubere possunt*) o Pomp. 15 *Sab.* D. 24. 3. 1 (... *publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas... maxime sit necessarium*), si ha netta l'impressione che i giuristi romani dell'età classica (e i loro posteri post-classici e giustinianeï) non ritenessero giuridicamente rilevanti le unioni senza dote.

L'obbligo del *pater* di non opporsi al matrimonio della figlia e di munire quest'ultima di una dote risulta sopra tutto da un testo famosissimo, che ha dato luogo ad una sterminata letteratura (da ultimo: ASTOLFI, *La 'lex Iulia et Papia'* [1970] 57 ss., bibl. a p. 59 nt. 7): D. 23. 2. 19 (Marcian. 16 *inst.*): *Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt <per praetorem>, vel ex constitutione divorum Severi et Antonini per proconsules praesidesque provinciarum, coguntur in matrimonium collocare et dotare*. Il testo ha certamente subito qualche guasto, ma la tesi oggi dominante della totale alterazione postclassica non è giustificata; al più può dubitarsi se l'obbligo di dotare sia stato sancito, anziché dalla *lex Iulia*, da Severo e Caracalla.

La formula dell'*actio rei uxoriae* è incerta. L'unico punto sicuro è che la *condemnatio* avesse ad oggetto il *quod melius aequius erit*: Cic. *top.* 17. 66, Cic. *de off.* 3. 15. 61, *Lab. D.* 24. 3. 66. 7, Proc. D. 46. 3. 82. Secondo il LENEL, *EP.* 305, vigorosamente sostenuto dal KASER, *Die Rechtsgrundlage der 'actio rei uxoriae'*, in *RIDA.* 2 (1949) 511 ss. (ivi bibl., cui *adde*, da ultimo, SÖLLNER, *cit.* 137 ss.), il testo doveva essere il seguente: *Si paret Nm Nm Aae Aae dotem partemve eius reddere oportere, quod eius melius aequius erit, eius, iudex, Nnv Nm Aae Aae condemnato; s.n.p.a.* A me non sembra che si potesse parlare di un '*oportere reddi*', che avrebbe implicato un diritto della moglie ad una restituzione (*reddere*) anche di cespiti non passati da lei al marito. Ritengo pertanto più cauta una formulazione che, sul presupposto di una costituzione di dote a favore di Ageria (la moglie), invitasse il giudice a condannare Numerio Negidio (il marito) al *quod eius* (della *res uxoria*) *melius aequius erit dare facere* (o *dare repromittere*).

12. IL 'MARITUS' E LA 'UXOR'.

Sulla *condemnatio* limitata del *maritus* e della *uxor*: LEVET, 9 ss. e 35 ss.; SOLAZZI, 213 ss.; LITEWSKI, 504 ss., 527 ss. (con bibl.).

Pomp. 16 *Sab.* D. 24. 3. 18 pr., relativo al *maritus*, afferma che la condanna limitata va elargita, secondo Labeone, anche ai *filii mulieris, qui patri* (al marito) *heredes extiterunt* e continua, nel paragrafo 1, sottolineando che il marito è tenuto all'*id quod facere potest vel dolo fecit quo minus possit*, non anche alle conseguenze della semplice *culpa*. Ecco come prosegue il paragrafo 1: *Ofilius autem aiebat, si dolo mariti res dotalis interisset et alioquin (maritus) solvendo non esset, quamvis nihil dolo fecisset, quo minus solvendo esset, perinde tamen eum damnandum eius rei dotalis nomine in qua dolum fecisset, atque si dolo eius factum esset, quo minus facere possit [rell.]*. Ragionamento sottile, ma giusto, che denuncia il carattere risalente della *condemnatio* limitata del *maritus* e dell'attenzione dedicata alla stessa dalla giurisprudenza repubblicana. È chiaro, in altri termini, che i giuristi repubblicani, se non proprio dagli inizi dell'*actio rei uxoriae*, certamente assai per tempo, nel corso del sec. I a. C., cominciarono a sostenere che il *quod aequius melius* comportasse anche la limitazione della condanna (da parte del giudice) all'*id quod maritus facere potest*: il che, peraltro, non poté venire loro in mente se già l'editto non avesse introdotto per altri casi (secondo me, per il caso del *socius*) la condanna limitata.

Che la condanna del *maritus* all'*id quod facere potest* fosse comportata dal potere del giudice di assegnare alla moglie il '*quod melius aequius*' si può dedurre da Paul. 7 *Sab.* D. 24. 3. 17. 2: *Si in iudicio dotis iudex ignorantia iuris lapsus condemnaverit maritum in solidum, Neratius Sabinus doli exceptione eum uti oportere aiunt eaque tutum fore*. Se la formula editale (o comunque il *iudicium* concretato in *ture*) avessero esplicitamente limitato la *condemnatio* al *quantum maritus facere potest*, il giudice, condannando il ma-

rito *in solidum*, non sarebbe stato vittima di *ignorantia iuris*, ma (nella migliore delle ipotesi) di *error facti*: l'errore del giudice è consistito nel non rendersi conto delle implicazioni del 'quod melius aequius', ed appunto perciò si riconosce al marito, convenuto con la successiva *actio iudicati*, la *exceptio doli* contro la moglie: così LENEL, *EP.* 307; LITEWSKI 471 s. Altri però pensano che l'errore del giudice sia consistito nel condannare il marito (in un'epoca anteriore ad Antonino Pio) anche in ordine ad obbligazioni sorte posteriormente al matrimonio: cfr. SOLAZZI, 215.

La costituzione di Giustiniano che parla di *reverentia* tra i coniugi, ribaltando il principio all'epoca classica, è tutta da leggere. Mi limito a riferire *CI.* 5. 13. 1. 7 (nel titolo 'De rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita': *Iust. ad populum urbis Constantinopolitanae et universos provinciales*, a. 530): *Cum autem in exactione dotis ex stipulatu quidem actio naturaliter restitutionem dotis ex parte mariti uxori ilico et in solidum fieri iubebat, rei uxoriae autem annua bima trima die in his quas pondere numero mensura consistunt exactionem pollicebatur, et non in solidum, sed quantum maritus facere potest, si non dolo malo suam deminuit substantiam, in hac parte rudem figuram ex stipulatu damus actioni, ut, si matrimonium fuerit dissolutum nullo pacto adhibito, in tantum quidem maritus condemnatur, in quantum facere potest, quia hoc aequissimum est et reverentiae debitum maritali, si non dolo malo versatus est: cautione videlicet ab eo exponenda, quod, si ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus persolvit, hoc restituere procurat.* LO ZANZUCCHI (*Il divieto delle azioni famose e la 'reverentia' tra coniugi in diritto romano*, in *RISG.* 42 [1906] 180 ss., 47 [1910] 273 ss.) ha vigorosamente sostenuto il carattere giustiniano del principio di *reverentia* tra coniugi, forse esagerando alquanto (facile gioco ha avuto nei suoi confronti l'anticritica, peraltro a sua volta visibilmente esagerata, del KRETSCHMAR, *Kritik der Interpolationenkritik*, in *ZSS.* 59 [1969] 189 ss.): il mio pensiero in materia in GUARINO, *DPR.* n. 50. 2. 4. Interpolato (v. *Index itp. ahl.*) è sicuramente *D.* 24. 3. 14. 1 (Ulp. 36 Sab.): *Eleganter quaerit Pomponius libro [quinto] <sexto> decimo ex Sabino, si paciscatur maritus ne in id quod facere potest condemnatur, sed in solidum, an hoc pro pacto servandum sit? et negat servari oportere, quod quidem et mihi videtur verum; namque contra bonos mores id pactum esse melius est dicere [quippe contra receptam reverentiam, quae mariti exhibenda est, id esse apparet].* (Il caso è il rovescio di quello esaminato *retro* nt. 3 a proposito di Ulp. 36 Sab. *D.* 2. 14. 49, testo che è unito con questo in LENEL, Ulp. 2803. Pomponio contesta il *pactum* perché la condanna limitata del marito è implicata dai *boni mores* che stanno alle spalle del *quod aequius melius*, mentre non si vede perché, mancando questo ostacolo, il marito non possa rinunciare pattiziamente alla *reverentia* dovutagli).

La tesi del PAMPALONI, I 65 ss., è che *personale* fosse solo il *beneficium* accordato al marito *ex omni contractu*, mentre il beneficio spettante a quest'ultimo se convenuto con l'azione *rei uxoriae* sarebbe stato 'causale' e sarebbe

stato trasformato in *personale* da Giustiniano. Al servizio di questa tesi il Pampaloni sostiene l'interpolazione giustiniana dei frammenti che escludono l'estensione della *condemnatio* limitata ad altre persone fuori che al marito (*D.* 24. 3. 12, 13, 15. 1; *D.* 42. 1. 23, 24. 1, 25), mentre assume che l'estensione al padre del marito (*D.* 42. 1. 21; *D.* 24. 3. 27) e al figlio (*D.* 24. 3. 18 pr.) sarebbero delle sopravvivenze del diritto classico. V. in senso contrario: LEVET, 19 nt. 29, e SOLAZZI, 214 nt. 2. Come dico nel testo, dato e non concesso che le interpolazioni asserite dal Pampaloni siano sostenibili, per accettare la tesi del Pampaloni dovremmo ritenere interpolati anche i testi sul padre e sul figlio del marito.

Su *D.* 42. 1. 52 (Triph. 12 disp.) cfr. GUARINO, 'Res amotae', in *ANA.* 75 (1964) estr. n. 9 (con bibl.), al quale rinvio.

Su *D.* 42. 1. 20 (Mod. 2 diff.) cfr. specialm. SOLAZZI, 213 s. *Sin.* 6. 12, che non riferisce il *quod et rell.*, permette di individuare anche un altro guasto del brano riportato dai *Digesta*. Al 'sed ex aliis quoque contractibus' corrisponde in esso (qui si riferisce la traduzione latina) un più corretto 'sed etiam ex omni contractu', che evita di dover considerare *ex contractu* l'*actio rei uxoriae*.

Su Paul. 37 ed. *D.* 25. 2. 21. 6 (*Nec viro nec mulieri prodest in hoc iudicium, si facere non possunt: pendet enim id ex furto*), relativo all'*actio rerum amotarum*, ampia discussione in GUARINO, 'Res amotae' cit. n. 9.

In conclusione, a partire dalla costituzione di Antonino Pio il marito fruì, se convenuto dalla moglie, della *condemnatio* limitata per ogni credito che non fosse da delitto (Triph. *D.* 42. 1. 20, Paul. *D.* 25. 2. 21. 6). Il beneficio ebbe carattere personale (Pomp. *D.* 24. 3. 18 pr.), ma si estese eccezionalmente al *pater familias* del marito (Paul. *D.* 24. 3. 15. 2; Triph. *D.* 24. 3. 53; Paul. *D.* 42. 1. 21; Pomp. *D.* 24. 3. 16; v. però SOLAZZI, 214 nt. 4) ed ai *fili mulieris, qui patri heredes extiterunt* (Pomp. *D.* 24. 3. 18 pr.). Furono escluse le obbligazioni sorte posteriormente allo scioglimento del matrimonio (Scaev. *D.* 3. 5. 34 pr., su cui *infra* n. 18, e forse, per implicito, Paul. *D.* 24. 3. 17. 2, su cui SOLAZZI, 215), con l'eccezione dell'*actio funeraria* che fosse esercitata contro il marito per il rimborso delle spese sostenute per le onoranze funebri alla moglie di lui (Ulp. 25 ed. *D.* 11. 7. 27. 2: *Praeterea maritus puto funeraria in id denum teneri, quod facere potest: id enim lucrari videtur, quod praestaret mulieri, si conveniretur*; ma v. LITEWSKI, 508 nt. 160). Quanto alla moglie, valga quanto si è detto nel testo a proposito di Triph. *D.* 42. 1. 20. Infine non risulta (ed è poco probabile) che il beneficio competesse per le obbligazioni sorte anteriormente al matrimonio: LEVET, 25 (ma v. anche, con considerazioni poco convincenti, SOLAZZI, 215 s.).

13. IL 'PROMISSOR DOTIS'.

Sulla *condemnatio* limitata in ordine al *promissor dotis*: LEVET, 35 ss.

(*uxor*), 120 ss. (*socer*); SOLAZZI, 239 ss.; LITEWSKI, 509 ss. (con bibl. e riassunto del complesso *status quaestionis*, per il quale v. tuttavia anche, più diffusamente, GUARINO I, 172 ss.). L'argomento è stato affrontato da me in GUARINO I e II: due studi dai cui risultati, salvo che nei particolari e nel rigore eccessivo di certe analisi esegetiche, non credo di dovermi sostanzialmente discostare.

I testi relativi alla *condemnatio* dell'*extraneus promissor dotis* sono D. 23. 3. 84 (riportato *infra* in questa nota), D. 42. 1. 41 pr. (Paul. 14 *quaest.*, riportato e discusso *retro* nt. 10), D. 23. 3. 33 (Ulp. <3> 6 *Sab.*), che riporto nella ricostruzione (fondamentalmente accettabile) di GUARINO II, 73 ss.: *Si extraneus sit qui dotem promisit isque defectus sit facultatibus, imputabitur marito, cur eum non convenerit [maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserat: nam si donavit, utcumque parcendum marito qui eum non praecipitavit ad solutionem qui donaverat quemque in id quod facere posset, si convenisset, condemnaverat]. hoc enim divus Pius rescripsit eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id quod facere possunt condemnandos. sed [si vel pater vel ipsa promiserunt,] Iulianus quidem libro sexto decimo digestorum scribit etiam si pater promisit, periculum respicere ad maritum: quod ferendum non est. [debebit igitur mulieris esse periculum: nec enim quicumque iudex propriis auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promisit, non urserit ad exsolutionem, multo minus, cur ipsam non convenerit]. recte itaque Sabinus [disposuit, ut diceret] quod pater vel ipsa mulier promisit viri periculo non esse [quod debitor, id viri esse,] quod alius [scilicet donaturus,] eius periculo ait, cui acquiritur [acquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit].* Le conclusioni cui sono pervenuto nel citato studio (conclusioni sostanzialmente seguite dal Litewski) sono: a) per '*extraneus*' si deve intendere, nel nostro argomento, qualsiasi terzo, non legato alla moglie da vincoli di parentela e al marito da relazione di affinità (*amplius*, sul punto, in polemica col Solazzi ed altri: GUARINO, '*Extraneus*', in ZSS. 61 [1941] 387 ss.); b) il diritto classico non ammise, nemmeno dopo il rescritto di Antonino Pio sul *donator*, la condanna dell'*extraneus promissor dotis* nei limiti del *quantum facere potest*; c) D. 23. 3. 33 (che contrasta, nello stesso tit. D. 23. 3, col fr. 84) non è stato interpolato dai compilatori, ma da lettori post-classici pregiustiniani e non fa stato per il diritto di Giustiniano; d) solo il diritto postgiustiniano (cfr. sch. 1 a B. 29. 1. 79) dette rilievo al '*maxime si ex necessitate, non ex voluntate (extraneus) dotem promiserat*' di D. 23. 3. 33, allo scopo di conciliare questo testo con D. 23. 3. 84.

Sull'*adfinitas*: GUARINO, '*Adfinitas*' (1939), ove si dimostra che dal diritto classico (e ancora ai tempi della compilazione dei *Vaticana fragmenta*, quindi nel sec. IV d. C.) l'*adfinitas* era ritenuta intercorrente tra i coniugi e, (di regola) *manente matrimonio*, tra ciascun coniuge e gli ascendenti e discendenti immediati (sia in linea maschile che in linea femminile) dell'altro (cfr. specialm. Vat. 218 e 262). Questa tesi è stata avversata, da ultimo, dal BRANCA, sv. *Affinità (d. rom.)*, in ED. 1 (1958) 690 s. e, in *subiecta materia*, dal LITEWSKI, 515

nt. 198 e *passim*. Qui non è il caso di rispondere partitamente, sopra tutto sul piano esegetico, alle critiche che mi sono state mosse. Con riferimento al disegno tracciato in GUARINO, DPR. n. 49 e 50, mi limiterò a dire che quelle critiche dipendono essenzialmente dall'errore di credere che il *matrimonium (sine manu)* fosse, in diritto romano classico, un negozio produttivo di un 'vincolo' (o più esattamente di un ente, sia pur dissolubile mediante divorzio) tra i coniugi. Viceversa il rapporto tra i coniugi (analogamente, almeno a mio avviso, a quello tra i *socii*) era solo un rapporto di alleanza, che teneva uniti il marito e la moglie (con conseguenza di figliolanza legittima) se ed in quanto perseverasse il loro *consensus*, il loro voler stare insieme nella *domus maritalis* (tanto vero che la moglie, pur vivendo nella casa del marito e sottoponendosi all'autorità domestica di costui, rimaneva giuridicamente partecipe della propria *familia*). Ciò posto, è comprensibile che i coniugi fossero ritenuti *socii* o *adfines*, non diversamente dai loro *cognati* più stretti (i genitori e i figli di altro letto): i cd. divieti di nozze, a matrimonio disciolto, tra un coniuge e i parenti dell'altro si inquadrano in una logica diversa (quella delle *nuptiae nefariae atque incestae*) che indusse ad altro titolo a parlare di divieti di matrimoni tra affini (o più precisamente tra ex-affini). (Molto interessante è l'avvicinamento tra *adfines* e *socii* che si legge nello sch. 4 a B. 12. 1. 61, *summa* di D. 17. 2. 63 pr.).

Su D. 42. 1. 22 pr. v. GUARINO I, 188 ss. Qui, peraltro, nel negare (giustamente) la pretesa controversia tra Muciani e Serviani, si giunge (ingiustamente) a dichiarare inverosimile che Q. Mucio si sia espressamente occupato del problema della *condemnatio* limitata.

Su D. 23. 3. 84 v. GUARINO I, 184 ss.: *Si de dote — condemnabitur, [si dirempto — puto:] [quid enim — insidiaretur?]*. Si fa l'ipotesi di due glossi pregiustiniani di mano diversa.

Su D. 42. 1. 21 v. GUARINO I, 193 s.

Su D. 24. 3. 17 v. GUARINO I, 190 ss. (pr.), 194 ss. (paragrafo 1), con considerazioni parzialmente diverse.

A conclusione del discorso, è opportuno far cenno della tesi critica sostenuta, da ultimo, dal LITEWSKI, 515 ss., il quale non condivide pienamente le mie analisi testuali. Secondo il Litewski, dunque, D. 42. 1. 22 pr. e D. 23. 3. 84 itp. effettivamente limitano la concessione alle azioni esercitate *manente matrimonio*, ma D. 24. 3. 17. 1 e D. 42. 1. 21 (itp. in '*sed alio iure utimur*') no: di qui l'affermazione che i primi due frammenti si riferiscono alla *dotis promissio*, mentre gli altri due hanno tratto alla *dotis dictio*, la quale ultima era il negozio formale *ad hoc* per la costituzione di dote da parte di persone direttamente interessate al matrimonio (la *mulier sui iuris*, il suo ascendente *cum potestate*, il suo debitore). L'evidente arbitrarietà di questa teoria mi esime da una contestazione minuta dei suoi argomenti.

14. 'PARENTES' E 'PATRONI'.

Sulla *condemnatio* limitata dei *parentes* e dei *patroni*: LEVET, 79 ss.; SOLAZZI, 213; LITEWSKI, 542 ss., 545 ss. (con bibl.).

L'intervento pretorio più esplicito a favore di *parentes* e *patroni* si legge in Ulp. 5 ed. D. 2. 4. 4. 1: *Praetor ait: 'parentem, patronum patronam, liberos parentes patroni patronae in ius suae permissu meo ne quis vocet'*. La ragione prima di questa disposizione edittale non può essere ravvisata nella *pietas*, che vale solo per i rapporti tra discendenti e ascendenti di sangue, ma sembra essere stata piuttosto l'*honor* socialmente dovuto a chi ha reso *sui iuris* il *liber* o il *libertus*. Se ne ha la riprova leggendo il tit. D. 37. 1 'De obsequiis parentibus et patronibus praestandis', in cui si elencano altre concessioni di favore (tra cui quella della *condemnatio* limitata: Ulp. 10 ed. D. 37. 15. 7. 1): qui è l'*obsequium* (altra ben nota conseguenza della 'gratitudine' dovuta dai *liberti* ai *patroni*) che giustifica le agevolazioni sia dei *patroni* che dei *parentes*. Indubbiamente la giurisprudenza classica sfruttò anche, commentando l'editto di D. 2. 4. 4. 1, il motivo della *pietas*, ed appunto per ciò Ulp. D. 2. 4. 4. 2 dice '*parentes hic utriusque sexus accipe*' (anche la madre, dunque) e *parens* viene inteso dalla giurisprudenza classica come ascendente (non solo come *pater*; ma v. D. 42. 1. 19 pr. e Sin. 6); ma è chiaro che non poté essere il motivo della *pietas* a giustificare *in radice* una concessione come quella della *condemnatio* limitata che fu parallelamente riconosciuta anche ai *patroni*.

15. IL 'MILES'.

Sulla *condemnatio* limitata del *miles*: LEVET, 131 ss.; SOLAZZI, 212 s.; LITEWSKI 553 ss.; GUARINO III, 401 ss.

Il LITEWSKI, 553 ss., dedica alcune pagine alla confutazione degli argomenti da me addotti, nel mio scritto *ad hoc*, contro la classicità della *condemnatio* limitata del *miles*. Siccome si tratta, più che altro, di fini di non ricevere, cioè di considerazioni intese a segnalare che gli indizi da me raccolti possono anche non essere decisivi, mi esimo da una replica che servirebbe solo a spreco di parole. L'interpolazione di *qui — meruit* è affermata dal mio contraddittore a p. 557 nt. 374. Ciò che penso di questa ipotesi si legge nel testo. Qui mi limito ad osservare che il Litewski, dopo aver portato a sostegno della classicità della concessione il fatto che non uno, ma due frammenti (il 6 pr. e il 18) ne parlano, non esita a trovare una interpolazione (anzi la stessa interpolazione) sia nell'uno che nell'altro.

Il riferimento della *condemnatio* limitata del *miles* ai debiti da lui fatti mentre era *in expeditione* è opera del LEVET, cit. Si tratta di un'idea indubbiamente ingegnosa, ma non giustificata dal '*meruit*'. La critica di '*condemnatus*' è stata acutamente fatta dal SOLAZZI, 212 nt. 3.

Come ho già sostenuto in GUARINO III, 418, l'unico dubbio che può aversi in ordine alla *condemnatio* limitata del *miles* è se si tratti di una creazione pregiustiniana o di un *emblema* Triboniani. Io sono nettamente nel primo senso. La geminazione dei frammenti non si spiega altrimenti, se non pensando che i compilatori abbiano già ritrovato, a margine della edizione del commentario *ad edictum* di Ulpiano (libro 66), l'attestazione della *condemnatio* limitata del *miles* e si siano perciò preoccupati di ricopiarla in calce ad una serie di frammenti di varia derivazione, dedicati, entro il titolo 42. 1 dei Digesti, alla menzione dei casi di limitazione della condanna. Glossa post-classica è dunque D. 42. 1. 6 pr.; frutto di interpolazione (formale) giustiniana è il fr. 18 dello stesso titolo, che un *item*, aggiunto da Triboniano, congiunge con le 'leggi' precedenti.

III.

IL REGIME

16. QUADRO GENERALE.

Il principio *' tollitur obligatio solutione eius quod debetur '* è proclamato da I. 3. 29 pr. (*' tollitur autem omnis obligatio rell. '*) in modo anche più reciso che da Gai 3. 168 (*' tollitur autem obligatio praecipue solutione rell. '*), ma il diritto postclassico-giustiniano era tutt'altro che alieno dall'ammettere eccezioni: v., in proposito, GUARINO IV, 11 ss., e citazioni ivi. Qui giova segnalare, con riferimento a quanto si è detto *retro* nt. 1 in ordine agli effetti della *litis contestatio*, che la *condemnatio in id quod reus facere potest* comportava uno strappo alla regola dell'adempimento esatto dell'obbligazione solo nella misura in cui trovava applicazione il principio *' bis de eadem re ne sit actio '* ed in cui il creditore non si premuniva, ai fini della richiesta del residuo, con una *praescriptio pro actore* o con l'ottenimento dal convenuto di una *cautio de residuo*. In altre parole, se, dopo un primo giudizio in cui era stata conseguita solo una parte del credito, il creditore promuoveva un secondo giudizio e la *eadem res* non veniva debitamente rilevata (*ex officio* o, quando necessario, *ope exceptionis*), la seconda condanna del debitore era pienamente valida e il debitore non era ammesso, dopo averla eseguita, a chiedere la restituzione, quanto meno del residuo, mediante la *condictio indebiti* (cfr. Paul. D. 12. 6. 8 e Ulp. D. 17. 6. 9); ma è chiaro che contro l'eventualità di una condanna a meno del dovuto il creditore non mancava di tutelarsi sin dall'inizio.

A proposito della *cautio de residuo* (la promessa di pagare il residuo, che il creditore si faceva prestare, nella forma della *stipulatio*, prima di contestare la lite per *l'id quod reus facere potest*), si discute in dottrina se essa fosse una *stipulatio praetoria*, se cioè il creditore potesse ottenere dal pretore, *ante litem contestatam*, di imporla al debitore: cfr. LEVET, 176 ss. (con ampia esposizione bibliografica); LITEWSKI, 476 ss. I testi in materia parlano solo del *socius*, ed appunto perciò alcuni hanno sostenuto che la *cautio* fosse imposta esclusivamente al socio (e per di più non dal magistrato, ma dal giudice), ma la maggioranza della dottrina replica che non si vede perché la *cautio* non dovesse essere imposta anche agli altri beneficiati e respinge altresì, con maggior con-

vinzione, l'ipotesi del PAMPALONI II, 218 ss., secondo cui la *cautio* sarebbe stata di creazione giustiniana: a sostegno di questa *communis opinio*, v. ZANZUCCHI, 87, LEVET, 181 ss., LITEWSKI, 478 s. Il mio parere è che sia ben possibile che nell'ambito della *cognitio extra ordinem* (sopra tutto postclassica e giustiniana) il giudicante sia autorevolmente intervenuto ad indurre il convenuto a promettere il residuo all'attore, ma, siccome la *cognitio extra ordinem* non comportava la preclusione dell'azione (il *' bis de eadem re ne sit actio '*), non parlerei di una riforma postclassica o giustiniana. Per quanto attiene al processo formulare, non vedo come la *cautio* potesse essere imposta al convenuto dal giudice (sia pure in un *iudicium bonae fidei* come quello determinato dall'*actio pro socio*): tutt'al più, può supporre che il magistrato giudicante, *in iure e ante litem contestatam*, ponesse al convenuto l'alternativa tra il prestare la *cautio de residuo* (ottenendo in cambio il *favor* della *condemnatio limitata*) o il subire la *condemnatio* senza limiti, cioè in *solidum*. Ma non direi che vi siano elementi sufficienti per suffragare questa supposizione. I frammenti che si citano sono due, entrambi relativi all'*actio pro socio*. In Paul. 4 *Plaut.* D. 15. 1. 47. 2 si legge che, se il creditore agisce con l'*actio de peculio* contro il debitore e risulta *in iure* (*' rei iudicandae tempore '*) che il peculio non basta a soddisfare il suo credito, la giurisprudenza è concorde nel ritenere (*' placuit '*) che non sia il caso di parlare di *cautiones* che il convenuto presti per assicurare che pagherà il residuo sull'eventuale futuro incremento del peculio, e ciò perché le *cautiones de residuo* trovano luogo nell'*actio pro socio*, ma in quanto il convenuto *pro socio*, diversamente dal convenuto *de peculio*, è obbligato a pagare l'intero (Si *semel actum sit de peculio, quamvis minus inveniatur rei iudicandae tempore in peculio quam debet, tamen cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii: hoc enim in pro socio actione locum habet, quia socius universum debet*): a ben guardare, Paolo non dice che nella procedura dell'*actio pro socio* interferisse una *stipulatio praetoria de residuo*; dice soltanto che una *cautio* o *stipulatio de residuo* (che non risulta fosse imposta dal pretore al convenuto) è compatibile con l'*actio pro socio*, mentre non lo è con l'*actio de peculio*. Quanto al secondo frammento, esso è Ulp. 31 *ed.* D. 17. 2. 63. 4: *Item videndum, an cautio veniat in hoc iudicium eius quod facere socius non possit [scilicet nuda promissio]: quod magis dicendum arbitror*. La lettura del passo fa intendere che ai tempi di Ulpiano ancora si dubitava della ammissibilità di una *cautio eius quod facere socius non possit* e il *' quod magis dicendum arbitror '* del giurista segna una tendenza piuttosto esitante verso la risposta affermativa. Ciò posto, è chiaro che la *cautio de residuo* non era certo prevista dall'editto, mentre addirittura sorge il sospetto che essa non fosse prospettata da Ulpiano come una *stipulatio praetoria*, ma fosse prospettata come una semplice *stipulatio* volontariamente intervenuta tra creditore e debitore (ecco perché Ulpiano o un glossatore postclassico, se si vuol seguire il LITEWSKI, 478 nt. 36, ha specificato *' scilicet nuda promissio '*). E che il sospetto sia fondato (che cioè sia molto probabile che Ulpiano abbia trattato il problema della possibilità di una *cautio de residuo* liberamente stipulata tra attore e convenuto) risulta dall'accertamento della *ratio dubitandi*, la quale era, a mio avviso, questa: se

sia compatibile con l'*iudicium pro socio*, portante alla condanna del convenuto nell'*id quod facere potest*, una *cautio* con la quale il convenuto si esponga per il residuo all'*actio ex stipulatu*, precludendosi con ciò la possibilità di essere condannato in *id quod facere potest* a seguito di una nuova *actio pro socio*. Concludendo: né in ordine all'*actio pro socio*, né (a maggior ragione) in ordine alle altre azioni con condanna limitata fu mai prevista dall'editto o consigliata dalla giurisprudenza una *cautio praetoria* mediante la quale il convenuto si impegnasse forzatamente a versare l'*id quod facere non posset*, esponendosi in caso di inadempimento ad un'*actio ex stipulatu*.

ZANZUCCHI, 79; LEVET, 176; LITEWSKI, 478: questi autori suppongono che il creditore potesse ottenere dal pretore, allo scopo di agire per il residuo, una *in integrum restitutio*. È possibile, ma nessun elemento anche soltanto indiziario è reperibile nelle fonti a nostra disposizione.

I testi da cui risulta l'esclusione della *condemnatio* limitata in ordine alle *obligationes ex delicto* sono: D. 25. 2. 21. 6 e D. 42. 1. 52 (relativi al *maritus* e alla *uxor*); D. 14. 5. 4. 1, D. 42. 1. 10 e D. 14. 5. 6 (relativi ai figli emancipati, diseredati o *abstenti*); D. 42. 1. 22. 1 (relativo al *soctus*). Sul punto, da ultimo, LITEWSKI, 570 ss.

Sul carattere personale della concessione, da ultimo: LITEWSKI, 495 ss. (con bibl.). I giuristi dell'età adrianea e dell'età dei Severi ritennero pacifico che la *condemnatio* limitata del *socius* e del *maritus* non valesse anche a favore dei loro eredi: cfr., per il *maritus*, Pomp. D. 42. 1. 24, Ulp. D. 24. 3. 12, Paul. D. 24. 3. 13 (e v. *retro* nt. 12); per il *soctus*, Ulp. D. 17. 2. 63. 2 (che nega l'estensione anche a favore del *pater vel dominus socii*, dal cui *iussus* sia dipesa la contrazione della *societas*). In ordine al *fideiussor* del *socius* la questione fu più controversa e Ulp. D. 17. 2. 63. 1 la risolve positivamente con un '*magis verum est*'. Ma i due passi ulpiane sulla *societas* sono stati probabilmente alterati da una o più mani successive, che hanno voluto estenderli al di fuori della fattispecie del *socius* (§ 1: *et utique — conventuntur*; § 2: *quia nec ceterorum heredibus successoribusve, quos in id quod facere possunt convenimus, idem praestatur*).

17. IL 'FACERE POSSE'.

Sul senso ampio di '*facere*' cfr. Pap. 27 *quaest.* D. 50. 16. 218: *Verbum 'facere' omnem omnino faciendi causa complectitur dandi, solvendi, numerandi, iudicandi, ambulandi*. Una penetrante valutazione dei valori di '*facere*', '*satisfacere*', '*solvere*', da ultimo, in: MELILLO, '*In solutum dare*' (1970) I ss. (ivi bibl.).

Sul contenuto del *facere posse* cfr. D. 24. 3. 43 (Scaev. 2 *quaest.*): *Si maritus in id quod facere potest condemnatus sit et nomina sint ad dotis quantitatem neque amplius, necesse habebit mandare actiones*; D. 24. 3. 28 (Ulp.

I *inst.*): *Facere posse maritus etiam id videtur, quod a muliere consequi potest: scilicet si iam aliquid ei abest, quod pro muliere aliquid expendit vel mandato eius praestitit: ceterum si nondum ei abest, ut puta sub condicione est obligatus, nondum videtur facere posse*. I due testi non non immacolati (v. *Index itp. ahl.*), ma la sostanza è genuina.

Sull'inclusione nell'*id quod debitor facere potest* dell'*id quod dolo desitit* possidere cfr. Ulp. 31 *ed.* D. 17. 2. 63. 7: *Hoc quoque facere quis posse videtur, quod dolo fecit quo minus possit: nec enim aequum est dolum suum quemquam relevare. [quod et in ceteris, qui in id quod facere possunt conveniuntur, accipiendum est.] si tamen non dolo, sed culpa sua facere desitit, dicendum est condemnari eum non debere*. (L'estensione di *quod — accipiendum est* ha tutta l'aria di essere stata immessa nel testo originario: '*conveniuntur*'). Cfr. anche Paul. 2 *man.* D. 42. 1. 51 pr.; Pomp. 16 *Sab.* D. 24. 3. 18. 1; Gai. 10 *ed. prov.* D. 17. 2. 68. 1: *Illud quaeritur, utrum is demum facere videtur quo minus facere possit, qui erogat bona sua in fraudem futurae actionis, an et qui occasione adquirendi non utitur, sed verius est de eo sentire proconsulem, qui erogat bona sua, idque ex interdictis colligere possumus, in quibus ita est: 'quod dolo fecisti, ut desineres possidere'*. Ma v. particolarmente Pomp. 16 *Sab.* D. 24. 3. 18. 1: *Licet in dotalibus rebus non solum dolum, sed et culpam maritus praestet, cum tamen quaeritur in iudicio <rei uxoriae> [de dote], an facere possit, dolum dumtaxat comprehenditur [, quia in rerum ipsius administratione non erat ab eo culpa exigenda], quamquam eum dumtaxat dolum et nocere putem, si facere non possit, quem propter uxorem adhibuit, ne ei solidum solveret, non propter quemlibet alium. Ofilius autem aiebat, si dolo mariti res dotalis interesset et alioquin solvendo non esset, quamvis nihil dolo fecisset, quo minus solvendo esset, perinde tamen eum dominandum eius rei dotalis nomine in qua dolum fecisset, atque si dolo eius factum esset, quo minus facere possit. [rell.]*. (Su questo frammento, da ultimo: LITEWSKI, 484 s. e *retro* nt. 12).

Il riferimento della *condemnatio* all'*id quod reus facere potest* al momento della *litis contestatio* era giustificato dalla preoccupazione che il convenuto potesse diminuire le sue capacità patrimoniali tra il momento della *litis contestatio* e quello della *sententia*: il che non sempre era attribuibile a dolo, ma poteva dipendere dal pagamento di un debito verso altri prima della *sententia iudicis*. Cfr. invece Paul. 7 *Sab.* D. 24. 3. 15 pr. (relativo all'*actio rei uxoriae*): *Res iudicatae tempus spectatur, quatenus maritus facere potest*; Ulp. 31 *ed.* D. 17. 2. 63. 6: *Tempus autem spectamus quantum facere socius possit rei iudicandae*.

18. LA 'DEDUCTIO AERIS ALIENI'.

La tesi che per diritto classico il calcolo dell'*id quod debitor facere potest* dovesse farsi, sempre ed in ogni caso, sul patrimonio netto (depurato dai debiti) del convenuto (e che solo per le obbligazioni *ex eadem causa* valesse il

principio 'potior est condicio occupantis') è stata sostenuta dal PAMPALONI I, 57 ss. (cfr. anche *St. Senesi* 15 [1898] 293 ss.), e II, 198 ss., sulla base della considerazione che, in caso diverso, il 'beneficium' si sarebbe ridotto ad una illusione. Avendo il BONFANTE (*Ist. d. rom.*⁸ [1925] 406 nt. 2) obiettato che non si spiega perché Giustiniano (che oltre tutto era difensore della *deductio ne egeat*) avrebbe voluto ridurre il favore al solo donante, il Pampaloni ha ripiegato sulla tesi della 'svista' dei compilatori giustiniani. Il SOLAZZI, 220 ss., avvertendo la fragilità di questa soluzione di ripiego, torna all'idea di una 'riforma' di Giustiniano, osservando che le censure del Bonfante toccano Giustiniano, 'non il critico dell'opera sua': sole a decidere sono, secondo il Solazzi, le (pretese) alterazioni delle fonti (alterazioni che il Solazzi presume tutte di valore sostanziale e innovativo). Nello stesso senso del Pampaloni: LEVET, 150 ss.; GUARINO III, 405 ss. (e altrove); LITEWSKI, 486 ss.

Non si può negare che taluni testi, in cui si afferma che il calcolo si faceva (fuori della fattispecie del *donator nullo deducto aere alieno*, siano di dubbia genuinità (ad esempio, Ulp. 3 *disp.* D. 14. 5. 3; Paul. *sing. de iure sing.* D. 24. 3. 54; Ulp. 63 *ed.* D. 42. 1. 16 [*id est — alieno*]; Triph. 12 *disp.* D. 24. 3. 53). Agli attacchi della critica interpo'azionistica resistono, comunque, validamente altri testi, tra cui i seguenti. D. 39. 5. 12 (Ulp. 3 *disp.*): *Qui ex donatione se obligavit, ex rescripto divi Pii in quantum facere potest convenitur, sed [enim] id quod creditoribus debetur, erit detrahendum: hoc vero de quibus ex eadem causa quis obstrictus sit, non debebit detrahere.* (Parlando del *donator*, Ulpiano ha tutta l'aria di segnalare la *deductio aeris alieni* come una singolarità della fattispecie). D. 17. 2. 63. 3 (Ulp. 31 *ed.*): *Id quod facere socius potest quemadmodum aestimandum sit? et placuit non debere deduci aes alienum quod debetur a socio: ita et Marcellus libro septimo digestorum scripsit, nisi forte, inquit, ex ipsa societate debeatur.* (Troppo facile eliminare l'a prima di *socio*, come proposto dal Pampaloni, oppure eliminare il non prima di *debere*, come proposto dal Solazzi; citazioni in LITEWSKI, 488 nt. 77 e 78). D. 42. 1. 19 pr. (Paul. 6 *Plaut.*) pr.: *Inter eos, quibus ex eadem causa debetur, occupantis melior condicio est nec deducitur, quod eiusdem condicionis hominibus debetur, sicut fit in de peculio actione: nam et occupantis melior est causa. sed et si cum patre patronove agetur, non est deducendum aes alienum, maxime quod eiusdem condicionis personis debebitur, ut liberis libertis.* 1. *Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur et quidem is solus deducto aere alieno: et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa.* (Per ragguagli di bibliografia: LITEWSKI, 490 ss.). D. 42. 1. 49 (Paul. 2 *man.*): *Et exheredatum vel eum, qui se paterna hereditate abstinuit, nec ex ipsius contractu nisi <in> id quod facere posse condemnandum. quemadmodum autem facere posse credatur, videndum est, utrum deducto omni aere alieno, ut is qui ex donatione convenitur, an ut maritus et patronus nullo deducto aere alieno. et indubitati iuris est ad similitudinem viri et patroni eum detrahendum: pinguius enim donatori succurrere debemus quam ei, qui verum debitum persolvere compellitur.* (Testo probabilmente rimaneggiato, ma non certo nella

questione impostata con *quemadmodum*, la quale di per sé basta a far intendere lo stato del diritto classico: v. invece, da ultimo, LITEWSKI, 491 e nt. 86).

19. IL 'NIHIL FACERE POSSE'

Sul problema del 'nihil facere posse': LEVET, 162 ss.; ZANZUCCHI, 190 ss.; SOLAZZI, 210; LITEWSKI, 473 ss. Per la mia tesi v. già GUARINO V, ove peraltro si riscontrano qualche inesattezza e qualche intolleranza critico-esegetica che sono state giustamente appuntate dal LITEWSKI. L'assurdo che il giudice condanni il convenuto a non prestare niente', denunciato a suo tempo dal Solazzi, scompare se si pensa alla condanna al *nummus unus* (suggerimento fattomi verbalmente, dopo la lettura del mio primo studio, dall'Arangio-Ruiz).

D. 3. 5. 34 pr. continua con frasi di dubbia genuinità. Particolarmente sospetto il periodo successivo alla parte qui riferita, nel quale si parla di *querella 'quantum facere potest'*. V. *retro* n. 3.

Per D. 17. 2. 63. 7 v. *retro* nt. 17.

Il *fr. Argentoratense* (Strasburgo) citato nel testo è largamente mutilo e di difficile ricostruzione (cfr. *FIRA*. 2². 310; GIRARD-SENN⁷ 1. 454), tuttavia la soluzione della fattispecie ci è stata quasi integralmente conservata. Ecco il testo: *... facit, tunc eum et sequenti condemnandum: sic fieri ut sua, inquit, culpa ab altera bona eius veneant aut, ut quibusdam, inquit, videtur, ducatur. sed verius est nec post condemnationem maritum facile duci... nec ducitur nudus. sed melius est sic dicere utriusque rationem habendam, etiamsi altera postea litem sit contestata, ut post condemnationem alterius in honorum venditione aequas partes ferant, cum sine metu vinculorum sit futurum, sibi que imputet, qui poterat se liberare a sequenti condemnatione, si satis fecisset priori sententiae.*

Ecco i frammenti che, a mio avviso, confermano la condanna del debitore che *nihil facere potest*. D. 42. 1. 10 (Marcell. 2 *dig.*): *Qui, cum se pro patre familias fingeret, mutuum pecuniam accepit et exheres a patre vel emancipatus sit, quamvis facere non possit debet condemnari.* D. 14. 5. 4. 1 (Ulp. 29 *ed.*): *Interdum autem et si exheredatus filius vel emancipatus sit, in solidum actio adversus eum dabitur, ut puta si patrem familias se mentitus est, cum contraheretur cum eo: nam libro secundo digestorum Marcellus scripsit, etiamsi facere non possit, conveniendum propter mendacium.* D. 14. 5. 6 (Ulp. 2 *disp.*): *Eum, qui se patrem familias simulavit et mandante aliquo stipulatus est, mandati teneri Marcellus scripsit, quamvis rem praestare non possit: et sane verum est teneri eum debere, quia dolo fecit. hoc et in omnibus bonae fidei iudiciis dicendum erit.*

Non saprei da dove cominciare per abbozzare una replica a quanto scrive il LITEWSKI, 476, nel darmi ragione sul punto che la logica della

taxatio portava in ogni caso alla condanna del convenuto, ma nell'ammettere che il convenuto che *nihil facere posset* fosse assolto. Preferisco quindi trascrivere le parole del mio contraddittore: 'Ernsthaft ist der Einwand, dass der Möglichkeit der *absolutio* infolge der *taxatio condemnationis* die Struktur der Formel widersprach. Man kann das jedoch damit erklären, dass das *b. c.* in einer Zeit entstand, in der die grundsätzlichen Muster der Formel schon festgelegt waren und grössere Änderungen in ihnen nicht mehr vorgenommen wurden'. Regge questo modo di argomentare? Direi proprio di no.

20. LA 'DEDUCTIO NE EGEAT'

Sulla *deductio ne debitor egeat*: ZANZUCCHI, 95 ss.; LEVET, 236 ss. (con letteratura precedente); SOLAZZI, 230 ss.; LITEWSKI, 479 ss. Per la mia opinione (qui ridimensionata) v. particolarmente: GUARINO IV, 29 s. In sintesi, le teorie in proposito sono tre: a) piena classicità, in ordine a tutte le fattispecie, della *deductio*, la quale si sarebbe affermata dopo che la *lex Iulia de bonis cedendis* ebbe concesso a tutti i debitori la possibilità di evitare l'esecuzione personale e l'*infamia*, e cioè quando il cd. '*beneficium competentiae*' dovè implicare rispetto alla *cessio bonorum*, per poter sopravvivere, qualche vantaggio ulteriore; b) classicità dei soli casi del donante, del *bonis cedens*, dei *parentes* e *patroni*, del *miles* e generalizzazione giustiniana dell'istituto; c) carattere postclassico-giustiniano di tutte le applicazioni (a tutte le fattispecie di *condemnatio* limitata) della *deductio ne egeat*. Per una critica efficace delle teorie di cui al primo e al secondo gruppo, v. sopra tutto SOLAZZI, cit. e 206 ss., il quale va però troppo lontano quanto nega radicalmente la genuinità formale e sostanziale dei testi sul donante.

Torna opportuno riprodurre i tre frammenti che parlano della *deductio*. D. 42. 1. 30 (Pomp. 7 var. lect.): *Cum ex causa donationis promissa pecunia est, si dubium sit, an ea res eo usque donatoris facultates exhaurire possit, ut vix quicquam ei in bonis relictum sit, actio in id quod facere possit danda est, ita ut et ipsi donatori aliquid sufficiens relinquatur. quod maxime inter liberos et parentes observandum est.* D. 42. 1. 19. 1 (Paul 6 Plaut.): *Is quoque qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur et quidem is solus deducto aere alieno: et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa. immo nec totum quod habet extorquendum ei putu: sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat.* D. 50. 17. 173 pr. (Paul. 6 Plaut.): *In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est ne egeant.* Per le critiche formali ai primi due frammenti (essendo pacifico che il terzo è la generalizzazione ed elevazione a *regula iuris* del secondo): SOLAZZI, 233 ss. Particolarmente deboli sono le critiche al primo frammento, a proposito del quale va comunque detto (v. già SOLAZZI, 231 nt. 3) che per mero equivoco di lettura taluni hanno potuto addurlo a prova di un riconoscimento della *deductio* ai *parentes* e *patroni*. La frase *quod maxime* —

observandum est si riferisce sempre ai donanti, specificando che la *deductio* è tanto più giustificata se questi sono *parentes* o *patroni* dei donatari.

La pretesa classicità della *deductio ne egeat* in ordine alle fattispecie del *bonis cedens* e del *miles* merita qualche considerazione critica ulteriore. Per il *bonis cedens* si è fatto capo (ZANZUCCHI, 101 s.; LEVET, 212 ss.) a D. 42. 3. 6, D. 42. 3. 7, CI. 7. 71. 7, CI. 7. 72. 3, I. 4. 6. 40, cioè ai testi da cui risulta che una seconda esecuzione patrimoniale *ex integro* era possibile solo se il cedente '*postea aliquid adquisierit, quod idoneum emolumentum habeat*' (retro n. 8 e nt.): ciò implicherebbe che il *cedens* aveva in ogni caso diritto ad un *modicum aliquid* per non morire di fame. Ma, a prescindere da ogni questione sulla derivazione giustiniana di questo principio (in proposito v. SOLAZZI, 233), il ragionamento è sbagliato tanto per diritto classico quanto per diritto giustiniano: è evidente che l'esigenza del *modicum aliquid* non è posta al fine di evitare la condanna del debitore all'*id quod facere potest*, ma è posta al fine di evitare al debitore una troppo facile esecuzione successiva alla *cessio* (su istanza dei creditori cui non sia opponibile il *favor* della *condemnatio* limitata). Quanto al *miles*, lo ZANZUCCHI, 95 ss., ritiene imprescindibile che egli godesse della *deductio* sia perché era inammissibile che un militare in servizio fosse ridotto '*nudus*', sia perché, godendo egli del beneficio verso tutti i creditori, la sua posizione, ove egli non avesse avuto la *deductio*, sarebbe stata, in buona sostanza, uguale a quella di un debitore non beneficiato: infatti, ammettendo (come lo Zanzucchi ammette) che in età classica la condanna si computava *deducto aere alieno*, sta in fatto che per i creditori *ex eadem causa* valeva il principio '*occupantis melior est conditio*', sicché il *miles* ci rimetteva, se convenuto da più creditori, tutto il suo patrimonio. Il secondo argomento è specioso (né tiene conto del fatto che, proprio secondo lo Zanzucchi, il debitore che *nihil facere posset* veniva assolto), ma ancora più specioso è il primo argomento: v., comunque, LEVET, 209 ss., e SOLAZZI, 231 ss.

Giova segnalare a questo punto che il LITEWSKI, pur condividendo in pieno la tesi più rigoristica contro la classicità della '*deductio ne debitor egeat*' (p. 479 ss.), esplicitamente asserisce che il '*beneficium competentiae*' sarebbe stato un istituto unitario e organico già nella concezione giurisprudenziale classica (p. 498 s.). Gli elementi unificanti delle varie fattispecie sarebbero stati, a suo avviso, la *condemnatio* del convenuto *in id quod facere potest* e l'inquadramento delle fattispecie stesse nella categoria del *ius singulare* (Paul. D. 24. 3. 54). La rievocazione di questa tesi (in ordine alla quale ho parlato, retro n. 4, di 'ritorno al Levet') risulta implicita, credo, da tutta la trattazione che precede.

Sul divieto di commenti ai *Digesta* posto da Giustiniano: GUARINO, SDR. n. 279.

INDICE DELLE FONTI

BASILICA		12. 4. 9. 1	116
12. 1. 61 sch. 4	121	6. 8	124
18. 32 sch. 2	111	6. 32. 2	116
18. 32 sch. 3	111	14. 5	111
21. 3. 10 sch. 2	109	5. 2 pr.	40, 111, 112
29. 1. 79 sch. 1	120	5. 2. 1	43, 113
		5. 3	128
CICERO		5. 4 pr.	16, 43, 113
<i>de officiis</i>		5. 4. 1	90, 112, 113, 126, 129
3. 15. 61	117	5. 4. 2	112
<i>topica</i>		5. 4. 4	114
17. 66	117	5. 5 pr.	111
		5. 5. 1	112
CODEX THEODOSIANUS		5. 5. 2	112
4. 20	109	5. 6	90, 112, 126, 129
		5. 7	43, 112, 113
CORPUS IURIS CIVILIS		14. 6. 5	112
<i>Codex</i>		15. 1. 47. 2	125
4. 26	111	17. 2	24
5. 13. 1	61	2. 63 pr.	15, 25, 26, 29, 103,
13. 1. 7	56, 118		104, 105, 121
7. 71. 4	35, 109	2. 63. 1	15, 17, 105, 126
71. 7	131	2. 63. 2	16, 105, 126
72. 3	131	2. 63. 3	105, 128
75	107, 108	2. 63. 4	105, 125
75. 6	32, 107, 108	2. 63. 5	105
8. 35	108	2. 63. 6	81, 105, 127
35. 7	108	2. 63. 7	15, 81, 88, 105, 127
			129
<i>Digesta</i>		2. 68. 1	81, 127
1. 3. 14	100	6. 9	124
3. 15	100	21. 2. 24	116
3. 16	100	23. 2. 19	54, 116
2. 1. 4	106	3	120
4. 4. 1	122	3. 2	116
4. 4. 2	122	3. 9. 1	116
14. 7. 7	101	3. 33	44, 49, 63, 114, 120
14. 49	15, 16, 17, 100, 118	3. 40	116
3. 5. 34 (35) pr.	15, 86, 100,	3. 59. 1	116
	119, 129	3. 63	116
4. 4. 3. 4	16	3. 84	63, 65, 120, 121
5. 1	111	24. 3. 1	116
7. 1. 63	100	3. 12	15, 119, 126
11. 7. 27. 2	119	3. 13	15, 17, 119, 126
7. 28	18	3. 14 pr.	15

3. 14. 1	15, 57, 118	8. 10. 24	108
3. 15 pr.	15, 81, 127	8. 25. 1	116
3. 15. 1	15, 68, 119	8. 25. 7	108
3. 15. 2	15, 17, 68, 119	44. 1. 7 pr.	16
3. 16	119	4. 4. 21	116
3. 17	67, 121	46. 2. 33	16, 115
3. 17 pr.	17	3. 82	117
3. 17. 1	16, 121	50. 1. 26	106
3. 17. 2	117, 119	16. 19	111
3. 18	15, 117, 119	16. 218	126
3. 18 pr.	56, 119	17	93
3. 18. 1	56, 117, 127	17. 28	44, 49, 114
3. 27	119	17. 173	15
3. 28	70, 81, 126	17. 173 pr.	19, 23, 93, 101, 103
3. 43	81, 126		
3. 53	119, 128	<i>Institutiones</i>	
3. 54	18, 94, 100, 128, 131	3. 29 pr.	124
3. 66. 7	117	4. 6. 38	71, 104
25. 2. 21. 6	58, 60, 119, 126	4. 6. 37	15
26. 7. 37. 2	42, 112	6. 40	110, 131
30. 69. 2	116		
31. 77. 9	116	<i>FRAGMENTUM ARGENTORATENSE</i>	
35. 2. 85	116	[= <i>FIRA</i> . 2 ² . 310]	89, 129
37. 1	122		
15. 7. 1	122	<i>GAI INSTITUTIONES</i>	
39. 5. 12	44, 49, 114, 128	2. 155	108
5. 33 pr.	115	3. 78	55, 109
5. 33. 3	115	168	124
42. 1 ^a	24, 93, 123	180	99
1. 6 pr.	73, 75, 122, 123	4. 31	106
1. 10	90, 112, 126, 129	51	14, 15, 98
1. 16	15, 16, 25, 26, 27, 102, 104, 105, 128	52	14, 98
1. 17	15	131	99
1. 18	15, 73, 75, 122, 123	131 a	99
1. 19 pr.	15, 84, 122, 128	132	99
1. 19. 1	15, 16, 84, 92, 130	133	99
1. 20	15, 59, 119	134	99
1. 21	15, 66, 119, 121	135	99
1. 22 pr.	15, 64, 121	136	99
1. 22. 1	15, 24, 27, 103, 104, 126	137	99
1. 23	15, 119	<i>IUVENALIS</i>	
1. 24	126	<i>satirae</i>	
1. 24 pr.	15	2. 117	116
1. 24. 1	15, 119		
1. 25	15, 102, 119	<i>MARTIALIS</i>	
1. 30	15, 92, 130	<i>epigrammata</i>	
1. 41 pr.	16, 49, 63, 113, 120	12. 42	116
1. 41. 2	17, 45, 49, 114		
1. 49	128	<i>P. RYL.</i>	
1. 51 pr.	127	2. 75	109
1. 52	58, 119, 126	<i>SCHOLIA SINAITICA</i>	
3. 4 pr.	16, 35, 109	6	17, 100, 122
3. 6	36, 111, 131	6. 12	59, 119
3. 7	36, 111, 131		
3. 8	36	<i>SUETONIUS</i>	
8. 1 pr.	108	<i>vitae Caesarum</i>	
		<i>Nero</i> 28	116

FINITO DI STAMPARE
NELLA TIPOGRAFIA V. & C. FIPOLA
NAPOLI - GENNAIO 1975