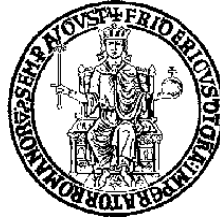


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

Dipartimento di Giurisprudenza



Dottorato di Ricerca in Diritti Umani. Teoria, Storia e Prassi

XXX Ciclo

Settore scientifico-disciplinare: IUS/18

Tesi di dottorato

**LA CONDIZIONE IN DIRITTO ROMANO: TRA NEGOZIO E RAPPORTO
GIURIDICO**

COORDINATORE

Ch. mo Prof. Sergio Moccia

TUTOR

Ch.mo Prof. Settimio di Salvo

CANDIDATA

Dott.ssa Carlotta Bandieramonte

ANNO ACCADEMICO 2016-2017

INDICE

NOTE INTRODUTTIVE.....	3
------------------------	---

PARTE PRIMA: PROFILI SISTEMATICI

CAPITOLO I

IL FENOMENO CONDIZIONALE

1. La <i>condicio</i> nell'elaborazione concettuale romana	11
1.1. L'impostazione tradizionale. Critica all'idea per cui la giurisprudenza classica abbia inteso tecnicamente la sola condizione sospensiva.....	15
1.2. Una possibile ricostruzione.....	19
2. Condizione sospensiva e condizione risolutiva.....	24
3. Meccanismi di funzionamento della condizione: pendenza ed avveramento	34
3.1. La fase di pendenza ed il problema della trasmissibilità dei rapporti sospensivamente condizionati	34
3.2. L'avveramento, la mancanza e l'adempimento fittizio. Teoria della retroattività.....	40
3.3. Conclusioni.....	46

CAPITOLO II

CONDIZIONE E NEGOZIO CONDIZIONATO

1. Il negozio condizionato: questioni su volontà e causa.....	51
2. Sull'accettabilità dell'intuizione della causa soggettiva in diritto romano: adempimento fittizio e <i>cautio Muciana</i>	56
2.1. Il problema dell'interpretazione delle fonti da cui risulta l' <i>inutilitas</i> del negozio sospensivamente condizionato.....	61
2.2. Adempimento fittizio.....	63
2.3. <i>Cautio Muciana</i>	66
3. ...segue: sorti del negozio condizionato all'evento impossibile, illecito o turpe.....	71
3.1. <i>Conditiones impossibiles</i>	72
3.2. <i>Conditiones contra leges et decreta principum vel bonos mores</i>	74
3.3. Scindibilità.....	77
4. ...segue: condizioni potestative e nullità: « <i>neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus</i> » (D. 18.1.7 pr.).....	81
4.1. Estrinsecità.....	84

PARTE SECONDA: PROFILI APPLICATIVI

CAPITOLO III

CONDIZIONE APPOSTA A NEGOZI COSTITUTIVI DI RAPPORTI

ASSOLUTI

1.	Legata per vindicationem sottoposti a condizione sospensiva.....	89
1.1.	Appartenenza della <i>res legata pendente condicione</i> e possibili atti dispositivi	91
1.2.	<i>Actus legitimi</i> e lasciti attributivi di diritti reali.....	98
2.	<i>Manumissio testamento sub condicione</i>	102
2.1.	<i>Conditio impossibilis vitatur et vitat</i>	102
2.2.	Indisponibilità del diritto acquistato con l'avveramento	107
2.3.	La <i>statulibertas</i> come modello per le situazioni di pendenza	108
3.	Servitù prediali condizionate.....	111
3.1.	Modi di costituzione delle servitù per atti tra vivi, che tollerano <i>condiciones: pactio et stipulatio</i>	112
3.2.	<i>Servitus ad tempus</i>	115
4.	D. 23.3.9.1: <i>traditio</i> dei beni costituiti in dote, trasferimento del <i>dominium</i> condizionato al verificarsi delle nozze e morte del costituente <i>ante nuptias</i>	122

CAPITOLO IV

CONDIZIONE APPOSTA A NEGOZI COSTITUTIVI DI RAPPORTI

OBBLIGATORI

1.	La <i>stipulatio</i> ed il <i>legatum per damnationem</i>	129
1.1.	<i>Stipulationes, legata</i> condizionali e garanzie reali.....	130
1.2.	Novazione.....	133
1.3.	Condizione e causa nei <i>legata per damnationem</i>	137
2.	<i>Emptio venditio condicionalis</i> : la <i>lex commissoria</i>	140
2.1.	Ipotesi in cui la <i>lex commissoria</i> può essere costruita come condizione sospensiva dell'obbligo del venditore	140
2.2.	Condizione, divieto del patto commissorio e spettanza dell' <i>actio furti</i>	146
3.	...segue: l' <i>in diem addictio</i> ed il <i>pactum displicentiae</i>	151
3.1.	Progressivo superamento dell'opinione per cui l' <i>emptio</i> è <i>condicionalis</i>	151
3.2.	<i>Id quod actum est</i>	154
4.	...segue: <i>emptio rei speratae</i> ed <i>emptio spei</i>	158
4.1.	L'alternatività della costruzione dell' <i>emptio rei speratae: pura</i> o <i>sub condicione?</i>	160
4.2.	Gli effetti sulla causa: differenza tra <i>emptio rei speratae</i> ed <i>emptio spei</i>	164
INDICE DELLE FONTI		167
BIBLIOGRAFIA		175

NOTE INTRODUTTIVE

Prendere l'abbrivio di questo lavoro con una buona e onnicomprensiva definizione di 'rapporto giuridico' non sarebbe stata certamente una cattiva idea. Se non fosse per un dettaglio, e cioè che una tale definizione non esiste.

Certamente non mi propongo, in questa sede, un'impresa così titanica come discutere posizioni sulle quali dottrina ben più autorevole si è attestata, anche perché, per la sua realizzazione, sarebbero necessarie molte più delle poche pagine introduttive che posso dedicare all'argomento.

Ecco perché il lettore si dovrà accontentare di un semplice chiarimento dei presupposti e dei punti fermi dai quali sono partita nell'analisi del tema che mi sono proposta di affrontare.

Mi sembra fondamentale chiarire che non posso che pormi in un ottica diversa rispetto a quella dell'obiettività storica del 'Volkgeist' savignyano. E ciò per la ragione evidentissima che il proposito del lavoro è, appunto, vagliare, attraverso lo studio della clausola condizionale, proprio la progressione storica che il fenomeno negoziale¹ ha compiuto nel legarsi sempre più al reale assetto di interessi delle parti.

Il rapporto giuridico nasce a causa dei conflitti di libertà, che si verificano inevitabilmente ogni qual volta la libertà di un individuo sconfinava, opprimendo la libertà di qualcun altro².

Bene, ma allora se la causa efficiente del rapporto è il conflitto, la sua causa finale è la norma che mira a dirimerlo. Ma le diverse modalità con cui ciascun ordinamento sceglie di risolvere i conflitti, allora, diventano determinanti per capire quanto la norma stessa si avvicini alla verità della relazione che intercorre tra gli individui.

Il tentativo del Savigny³, così come quello di altri⁴, dunque, se da un lato ha il grosso pregio di porre in risalto sia il momento normativo che quello esperienziale

¹ Nello specifico, ma più in generale si potrebbe dire l'intero ordinamento giuridico.

² Il riferimento è naturalmente kantiano, poiché, nella lettura che di Kant fa S. PALAZZOLO, s.v. *Rapporto giuridico*, in *EdD.*, XXXVIII (Milano, 1987), 289 s. e spec. in nota 4, «quel che per ciascuno è libertà, anche nella identificazione del dovere giuridico, per l'altro è schiavitù».

³ F. K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. V. Scialoja, I (Torino, 1886), 337.

⁴ Su tutti, A. LEVI, *Teoria generale del diritto* (Padova, 1950), 5 ss.

nella costruzione del rapporto, dall'altro presuppone che la norma si sia sempre interessata di quella relazione tra gli individui. Il che è anche vero, ma non può non essere rimarcato che tale interesse si sia espresso in maniera profondamente diversa a seconda dell'epoca storica a cui si guarda.

Credo, dunque, che se lo scontro tra libertà individuali può essere risolto dall'ordinamento in diversi modi, tanto più vi sarà una legittimazione sociale della delega allo stato alla sua soluzione, quanto più quella soluzione sia disposta con mezzi idonei a tutelare il più possibile tutti gli interessi delle parti in gioco.

Ecco perché, probabilmente, in un più rozzo sistema giuridico sarà parso sufficiente il corretto compimento di un determinato rituale a giustificare il sacrificio dell'una piuttosto che dell'altra libertà, mentre, in un ottica di progressione storica, la verità giuridica si è sempre più avvicinata alla verità dei fatti e degli interessi.

Per tornare alla questione dalla quale siamo partiti, dunque, con il sintagma 'rapporto giuridico', ai limitati fini di questa indagine, si è inteso sottolineare il momento in cui la relazione intersoggettiva conflittuale è diventata interessante per il diritto, non solo come problema a cui trovare una soluzione formale, ma anche come oggetto di un'analisi volta a trovare un contemperamento sostanziale degli interessi, che legittimasse fino in fondo l'intervento normativo. Il 'rapporto giuridico', dunque, è in questo senso il frutto di quel contemperamento.

Dalla definizione del rapporto in funzione dell'atto, si è passati a costruire l'atto in funzione del rapporto.

I delicati rapporti tra 'Rechtsakt' e 'Rechtsverhältnis' nella prospettiva offertaci dalla giurisprudenza romana sono già stati oggetto di una ricca monografia di Werner Flume⁵, la quale ha costituito il principale spunto di indagine.

Notava l'a., nella 'Einleitung', che la dogmatica romana fu interamente concertata attorno all'atto giuridico, da un lato ed all'atto processuale, dall'altro, sicché accanto all'*emptio venditio* 'als Rechtsakt', ad esempio, si posero *actio empti* e *actio venditi*; mentre la creazione del 'Kaufverhältnis' o, più genericamente, dello 'Schuldverhältnis' sarebbe una prerogativa tutta moderna.

Mi sembra però che il ponte fra atto e rapporto giuridico, in Roma antica, fu appunto costruito sul terreno processuale; il che, peraltro, pare coerente con il nostro presupposto per cui la nascita del rapporto, da un lato, e dell'ordinamento,

⁵ W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken* (Paderborn – München – Wien – Zürich, 1990).

dall'altro, deve essere strettamente legata al profilo di soluzione dei conflitti tra libertà individuali.

Ancora prima della creazione di giudizi di buona fede, quindi, lo strumento, pur sempre processuale, che aveva consentito l'emersione dell'interesse verso il rapporto giuridico, in un mondo ancora dominato da negozi astratti e formali, fu l'*exceptio* formulare, quale difesa del convenuto che consentiva al pretore, prima, e al giudice privato, poi, di passare in rassegna non solo quanto affermato *in iure* dall'attore, ma anche quanto addotto dal convenuto al fine di escludere l'applicazione di una regola.

Ma, procedendo ancora a ritroso, segno di quel mutato obiettivo che si era posto l'ordinamento doveva già essere stata l'introduzione dello stesso processo formulare.

La rivoluzione dell'intero sistema del diritto, dunque, passò ancor prima che dal piano processuale a quello sostanziale, da un sistema processuale all'altro, sicché la soluzione dei conflitti smise di essere legata alla ritualità, e divenne più complessa, guardò ai rapporti che si instauravano tra i soggetti, iniziò ad essere legata al fatto a tal punto che le parti iniziarono a collaborare con il magistrato giudicante per la definizione del *thema decidendum*.

All'evoluzione della tutela processuale, da formalissima che era, in concettuale, si affiancò poi, solo in un secondo momento, l'evoluzione sul terreno sostanziale: all'atto giuridico astratto e formale (al compimento del quale l'ordinamento ricollegava effetti ben precisi, a prescindere dal rapporto su cui esso si innestava), dunque, si sostituirono lentamente atti giuridici causali e a forma libera ai quali erano sì ricollegati effetti, ma soltanto in quanto quegli atti erano stati creativi, modificativi o estintivi di un rapporto giuridico.

La riprova sta nel fatto che, ad esempio, la *traditio* fu considerata un atto del tutto irrilevante per il diritto in assenza di una *iusta causa*.

Il *ius civile* si stava progressivamente trasformando da diritto degli atti privati, quale era, in diritto dei rapporti.

Ma allora, ecco che tra l'*exceptio*, quale condizionamento alla *condemnatio* con cui l'ordinamento ha dimostrato sensibilità verso la relazione giuridica intercorrente tra attore e convenuto, e alcuni elementi accidentali del negozio viene a crearsi un parallelo: invece di subordinare, ad esempio, la condanna al pagamento dei 100 promessi tramite solenne *sponsio* alla verifica dell'insussistenza di un *pactum*

de non petendo, ad un certo punto della storia si scelse di subordinare direttamente la legittimazione a richiedere quei 100 allo spirare di un termine.

In altre parole, dunque, l'ordinamento si accorse che in luogo di lasciar diventare 'giuridico' un determinato rapporto sottostante ad un atto negoziale, solo in sede processuale ed in via del tutto eventuale per mezzo delle *exceptiones*⁶, avrebbe potuto caratterizzare lo stesso atto negoziale in funzione del rapporto giuridico che esso mirava a creare, modificare o estinguere.

L'influenza sul rapporto, tuttavia, continuò ad essere possibile nei due modi per molto tempo.

Ciò è testimoniato dall'uso che i romani fecero, ad esempio, della clausola condizionale, la quale, se da un lato offriva un meccanismo che si prestava agevolmente a collegare atto e rapporto giuridico, dall'altro poteva incidere sul rapporto dall'esterno dell'atto, attraverso un *pactum* di contenuto uguale e contrario rispetto all'atto stesso⁷.

A differenza del termine, che – come si è visto – pure doveva aver giocato un ruolo fondamentale nell'evoluzione di cui si parlava, la *condicio*, tuttavia, presentava talune peculiarità che ne rendono interessante lo studio. La principale delle quali, oltre naturalmente all'incertezza dell'evento cui veniva subordinata l'efficacia del negozio⁸, consiste nel fatto che il congegno si prestava (e si presta tuttora) a soddisfare diversi assetti di interessi.

Lo spunto, stavolta, è fornito da una monografia di Giuseppe Amadio sulla condizione di inadempimento⁹. L'a., difatti, coglie un dato che, a mio avviso, resta fondamentale per comprendere le possibili influenze della condizione sul rapporto: vale a dire, appunto, che si tratta di uno strumento neutro, suscettibile di differenti utilizzi.

A seconda, infatti, che l'interesse delle parti emerga (*rectius*: divenga effettivo) solo a seguito del verificarsi dell'evento dedotto in condizione¹⁰, ovvero che

⁶ E non è un caso, difatti, che le *exceptiones* fossero il caratteristico mezzo di tutela dei *pacta*.

⁷ Tradizionalmente si insegna che così doveva operare la condizione risolutiva, la quale – si dice – non fu mai conosciuta come meccanismo interno al negozio.

⁸ Che pure è rilevante in quanto, a causa della possibilità (contemplata dagli autori del negozio) che l'evento non si verifichi affatto, si giustifica tutto il problema relativo alla retroattività degli effetti negoziali.

⁹ G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato* (Padova, 1996).

¹⁰ È il caso della locazione del balcone a condizione che si svolga, nella data prevista, una determinata manifestazione. A tal proposito si cfr. G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., 151 s. *sub* A).

l'interesse delle parti sia volto, prima ancora che alla realizzazione del programma negoziale, all'avveramento della condizione¹¹, o ancora che sia di tale preminenza da alterare lo schema causale¹², la 'Interessenlage' sottesa al condizionamento influenzerà la disciplina applicabile al rapporto in diversa misura.

È evidente che la volontà dell'autore del negozio giochi un ruolo fondamentale nell'inserimento della clausola, tanto da aver indotto autorevolissima dottrina¹³ ad affermare che non possa parlarsi di condizioni in senso tecnico con riferimento alle cd. *condiciones iuris*, le quali subordinano sì la produzione degli effetti del negozio, ma – anziché ad un evento fattuale – ad un elemento richiesto dallo stesso diritto oggettivo. Esse, pertanto, non possono essere inserite per volontà delle parti, ma, al contrario, sono richieste dall'ordinamento per la vita stessa di quel negozio.

Tuttavia, il ruolo della volontà, in questo ambito, è stato a lungo frainteso: essa entra in gioco certamente per la definizione del programma negoziale, ma non – come sostenuto da dottrina meno recente – per limitare la portata della originaria dichiarazione di volontà. Il condizionamento, dunque, nell'impostazione dogmatica attuale, non incide direttamente sulla vita del negozio, in quanto la volontà del negozio condizionato esiste a prescindere dal fatto che la condizione si verifichi o meno.

Ma vi è di più, perché, a seconda del modo con cui il meccanismo condizionale viene adoperato, il programma dettato dal negozio condizionale muta. Non è lo stesso se il testatore subordina l'efficacia di legato in favore del nipote alla laurea di quest'ultimo o se il venditore subordina l'effetto reale della compravendita al pagamento del prezzo.

Bisogna allora chiedersi se queste differenze siano mai giunte ad influire sulla causa del negozio (causa che, a questo punto, non può che essere vagliata in concreto), di modo da far nascere un diverso rapporto giuridico.

Le osservazioni di cui si diceva sono state sinora calibrate solo sulla prassi attuale. Restano praticamente del tutto inesplorate le utilizzazioni che la prassi

¹¹ Su tutti, si veda il caso della donazione sospensivamente condizionata al conseguimento di un riconoscimento di merito (ad es. la laurea) da parte del donatario. Si cfr. G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., 152 s. *sub B*) e nota 25.

¹² È il caso della promessa condizionata alla prestazione. G. AMADIO, *La condizione di inadempimento* cit., 153 *sub C*) e nota 30.

¹³ V. SCIALOJA, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano nella R. Università di Roma nell'anno accademico 1892-1893 raccolto dai dottori Mapei e Nannini* (Roma, 1938), 100.

romana ha fatto del congegno; o meglio, ad essere state lasciate da parte sono le questioni circa i possibili effetti sulla disciplina applicabile al rapporto di ciascuna utilizzazione, nonché la successiva rimediazione dogmatica.

Mi sono proposta, dunque, di verificare il materiale offertoci dalle fonti giuridiche romane sotto questa luce, sempre nella coscienza che se da un lato la chiarezza della costruzione dogmatica è necessaria ed imprescindibile, dall'altro il diritto vive nella prassi, in quella sede diventa umano e che proprio da quella sede possono nascere nuovi spunti di costruzione.

PARTE PRIMA: PROFILI SISTEMATICI

CAPITOLO I

IL FENOMENO CONDIZIONALE

SOMMARIO: 1. La *condicio* nell'elaborazione concettuale romana; 1.1. L'impostazione tradizionale. Critica all'idea per cui la giurisprudenza classica abbia inteso tecnicamente la sola condizione sospensiva; 1.2. Una possibile ricostruzione; 2. Condizione sospensiva e condizione risolutiva; 3. Meccanismi di funzionamento della condizione: pendenza ed avveramento; 3.1. La fase di pendenza ed il problema della trasmissibilità dei rapporti sospensivamente condizionati; 3.2. L'avveramento, la mancanza e l'adempimento fittizio. Teoria della retroattività; 3.3. Conclusioni.

1. La *condicio* nell'elaborazione concettuale romana.

Non vi sono molti problemi, oggi, a definire la condizione come un elemento accidentale del negozio giuridico che fa dipendere l'efficacia del negozio stesso dal verificarsi di un evento futuro ed incerto¹⁴.

La definizione è tradizionale ed invero piuttosto chiara nell'indicare che sia l'origine, che l'operatività della clausola condizionale siano indissolubilmente legate al negozio giuridico: è solo in tanto l'evento sia dedotto nell'atto, che esso può 'condizionarne' l'efficacia. E tant'è che, a partire dall'elaborazione pandettistica che si è fatta del concetto¹⁵, si è stati soliti affiancare al nostro elemento negoziale quello che consiste nella cd. presupposizione¹⁶, in cui l'evento, ancorché in maniera non espressa, deve comunque trovare spazio in qualche modo all'interno dello schema negoziale¹⁷.

¹⁴ La futurità dell'evento distingue il meccanismo condizionale da quello del cd. presupposto, vale a dire quel meccanismo negoziale che subordina l'efficacia del negozio ad un evento *in praesens vel in praeteritum*, ancorché soggettivamente incerto. Sul punto, si cfr. D. BARBERO, s.v. *Condizione (dir. civ.)*, in *NNDI*, III (Torino, 1959), 1098. L'incertezza, invece – perché si configuri una condizione – è necessariamente legata all'*an* dell'evento, sicché gli eventi condizionanti possono essere incerti nell'*an* e nel *quando* ovvero incerti nell'*an*, ma non nel *quando* (il cui esempio tipico è costituito dalla condizione che deduce il novantesimo compleanno).

¹⁵ B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von den Voraussetzungen* (Düsseldorf, 1850).

¹⁶ Vale a dire – con parole di una giurisprudenza consolidata (Cass. Civ. sent. n. 12921 del 3 dicembre 1991, in *Giur. it.*, 1992, I, 2209) – quella circostanza (di fatto o di diritto; passata, presente o futura) avente carattere obiettivo, che, pur non espressamente, è tenuta presente dalle parti come presupposto determinante nella formazione del consenso, per l'esistenza e per il permanere del vincolo negoziale.

¹⁷ Ove l'evento presupposto non riesca a trovare spazio in alcun modo all'interno del negozio esso si confonderà con i motivi soggettivi storicamente irrilevanti. Tuttavia alcuni autori, senza molto seguito peraltro, hanno cercato di risolvere il fenomeno della presupposizione nell'alveo dei motivi. Su tutti, F. MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nel contratto*, in *Riv. dir. civ.* (1958), 69 ss. *Contra*, D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, I (Torino, 1949), 435.

Non si presenta in maniera tanto limpida (quantomeno apparentemente) il concetto di condizione in diritto romano. E ciò anzitutto per lo stato delle fonti che non consente alcuna certezza sul regime classico dell'istituto; ed in secondo luogo perché i romani, non avendo elaborato compiutamente una teoria del negozio giuridico, certamente incontrarono una qualche difficoltà in più nel definire la clausola condizionale come operante dall'interno dell'atto stesso.

Qualche notizia sull'elaborazione concettuale che la giurisprudenza romana offrì del congegno, tuttavia, può essere comunque rintracciata; inoltre, può essere tratta qualche conclusione anche riguardo a ciò che, meno consapevolmente, essa ha dimostrato di aver intuito del fenomeno negoziale.

Il Digesto giustiniano (che in questo lavoro sarà il nostro principale interlocutore) dedica, infatti, alcuni titoli alle condizioni testamentarie (D. 35.1: «*De condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum quae in testamento scribuntur*»; D. 28.7: «*De condicionibus institutionum*»¹⁸; D. 40.7: «*De statuliberis*») ed altri alle condizioni nei contratti consensuali (D. 18.1: «*De contrahenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis*»; D. 18.2: «*De in diem addictiones*»; D. 18.3: «*De lege commissoria*»).

Se, però, con riferimento alle prime due il termine '*condicio*', nelle sue varie forme declinate, compare nella rubrica, per quanto riguarda le altre, le rubriche sembrano riferirsi solo a *pacta* o *leges* aggiunti ad un negozio puro. Sarebbero proprio quei *pacta* e quelle *leges* a definire un'articolazione del rapporto giuridico, il quale, dunque, resterebbe confinato in una dimensione esterna rispetto al programma normativo dettato dall'atto.

L'analisi del contenuto dei titoli le cui rubriche sono state poc'anzi richiamate, tuttavia, complica ulteriormente le cose.

Non tanto con riferimento alle disposizioni *mortis causa*, quanto piuttosto per quanto riguarda la clausola condizionale *adiecta* a negozi *inter vivos*: il condizionamento viene presentato talvolta come elemento di un regolamento pattizio collaterale aggiunto – ad esempio – alla compravendita consensuale¹⁹, talaltra come elemento intrinseco alla stessa²⁰.

¹⁸ Corrispondenti ai titoli del *Codex Iustiniani* 6.25: «*De institutionibus vel substitutionibus seu restitutionibus sub condicione factis*»; 6.46: «*De condicionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus*».

¹⁹ Si veda ad esempio, quanto affermato da Paolo in D. 41.4.2.3-5 a proposito di *lex commissoria*, *in diem addictio* e *pactum displicentiae*, per la cui analisi si rinvia alle pagine 140 ss. e 151 s.

²⁰ Tra gli altri, si cfr. ad esempio D. 26.2.8.2, che verrà analizzato a pagina 27 s.

E se tradizionalmente²¹ si insegna che il diritto romano riconobbe solo la condizione sospensiva come meccanismo operante ‘dall’interno’, per così dire, dell’atto, mentre la condizione risolutiva non fu altro che una condizione sospensiva apposta ad un patto di contenuto uguale e contrario rispetto a quello del negozio giuridico, c’è anche da dire che – per taluni rapporti – potevano essere previsti meccanismi risolutivi *ad condicionem*, operanti a partire dallo stesso negozio.

Occorre a questo punto qualche chiarimento.

In linea generale si può dire che i romani intesero la condizione per la sua funzione ancor prima che per la sua struttura, al contrario che per la moderna teoria generale del negozio giuridico, ove i due profili convivono in perfetta simmetria.

E dire che i romani conobbero bene la funzione della clausola condizionale non vuol dire altro che essi ben intesero il concetto di ‘subordinazione’.

Dal verificarsi dell’evento dedotto in condizione (*condicio* in senso lato²²) ‘dipendevano’ l’efficacia del negozio e la vita del rapporto giuridico. E tale dipendenza riguardava non tanto il momento in cui il negozio avrebbe prodotto i suoi effetti o il rapporto cessato di esistere²³, ma soprattutto il ‘se’ quel negozio avrebbe mai acquistato efficacia o ‘se’ quel rapporto sarebbe cessato a causa dell’evento dedotto in condizione.

E se in diritto classico la consapevolezza della funzione del meccanismo condizionale è testimoniata dalla varietà delle questioni attinenti alla utilità o inutilità del negozio *pendente condicione* (sospensiva), in diritto postclassico quegli stessi dubbi²⁴ vengono risolti tramite la teoria della retroattività della condizione, alla luce della quale il momento in cui il negozio avrebbe prodotto i suoi effetti

²¹ G. G. ARCHI, *Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II (Milano 1961), 31 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, III (Milano 1981), 2046 ss.; nonché ID., s.v. *Condizione (dir. rom.)*, in *EdD.*, VII (Milano, 1961), 743 ss.

²² Per i romani, difatti, il termine *condicio* ha una valenza polisemantica: da un lato con esso si indica la clausola con cui si subordina l’efficacia del negozio, dall’altro – per metonimia – si indica l’evento dedotto nella clausola. Si legga, ad esempio D. 45.1.137.6, ove con «*ea condicio*» ci si riferisce all’evento ritenuto impossibile.

²³ Come, ad esempio, accade per il termine.

²⁴ La cui stessa esistenza testimoniava la comprensione della grande differenza sotto il profilo funzionale rispetto al *dies*.

sarebbe stato esattamente il medesimo sia nel caso di negozio puro che nel caso di negozio condizionato²⁵.

Ciò non può che testimoniare che la differenza dogmatica tra termine (in cui la dipendenza riguardava il *quando*) e condizione (in cui la dipendenza riguardava l'*an*) fu intuita prima e tracciata poi da una giurisprudenza piuttosto risalente.

A non essere stata tracciata in maniera tanto netta fu, invece, una definizione del concetto di *condicio* dal punto di vista strutturale.

E difatti è ben noto che la dogmatica romana del negozio condizionato ha subito numerosi travagli e rimaneggiamenti, sicché la gran parte della concentrazione degli autori moderni è stata appunto orientata a tracciare i profili di quelle che dovevano essere state le tre concezioni (classica, postclassica e bizantina) in ordine alla sola condizione degna di questo nome: quella sospensiva²⁶.

Tuttavia, a mio avviso, non è possibile dedurre dal materiale offertoci dalle fonti una tale rigida contrapposizione fra i tre regimi. O meglio, non è possibile dedurre dal quel materiale che, al termine '*condicio*', si affidò un significato tecnico-strutturale differente in ciascuna di quelle epoche. Invece credo, sostanzialmente con il Masi²⁷, con il Beseler²⁸ e – per certi profili – anche con il Tondo²⁹, che la riflessione della giurisprudenza si sia concentrata sì, a chiarire la struttura ed i meccanismi di funzionamento della condizione (non solo sospensiva), ma con riferimento agli effetti, se non proprio esclusivamente della sua apposizione a

²⁵ CI. 6.43.3.3-3a: Imperator Iustinianus A. Iohanni pp. 3. *Sin autem sub condicione vel sub incerta die fuerit relictum legatum vel fideicommissum universitatis vel speciale vel substitutione vel restitutione, melius quidem faciat, et si in his casibus caveat ab omni venditione vel hypotheca, ne se gravioribus oneribus evictionis nomine supponat.* 3a. *Sin autem avaritiae cupidine propter spem condicionis minime implendae ad venditionem vel hypothecam prosiluerit, sciat, quod condicione impleta ab initio causa in irritum devocetur et sic intellegenda est, quasi nec scripta nec penitus fuerat celebrata, ut nec usucapio nec longi temporis praescriptio contra legatarium vel fideicommissarium procedat.* a. 531 D. k. Sept. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.

²⁶ In questo senso paiono orientati i lavori di F. VASSALLI, «*Dies vel condicio*». *Lineamenti della dottrina romana della condizione*, in *BIDR.* 27 (1914), 192 ss., ora in *Studi giuridici*, I (Milano, 1960), 223 ss.; nonché ID., *L'origine della trasmissibilità ereditaria dei crediti e dei debiti condizionali*, in *RISG.* (1915), 195 ss. e ora in *Studi*, cit., I, 303 ss.; S. RICCOBONO, *Formazione del domma della trasmissibilità all'erede dei rapporti sotto condizione* [fr. 23 D. XXIII, 4 Afr. VII qu. e V.F. 55], in *Studi in onore di Silvio Perozzi* (Palermo, 1935), 349 ss.; E. BETTI, *La retroattività della «condicio» («facti» o «iuris») in diritto giustiniano*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini* (Milano, 1946), 477 ss.; C. GIOFFREDI, *'Pendenza' e 'sospensione'*, cit., 113 ss. ed infine G. G. ARCHI, *Il negozio sotto condizione sospensiva*, cit., 31 ss.

²⁷ A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano* (Milano, 1966).

²⁸ G. VON BESELER, *Romanistische Studien. Bedingtes Damnationslegat und bedingte Stipulation*, in *TR.* 10 (1930), 218 ss.

²⁹ S. A. TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi* (Milano, 1959), 170 ss. e 206 ss.

ciascun negozio, quantomeno a ciascun tipo di negozio ed alle caratteristiche di ciascun tipo di rapporto giuridico, e – dunque – a tracciare un profilo di continuità sistematica tra i vari negozi condizionati per quanto atteneva all’aspetto funzionale.

In altri termini, credo che le differenze strutturali che le fonti testimoniano in ordine ai vari negozi condizionati non dipendano da una stratificazione di diverse elaborazioni, ma – al contrario – siano frutto di una riflessione sugli effetti di ciascun negozio che doveva essere condizionato, e dunque, di una riflessione sugli effetti che le parti avevano voluto o potuto ottenere da quel singolo condizionamento.

1.1. Parte della dottrina, si diceva, si è dunque occupata di sottolineare la contrapposizione tra il regime classico del negozio condizionato rispetto a quello postclassico e poi giustiniano, avendo risentito probabilmente dell’impostazione dogmatica offerta dal Vassalli³⁰.

L’a. ha difatti dettato le linee guida per i lavori successivi, trasformando il suo scritto in una sorta di piccolo e compendioso *vademecum* dei testi e delle interpolazioni in tema di condizione e di negozio condizionato.

Ora, sebbene il lavoro sia pregevole e senza dubbio di grande aiuto per chi – come me – si appresta allo studio del tema, esso, nel delineare il regime classico dell’istituto, sembra presupporre una riflessione dei giuristi romani sulla struttura dell’elemento accidentale *de quo*, nel senso che lo stesso abbia necessariamente operato a partire dal negozio.

Sotto questa luce, pertanto, deve essere parsa senz’altro giustificata la conclusione cui sarebbe pervenuta una giurisprudenza non ancora pienamente consapevole, che ha ritenuto inesistente il negozio, *pendente condicione*.

A conclusioni simili è giunto pure l’Archì³¹, il quale, tuttavia, ha aggiunto qualcosa: se il diritto classico considerava la naturale attinenza della *condicio* al negozio, la giurisprudenza postclassica avrebbe mescolato le carte in tavola, proponendo una «alterazione della struttura sostanziale»³², per cui la dipendenza dell’efficacia del negozio dall’evento futuro e incerto sarebbe potuta derivare anche da un atto diverso da quello negoziale ‘da condizionare’, vale a dire da un *pactum adiectum*. Un nuovo intervento bizantino avrebbe poi risistemato le cose.

³⁰ F. VASSALLI, «*Dies vel condicio*», cit., 224 ss.

³¹ G. G. ARCHI, *Il negozio sotto condizione sospensiva*, cit., 34 ss.

³² G. G. ARCHI, *op. cit.*, 36; e pure ID., s.v. *Condizione*, cit., 756.

Mi sembra, però, che il presupposto, relativo alla necessaria operatività della clausola condizionale dall'interno del negozio in diritto classico, vada disatteso.

Un po' perché se è vero che il diritto romano nasce come diritto giurisprudenziale, per quanto il giurista chiamato al *responsum* possa essersi spinto verso ragionamenti generali e astratti, questi avrebbe dovuto portare soluzione al caso concreto. E mi sembra quantomeno forzato voler a tutti i costi attribuire ai giuristi classici una meditazione consapevole sulla struttura del negozio condizionato che abbia totalmente prescinduto dal negozio cui la condizione ineriva e dagli interessi che in concreto dovevano essere tutelati.

Ma ancora, mi sembra forzato voler attribuire ad ogni costo alla mano del compilatore postclassico qualsiasi brano che abbia fatto riferimento ad un'operatività, per così dire, 'esterna'.

In realtà, la classicità dei brani che testimoniano un intervento 'esterno' della condizione è stata riconosciuta pure dallo stesso Archi³³, il quale non ha mancato di sottolineare come la giurisprudenza repubblicana e del principato abbia enucleato dal linguaggio corrente l'ambivalenza di significati del termine '*condicio*', e, tuttavia, sia rimasta consapevole della tecnicità del solo che facesse riferimento alla *condicio* negoziale.

Credo, però, che il dato da cui partire sia che gli stessi brani classici presentino tale ambivalenza di significati e non quello di una pretesa consapevolezza del significato tecnico da attribuire ad uno solo di essi.

L'Archi³⁴ adduce, a sostegno della costruzione, alcuni testi, tra i quali ne ho scelti un paio a titolo meramente esemplificativo.

Si leggano:

D. 35.1.79. pr.-1 (Pap. 1 *def.*): pr. "*Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato*". *Purum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur: non potest enim condicio non existere.*

1. "*Heres meus, cum ipse morietur, centum Titio dato*". *Legatum sub condicione relictum est: quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo. Dies legati non cedit et non est certum ad eum legatum perventurum.*

³³ G. G. ARCHI, *Il negozio sotto condizione sospensiva*, cit., 35.

³⁴ G. G. ARCHI, s.v. *Condizione*, cit., 743.

D. 40.4.44 (Mod. 10 resp.): *Maevia decedens servis suis nomine Sacco et Eutychie et Irenae sub condicione libertatem reliquit his verbis: «Saccus servus meus et Eutychia et Irene ancillae meae omnes sub hac condicione liberi sunt, ut monumento meo alternis mensibus lucernam accendant et sollemnia mortis peragant»: quaero, cum adsiduo monumento Maeviae Saccus et Eutychia et Irene non adsint, an liberi esse possunt. Modestinus respondit neque contextum verborum totius scripturae neque mentem testatrix eam esse, ut libertas sub condicione suspensa sit, cum liberos eos monumento adesse voluit: officio tamen iudicis eos esse compellendos testatrix iussioni parere.*

Sia il primo che il secondo testo sono in tema di disposizioni testamentarie condizionate. Tuttavia, se il primo traccia un profilo di differenza del legato condizionale rispetto a quello sottoposto a termine, il secondo provvede a definire la manomissione testamentaria condizionata rispetto a quella accompagnata da un *modus*.

Le riflessioni che ne risultano sono certamente profonde, ma non si può dire che esse riguardino la struttura del negozio condizionato.

Anzi, Papiniano e Modestino si limitano appunto a definire la funzione della condizione, in quanto subordinante – nel senso qualche pagina fa delineato – l’efficacia del negozio.

D. 35.1.79 pr. e 1, in particolare, sottolinea l’aspetto dell’incertezza dell’evento contenuto nella clausola condizionale: se deve considerarsi puro («*purum legatum est*») il legato che proroghi i suoi effetti alla morte di Tizio («*heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato*»), e ciò perché la condizione non può non esistere («*non potest enim condicio non exsistere*»), al contrario esso deve considerarsi sottoposto a condizione, quando l’evento dedotto non sia la morte in se e per sé (che è certa in ogni caso), ma sia la morte anteriore a quella del testatore, sicché quest’ultimo afferma che «*quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo*». Ciò che distingue *dies* e *condicio*, dunque, va rintracciato nel fatto che, per il negozio condizionato, un fattore – in questo caso – ad esso esterno (la morte di Tizio anteriore a quella del *de cuius*) sia stato preso in considerazione dalla volontà negoziale, per impedirne l’efficacia.

D. 40.4.44, come si diceva, sottolinea invece l’effetto subordinante della *condicio* rispetto al *modus*: la morente Mevia, difatti, adoperando impropriamente il termine ‘*condicio*’ («*sub hac condicione*»), libera il suo servo e le sue due ancelle, ma impone loro di accendere, a mesi alterni, una lucerna presso la sua lapide e di recitare tutte le preghiere funebri («*ut monumento meo alternis mensibus lucernam*

accendant et sollemnia mortis peragant»). A Modestino, allora, viene richiesto un parere che chiarisca se la libertà possa essere concessa anche nel caso in cui i servi non adempiano a tali obblighi. Ed il giurista risponde che né il complesso delle parole di tutta la disposizione, né la volontà della testatrice indicano che la libertà sia sospesa sotto la condizione che i suoi servi si presentino al monumento («*Modestinus respondit neque contextum verborum totius scripturae neque mentem testatricis eam esse, ut libertas sub condicione suspensa sit, cum liberos eos monumento adesse voluit*»).

Due considerazioni: la prima riguarda la natura che sarebbe stata propria di una condizione siffatta. L'evento cui la testatrice avrebbe dovuto (eventualmente) subordinare la concessione della libertà, difatti, è un evento negativo: il non essersi presentati i tre, alle scadenze decise, al monumento funebre. Né avrebbe potuto essere diversamente, poiché la volontà della testatrice avrebbe riguardato una pluralità di eventi da ripetersi in un arco temporale indefinito. Ma vi è di più, perché il quesito rivolto all'illustre giureconsulto avrebbe avuto forse maggiore senso se la condizione fosse stata quantomeno adoperata in funzione risolutiva; così si sarebbe potuta spiegare più facilmente la confusione con il *modus*. E si consideri, inoltre, che anche se la condizione fosse stata effettivamente sospensiva, essa, potendosi avverare solo alla morte dei tre servi, sarebbe consistita nel tipo di condizione che dà accesso alla possibilità di richiedere, e dunque di prestare, *cautio Muciana*³⁵.

La seconda è che, ancora una volta, a distinguere la *condicio* da altri elementi accidentali è il concetto di 'subordinazione'. È infatti lo schema negoziale predisposto dalla testatrice a determinare la dipendenza o l'indipendenza dell'efficacia della manomissione dall'evento; ma allora, se tale dipendenza manchi, l'effetto sul negozio non potrà essere quel caratteristico effetto 'subordinante', ma sarà semplicemente quello di costringere all'adempimento dell'onere.

I testi analizzati, dunque, così come gli altri addotti da quell'autorevole dottrina, non sembrano offrire alcun elemento utile a dedurre che il meccanismo condizionale avesse operato – già a partire dal diritto classico – per ogni sorta di negozio, dal suo interno; ma anzi essi si limitano a definire la funzione della clausola relativamente ai singoli negozi per i quali era possibile che il condizionamento trovasse spazio.

³⁵ O. LENEL, *Palingenesia*, I, 752 ritiene che il nostro passo sia preceduto da D. 35.1.66 in tema adempimento fittizio della condizione.

Ciò certamente non vale ad escludere che per questi negozi, l'influenza condizionale potesse avere origine dalla stessa dichiarazione di volontà negoziale, ma altrettanto certamente non vale a giustificare l'illazione di un consapevole accoglimento di una precisa impostazione dogmatica.

1.2. Mi sembra allora doversi seguire un'altra linea interpretativa.

Molto significativo è un brano tratto dalle Istituzioni gaiane:

Gai 3.179: *Quod autem diximus, si condicio adiciatur, nouationem fieri, sic intellegi oportet, ut ita dicamus factam nouationem, si condicio extiterit; alioquin si defecerit, durat prior obligatio. Sed uideamus, num is qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conuenti exceptione possit summoneri, quia uidetur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit condicio. Seruius tamen Sulpicius existimauit statim et pendente condicione nouationem fieri, et si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse et eo modo rem perire. Qui consequenter et illud respondit, si quis id, quod sibi L. Titius deberet, a seruo fuerit stipulatus, nouationem fieri et rem perire, quia cum seruo agi non posset. Sed in utroque casu alio iure utimur. Nec magis his casibus nouatio fit, quam si id quod tu mihi debeas a peregrino, cum quo sponsus communio non est, SPONDES uerbo stipulatus sim.*

La questione descritta da Gaio nella prima parte del brano riguarda l'efficacia della novazione allorché la seconda obbligazione (quella 'novante', per così dire) sia condizionata. Il giurista si premura di sottolineare, prima ancora di chiarire l'opinione di Servio Sulpicio Rufo, che l'effetto novativo non si possa produrre in pendenza della *condicio* sospensiva, che una volta mancata («*alioquin si defecerit*») «*durat prior obligatio*», e che pertanto la novazione possa dirsi fatta solo nel momento in cui la condizione si sia avverata («*ut ita dicamus factam nouationem, si condicio extiterit*»).

Il testo, sinora limpidissimo, a questo punto però diventa piuttosto oscuro: a cosa si riferisce quell'«*eo nomine*»? Al credito nascente dalla prima obbligazione, nel caso in cui il creditore avesse agito per ottenere l'adempimento in pendenza della condizione apposta alla obbligazione novante? Oppure al credito nascente dalla prima obbligazione, ma nel caso in cui la condizione apposta alla seconda si fosse avverata? Oppure, ancora, al credito nascente dalla seconda *stipulatio* nell'ipotesi in cui la condizione fosse mancata³⁶? A me pare che, in realtà, l'uso del pronome «*id*» all'ablativo, che accompagna il «*nomem*» sia da riferire al credito nascente dalla «*prior*

³⁶ In questo senso pare orientata anche la spiegazione che del testo ne fa G. G. ARCHI, s.v. *Condizione*, cit., 752.

obligatio» che Gaio menziona a conclusione del periodo precedente, ma «*si [condicio] defecerit*». Il senso del frammento allora sarebbe il seguente: se la condizione apposta alla seconda *stipulatio* sarà mancata, allora contro la possibilità di richiedere l'adempimento della prima obbligazione si considererà inserito un *pactum de non petendo*. E se, dunque, il creditore agisca ugualmente per ottenere il pagamento del credito derivante dalla stipulazione novata, allora ad egli potrà essere opposta un'*exceptio doli mali* ovvero un'*exceptio pacti conventi*, perché solo con l'avveramento della condizione apposta alla *stipulatio* posteriore la prestazione avrebbe potuto essere richiesta («*sed uideamus, num is, qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conventi exceptione possit summoueri, quia uidetur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis exstiterit condicio*»).

La precisazione, dunque, si giustifica per chiarire la differenza di opinione che l'autore del brano di lì a poco andrà ad esporre: per Servio Sulpicio, invece, la novazione è fatta automaticamente («*statim*») ed ancora in pendenza della condizione («*et pendente condicione*»); se questa dovesse mai mancare, per nessuna delle due 'cause' il creditore potrà agire (dunque, né in virtù del titolo costituito dalla *prior obligatio*, né in virtù di quello costituito dall'obbligazione novante); e a partire da quel momento (quello della novazione, cioè) la *res* sarebbe stata persa («*et si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse et eo modo rem perire*»).

La contrapposizione tra le due parti del brano spiega bene che il punto controverso dovesse essere stata l'incidenza sull'intero rapporto della condizione apposta alla sola seconda *stipulatio*. Ebbene, superata l'impostazione del giurista di età graccana, già secondo Gaio il condizionamento, ancorché ad essere effettivamente condizionato è solo il secondo atto (che è una *stipulatio*), sembra incidere su entrambe le obbligazioni: l'esigibilità della prima è bloccata sino al verificarsi dell'evento contrario rispetto a quello che condiziona sospensivamente seconda³⁷.

³⁷ Sul punto si cfr. anche A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, cit., 175 s.; nonché M. ARMGARDT, *Zur Bedingungsdogmatik im klassischen römischen Recht und zu ihren Grundlagen in der stoischen Logik*, in *TR.* 76 (2008), 219 ss. e spec. 228 s., il quale – tuttavia – ritiene che già Servio Sulpicio avesse intuito che la condizionalità non andasse riferita all'atto, ma solo ai suoi effetti: «abgesehen davon, dass die für den novierenden Gläubiger sehr harte Auffassung des Servius Sulpicius, die dem Gläubiger die Rechte aus der alten Stipulation auch dann nimmt, wenn ihm die bedingte Novation aufgrund des Bedingungsausfalls keine neuen Rechte gewährt, zur Zeit des Gaius bereits überwunden war, zeigt diese Entscheidung deutlich, dass nach Servius Sulpicius nicht der Rechtsakt, sondern die Rechtsfolge vom Bedingungseintritt abhängig war. Wäre der Rechtsakt als solcher bedingt, würde der Bedingungsausfall dazu führen, dass er entweder bei Bedingungsausfall fortfiel oder aber – bei Annahme einer Rückwirkung des Bedingungsausfalls – nie bestanden

Del brano e delle diversità di opinioni che esso attesta, tuttavia, si parlerà più diffusamente *infra*³⁸. In questa sede pare sufficiente evidenziare che fra i rimedi concessi al debitore, al quale venga richiesto l'adempimento dell'obbligazione novata *pendente* ovvero *deficiente condicione*³⁹, spicca un'*exceptio pacti conventi*.

Il medesimo rimedio è concesso da Paolo in:

D. 44.7.44.2 (Paul. 74 *ad ed. praet.*): *Conditio vero efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam eam ponitur, veluti "centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit?" sed hoc casu existente condicione locus erit exceptioni pacti conventi vel doli mali.*

L'interpretazione del passo non è certamente delle più agevoli. C'è chi ha proposto, ma senza molto seguito, di posporre il periodo «*non quae post perfectam eam ponitur*» a quello successivo, di modo da far descrivere al giurista severiano una semplice condizione sospensiva negativa⁴⁰. Componente maggioritaria della critica romanistica, tuttavia, vi ha letto una differenziazione tra una condizione sospensiva ed una condizione risolutiva⁴¹, sicché se la condizione è posta in un momento in cui l'*obligatio* è già *perfecta*, e dunque in un momento *a fortiori* posteriore alla perfezione della domanda contenuta nella *sponsio* (come ad esempio accadrebbe nel caso in cui sia stata fatta una promessa di dare cento, a meno che la nave torni

hätte. Damit wäre nichts mehr da, was die ursprüngliche Stipulation auslöschten könnte, so dass die Entscheidung des Servius Sulpicius auf Grundlage der Lehre von der Bedingtheit des Rechtsaktes dogmatisch kaum rekonstruierbar ist. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass ausweislich des Gaiuszitates die Ansicht des Servius Sulpicius zur Zeit des Gaius nicht mehr vertreten wurde. Nach Gaius hatte die bedingte Novationsstipulation nur dann den Novationseffekt, wenn die Bedingung eintrat. Die Entscheidung des Gaius ist daher auf Grundlage der Lehre von der Bedingtheit des Rechtsaktes problemlos ableitbar. Dies gilt allerdings auch für die Auffassung, der zufolge sich die Bedingung nur auf die Rechtsfolge bezieht. Die Frage, ob sich nach klassischem Recht die Bedingtheit auf den Rechtsakt oder die Rechtsfolge bezieht, soll hier nicht weiter verfolgt werden. Möglicherweise gibt es keine einheitlich für alle klassischen Juristen geltende Antwort. Zur exakten aussagenlogischen Beschreibung der logischen Struktur, die zwischen Bedingung und Rechtsakt bzw. Rechtsfolge besteht, ist die Frage, ob Bezugspunkt der Bedingung und der Rechtsakt oder nur die Rechtsfolge ist, nicht von entscheidender Bedeutung».

³⁸ A pagina 134 ss.

³⁹ A tal proposito, si cfr. P. LAMBRINI, *La novazione: pensiero classico e disciplina giustiniana* (Padova, 2006), 64 e 68 ss.

⁴⁰ T. MOMMSEN, *Ed. maior, ad h.l.* in nota 4. Contro l'opinione del Mommsen, si veda, per tutti V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., 103.

⁴¹ Così M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II (Milano, 1973), 673 ss.; W. FLUME, *Die Aufhebungsabreden beim Kauf - lex commissoria, in diem addictio und sogenanntes pactum displicentiae - und die bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker*, in *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag* (München, 1976), 311 [ora in ID., *Rechtsakt*, cit., 151]; M. TALAMANCA, 'Conventio' e 'stipulatio' nel sistema dei contratti romani, in *Le droit romain et sa reception en Europe* (Varsovie, 1978), 195 ss.; M. F. CURSI, *Alle origini degli 'accidentalia negotii'. Le premesse teoriche della categoria moderna nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Index*, 29 (2001), 301.

dall'Asia – «*centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit?*»⁴²), allora il suo avveramento avrà come unico effetto quello di estinguere l'obbligazione, senza poter toccare l'efficacia dell'atto.

Il punto interpretativo più controverso, tuttavia, concerne la prima parte del brano: ed in particolare, riguarda quell'«*efficax*» che non si riesce a capire bene a che cosa sia riferito. C'è stato chi ha sostenuto che l'inefficacia di una condizione che sia apposta a seguito della pronuncia del verbo «*sponde*» dipenda – appunto – dal fatto che la *sponsio* si sia ormai perfezionata⁴³. Si tratterebbe, dunque, di un vizio meramente formale. Altri, invece, hanno ritenuto (credo, più correttamente) che il condizionamento avesse operato solo sul piano del rapporto giuridico e non su quello dell'atto⁴⁴. Dico più correttamente perché, a ben vedere, Paolo chiarisce che un qualche effetto, l'avveramento dell'evento dedotto in condizione lo produce, ed è, appunto, quello di far nascere un'*exceptio pacti conventi vel doli mali* in capo al *promissor* al quale venga ugualmente richiesto l'adempimento.

La *condicio*, dunque, in questo caso non è *efficax* non in quanto assolutamente improduttiva di effetti, ma solo in quanto essa non influisce sull'atto, che è già perfetto e che – risolvendosi un'istantanea manifestazione di volontà – è già efficace, ma influisce esclusivamente sul rapporto, sicché, se l'atto c'è ed è efficace, la caducazione dei suoi effetti può dipendere solo da un evento che tocchi la vita dopo l'atto, ma non l'atto stesso.

⁴² V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., 104, inoltre, sottolinea che se «l'esempio ordinario di una condizione è *si navis ex Asia venerit* e non già *nisi navis ex Asia venerit* [...] bisogna anche notare che *nisi navis* ecc. non vuol dire precisamente lo stesso che *si navis ex Asia non venerit*: *si-non* è proprio la condizione negativa “se questo non accade farò quest'altro”, il *nisi* invece, piuttosto che tradurlo con “se non” va tradotto “a meno che, eccettoché” [...].»

⁴³ Sul punto, tuttavia, già V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., 103 notava che l'interpretazione darebbe per presupposto che la domanda del creditore si dovesse perfezionare con il verbo «*sponde*», formalità che – evidentemente – la *sponsio* non ebbe mai. Inoltre, solo con la pronuncia del verbo «*spondeo*» sarebbe nata l'*obligatio*, ma tale risposta avrebbe potuto aversi solo una volta completata la domanda. Ancora, non potrebbe ritenersi che Paolo avesse inteso che quel «*nisi navis ex Asia venerit?*» fosse stato aggiunto a seguito della conclusione della promessa di dare i cento, perché certamente il giurista non avrebbe mancato di sottolineare quello che riteneva essere il nodo fondamentale, vale a dire il distacco tra la *sponsio* e quell'aggiunta.

⁴⁴ E. NICOSIA, *In diem addictio' e 'lex commissoria'* (Catania, 2013), 11 ss. e spec. in nota 23, ove è citato anche M. BRUTTI, *La problematica del dolo*, cit., 675: «Il giurista [...] delinea, accanto alla normale condizione che inerisce all'atto costitutivo dell'*obligatio* e ha effetti sospensivi, l'ipotesi di un'altra condizione che [...] è riferita non più all'atto ma direttamente all'*obligatio*, interviene in un momento successivo alla sua costituzione, ed ha come effetto lo scioglimento del vincolo».

Come nel caso esemplificativo riportato da Gaio, dunque, ad essere condizionata è l'*obligatio*⁴⁵ e, tuttavia, ancora come nel caso riportato da Gaio, il *nomen* 'condicio' è fatto salvo. E se in quello una spiegazione di questo uso linguistico può essere ravvisata nel fatto che il condizionamento incide sia su un negozio, che su un rapporto obbligatorio, per quanto riguarda il frammento paolino, non può esservi dubbio in ordine al fatto che il termine sia stato usato in maniera consapevole; probabilmente, perché anche se il condizionamento avesse inciso sul solo rapporto, esso avrebbe continuato a mantenere quella funzione 'subordinante' che è propria della *condicio* e che la caratterizza.

⁴⁵ Ancora, V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., 107, tuttavia, ritiene che ad essere condizionata non sia neppure l'*obligatio*. Sostiene l'a., infatti, che le parole di Paolo rendono chiaro che il verificarsi della condizione non abbia alcun effetto diretto sopra l'obbligazione, «ma che soltanto contro l'azione del creditore si [possa] opporre una *exceptio pacti* o *doli*». L'interpretazione, in realtà, è convincente e pare coerente con il fatto che i romani non riconobbero mai, tra i modi di estinzione delle obbligazioni, l'avveramento di una condizione risolutiva. Tuttavia, ai nostri fini, il dato non sembra rilevante se non come precisazione, in quanto, ancorché l'effetto sull'*obligatio* non sia diretto, esso c'è comunque e vale comunque a distinguere l'ipotesi da quelle in cui la *sponsio* sia subordinata alla condizione "*si navis ex Asia venerit*", in cui è l'atto ad essere toccato dalla condizione.

2. Condizione sospensiva e condizione risolutiva.

È già stato accennato che l'insegnamento tradizionale vorrebbe la condizione sospensiva come l'unica, tra i due tipi di *condiciones* indicati nel titolo di questo paragrafo, ad essere stata tecnicamente riconosciuta dalla giurisprudenza romana. Tale interpretazione, probabilmente, ha trovato un grosso appiglio in quei testi – fra i quali si annoverano anche quelli sopra esaminati – che sembrano aver qualificato, in qualche modo, la condizione risolutiva come patto aggiunto o addirittura come negozio ulteriore rispetto a quello da condizionare.

Atteso, dunque, che da quei testi non risulta che essa possa operare dall'interno dell'atto, la conclusione cui è pervenuta gran parte della dottrina è stata nel senso di ritenere che i giuristi classici l'avessero estromessa dal novero delle condizioni in senso tecnico.

Anche quest'insegnamento, tuttavia, si fonda su di una pretesa consapevolezza di un solo concetto tecnico-strutturale di *condicio*, che – a mio avviso – non può essere dedotta dalle fonti.

Ciò che invece può essere constatato è che esse adoperano il termine '*condicio*' con riferimento all'una ed all'altra ipotesi, anche quando il funzionamento e la natura delle due sono spiegati in modi diversi.

Interessante, in questo senso, mi sembra il raffronto tra il testo paolino analizzato qualche pagina fa⁴⁶ e quello che lo precede nella compilazione giustiniana:

D. 44.7.44.1 (Paul. 74 *ad ed. praet.*): *Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem. Ex die veluti "kalendis Martiis dare spondes?" cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur. Ad diem autem "usque ad kalendas dare spondes?" placet autem ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum: nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi. Plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summo veri poterit. Sic et in tradendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quo minus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret.*

Il brano è in tema di *dies* ed in particolare riguarda la distinzione tra termine iniziale («*ex die*») e termine finale («*in diem*»). Ora, anzitutto vale la pena notare che

⁴⁶ Precisamente a pagina 21.

l'idea che D. 44.7.44.2 riguardi la differenza tra condizione sospensiva e risolutiva, non può che essere avvalorata dal profilo sistematico: dopo aver trattato dell'efficacia del negozio sottoposto termine, difatti, Paolo deve essersi posto il problema dell'efficacia di quello sottoposto a condizione.

Ciò che però sorprende di più riguarda la natura del termine finale: dopo aver chiarito che l'indagine da compiere a proposito di *dies* si deve fondare su un doppio binario («*circa diem duplex inspectio est*»), il giurista severiano, sottolinea che, poiché i modi di estinzione delle obbligazioni sono tipici («*nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi*»), l'obbligazione non può essere costituita a tempo più di quanto non sia possibile costituire a tempo un legato («*placet autem ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum*»). Il periodo successivo, poi, chiarisce che allo *stipulator*, cui sia richiesto l'adempimento dell'obbligazione una volta spirato il termine, compete una *exceptio pacti* o una *exceptio doli mali* («*plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoverti poterit*»).

Le circostanze da notare, dunque, sono le seguenti:

- a) che anche la clausola terminale è strutturata in maniera differente a seconda degli effetti che il suo inserimento nel negozio mira ad ottenere (a seconda, quindi, che si tratti di termine iniziale o finale);
- b) che, così come per la condizione risolutiva, anche per il termine finale l'evento (o, in questo caso, lo spirare del termine) determina effetti sull'obbligazione e non sull'atto;
- c) che tali effetti non sono diretti (estinzione dell'obbligazione), ma solo processuali (e consistono, appunto, nel far nascere in capo allo *stipulator* le *exceptiones* richiamate);
- d) che, nonostante tutto, Paolo non esita a chiamare *dies* anche questo tipo di termine;
- e) che l'ostacolo alla configurabilità di un termine finale (ed è lecito supporre anche, a questo punto, di una condizione risolutiva) come inerente all'atto ed operante a partire dallo stesso è dato dalla tipicità dei modi di estinzione delle obbligazioni nascenti da un negozio verbale.

Non molto chiaro, invece, è l'esempio riportato a conclusione del brano: nell'effettuare una consegna di un suolo, per quanto le parti possano aver stabilito di escluderne la superficie («*in tradendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere*»), la consegna dovrà riguardare anche questa («*nihil proficit, quo minus et superficies*

transeats)), perché – ovviamente – la consegna del suolo non può prescindere dalla superficie («*quae natura solo cohaeret*»). E ciò in virtù di un principio che all'epoca di Paolo era ancora dominante («*superficie solo cedit*»), ma non lo era già più con Giustiniano.

Credo che l'unica spiegazione ragionevole per una chiosa del genere vada rintracciata nel fatto che così come doveva essere parsa norma inderogabile quella dettata in tema di superficie, allo stesso modo non doveva essere sembrato possibile superare la necessità di una *acceptilatio* per estinguere le obbligazioni *verbis contractae*, e ciò, nonostante quanto le parti avessero stabilito.

Il termine finale, dunque, non è ancora in grado di caratterizzare l'atto perché l'elemento volontaristico non è ancora in grado di superare quel principio.

Ma allora, così come tecnicamente è stato adoperato il termine '*dies*' per descrivere il termine finale, pur nella coscienza di un diverso funzionamento rispetto al termine iniziale, del pari non si può escludere che il termine '*condicio*' fosse servito ad indicare altrettanto tecnicamente sia la condizione sospensiva che una condizione in funzione risolutiva che abbia operato sul piano del diritto pretorio.

La riflessione, tuttavia, è in tema di *stipulatio* e a tale ambito va circoscritta⁴⁷, perché le fonti sembrano testimoniare che i termini '*dies*' e '*condicio*' siano serviti ad indicare, oltre che clausole iniziali/sospensive e meccanismi finali/risolutivi rilevanti come *pacta*, anche clausole incluse nello stesso negozio giuridico aventi l'effetto diretto di far cessare il rapporto.

D'altra parte, la condizione risolutiva apposta, ad esempio, ad una *datio tutoris* non avrebbe potuto incontrare il medesimo ostacolo che avrebbe incontrato la sua apposizione ad una *stipulatio*. E difatti, come si vedrà a breve, essa – in questo campo – a tornerà ad operare a partire dall'atto.

Alcuni studi più o meno recenti sono stati orientati proprio nel senso di riconoscere alla condizione risolutiva un valore nuovo.

⁴⁷ In questo senso, pure Inst. 3.15.3, che però riferisce della sola *exceptio pacti*. Lo stesso regime della condizione risolutiva, inoltre, pare essere stato applicato nel caso di legato ad effetti obbligatori (ovviamente il rimedio pretorio si sarebbe dovuto limitare ad una *exceptio doli*, mancando in radice la possibilità di configurare un *pactum*). Come ritenuto da B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano* (Palermo, 1982), 306, tuttavia, l'unica fonte di cui disponiamo in argomento attesta solo che l'obbligazione dell'erede non si estingue per effetto dell'avveramento della *condicio*. Si legga: D. 30.55 (Pomp. 9 ad Sab.): *Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant, quia nec tempore aut loco aut condicione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest.*

Su tutti, mi riferisco a quelli di Eleonora Nicosia la quale, nella sua monografia sulle due più frequenti *leges emptiois et venditionis*⁴⁸, ha rispolverato una teoria dell'Albanese⁴⁹ praticamente soffocata dai tradizionali insegnamenti. Già trentacinque anni orsono, difatti, l'a. sottolineava che i romani si riferirono alla condizione risolutiva con l'espressione tecnica '*ad condicionem*'.

La ricostruzione si fonda su cinque brani, la cui interpretazione nel senso di un riconoscimento del meccanismo della condizione risolutiva mi sembra inequivocabile: D. 26.1.14.5, D. 26.2.8.2, D. 26.10.3.7, D. 8.1.4 pr., Vat. Fr. 50⁵⁰.

I primi tre (D. 26.1.14.5, D. 26.2.8.2, D. 26.10.3.7), come anticipato, sono in tema di *datio tutoris*:

D. 26.1.14.5 (Ulp. 37 *ad Sab.*): *Sed et si ad certam condicionem datus sit, aequae evenit, ut desinat esse tutor exsistente condicione.*

D. 26.2.8.2 (Ulp. 24 *ad Sab.*): *Tutorem autem et a certo tempore dare et usque ad certum tempus licet et sub condicione et usque ad condicionem.*

D. 26.10.3.7 (Ulp. 35 *ad ed.*): *Idem erit quaerendum et si proponas aliquem desisse esse tutorem et rursus coepisse (ut puta usque ad tempus vel ad condicionem erat datus, deinde iterum vel superveniente condicione testamentaria vel etiam a praetore postea datus est), an suspectus postulari possit. Et quia duae tutelae sunt, si est, qui eum tutelae iudicio conveniat, aequissimum erit dicere cessare crimen suspecti*⁵¹.

I brani sono tutti di Ulpiano ed in essi pare che sia pacificamente ammessa la configurabilità tanto di una *datio tutoris* soggetta a termine finale, quanto di una soggetta a condizione risolutiva⁵². Ma non solo.

⁴⁸ E. NICOSIA, *'In diem addictio' e 'lex commissoria'*, cit., 9 ss.

⁴⁹ B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., 272 ss.

⁵⁰ In un altro brano, invece, ricorre l'espressione *in condicionem*, in contrapposizione con *ex condicione*: D. 29.1.15.4 (Ulp. 45 *ad ed.*): *Miles et ad tempus heredem facere potest et alium post tempus vel ex condicione vel in condicionem*. Ancora, però, il concetto di condizione risolutiva sembra essere presupposto da altri brani: oltre al già richiamato D. 44.7.44.2, per la cui interpretazione in questo senso si veda *supra*, a pagina 21; nonché E. NICOSIA, *'In diem addictio' e 'lex commissoria'*, cit., 10 ss. e spec. note 21 e 23, si cfr. anche D. 28.2.3.2 (Ulp. 1 *ad Sab.*): *Filius inter medias quoque heredum institutiones recte exheredatur et erit a toto gradu summotus, nisi forte ab unius persona eum testator exheredaverit: nam si hoc fecit, vitiosa erit exhereditatio. Quemadmodum si ita eum exheredaverit "quisquis heres mihi erit, filius exheres esto": nam, ut Iulianus scribit, huiusmodi exhereditatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit eum summotum, quod est impossibile*.

⁵¹ Per un'analisi dei brani si cfr. anche E. NICOSIA, *'In diem addictio' e 'lex commissoria'*, cit., 13 ss.

⁵² L'attestazione, contenuta in D. 50.17.77, in cui – nel farsi elenco dei cosiddetti *actus legitimi* – si menziona anche la *datio tutoris* non deve trarre in errore. Secondo l'Albanese (*Gli atti negoziali nel*

Sembra emergere infatti che sia proprio l'atto del *dare tutorem* a poter essere sottoposto a quelle clausole.

Depongono in favore di tale ricostruzione: anzitutto il fatto che Ulpiano ponga sullo stesso piano termine iniziale/condizione sospensiva e termine finale/condizione risolutiva; e, in secondo luogo, il tenore letterale dei frammenti che sembra riferire talvolta al participio «*datus*», talvolta all'infinito «*dare*» tanto l'«*usque ad condicionem*» (ovvero l'«*usque ad tempus*») quanto il «*sub condicione*» (ovvero l'«*a tempore*»).

Tuttavia, guardando agli effetti dell'avveramento della condizione, ci si rende ben presto conto del fatto che – in realtà – essi si ripercuotano solo ed esclusivamente sui rapporti che dalla *datio tutoris* sono nati: senza troppi 'se' o troppi 'ma' il giurista afferma recisamente che la carica di tutore cessa («*ut desinat esse tutor existente condicione*», «*desisse esse tutorem*»). Stavolta, però, quegli effetti non sono riconosciuti solo in via di eccezione, ma, al contrario, sono diretti e riguardano sia gli obblighi del tutore nei confronti del pupillo, che la sua posizione nei confronti dei terzi.

Di più complessa interpretazione, invece, è il brano dettato in tema di costituzione di servitù (D. 8.1.4 pr.), in cui Papiniano contrappone al negozio concluso «*sub condicione*» quello concluso «*ad condicionem*», creando una proporzione con le espressioni «*ex tempore*» e «*ad tempus*»:

D. 8.1.4 pr. (Pap. 7 quaest.): *Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem (verbi gratia "quamdiu volam") constitui possunt: sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutum vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere.*

La complessità dell'interpretazione è data dalla contrapposizione creata dalle due parti del brano: se «*ipso quidem iure*» è negata la possibilità di apposizione di termini o condizioni alla costituzione di servitù (verosimilmente perché essa doveva avvenire tramite *mancipatio* o *in iure cessio*⁵³), è poi riconosciuta *iure honorario* una «*exceptio pacti vel per doli*» contro colui che effettui comunque la *vindicatio*.

diritto privato romano, cit., 267 e spec. in nota 107), infatti, originariamente il testo avrebbe fatto riferimento alla *tutoris optio*. Contro la genuinità del riferimento alla *datio tutoris*, infatti, stanno parecchie fonti, fra le quali, ad esempio, oltre a quelle riportate in questo paragrafo, D. 26.1.14.5; D. 26.2.8.1-2; D. 26.10.3.7 e molte altre.

⁵³ Così anche B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (Corso di lezioni)* (Milano, 1946), 162.

La dottrina giusromanistica ha risolto il problema relativo alla differenza di regime testimoniata da Papiniano nei modi più svariati, talvolta riconoscendo un'interpolazione postclassica nel periodo che va da «*sed tamen*» a «*placere*», alla luce della quale sembrerebbe doversi riconoscere un riferimento al modo di costituzione delle servitù tipicamente giustiniano della *pactio et stipulatio*⁵⁴; talaltra riconoscendo la classicità della seconda parte del brano, ma non della prima, ritenendo, dunque, che la salvezza delle clausole accidentali testimoniata dai periodi finali potesse operare tramite la conversione delle predette clausole in un *pactum de non petendo*⁵⁵.

In questo secondo senso, sembra essersi convincentemente orientata quella parte della dottrina⁵⁶ che ha ritenuto che il periodo «*sed tamen-placere*» sia genuino, ma sia da riferire alle sole clausole risolutive, come lascerebbero intendere anche i raffronti con D. 45.1.56.4⁵⁷, D. 44.7.44.1⁵⁸ e Inst. 3.15.3⁵⁹. La confusione, in realtà, sarebbe stata generata da un'interpolazione e/o da un'epitome della prima parte del brano⁶⁰ che sarebbero intervenute, nel primo caso, ad allargare l'originaria citazione delle clausole o anche solo ad invertirne l'ordine⁶¹, nel secondo, a tagliare la spiegazione di nullità che avrebbe coinvolto le sole clausole e non anche l'intera costituzione di servitù⁶².

⁵⁴ S. RICCOBONO, «*Dies vel condicio*» nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali, in TR. 3 (1922), 341.

⁵⁵ P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², I (Milano, 1968), 209.

⁵⁶ E. CALAZZO, *In tema di servitù «ad tempus»*, in *Index*. 25 (1997), 333 ss.

⁵⁷ D. 45.1.56.4 (Iul. 52 dig.): *Qui ita stipulatur: "decem, quoad vivam, dari spondes?" confestim decem recte dari petit: sed heres eius exceptione pacti conventi summoendus est: nam stipulatorem id egisse, ne heres eius peteret, palam est, quemadmodum is, qui usque in kalendas dari stipulatur, potest quidem etiam post kalendas petere, sed exceptione pacti summoetur. Nam et heres eius, cui servitus praedii ita concessa est, ut, quoad viveret, ius eundi haberet, pacti conventi exceptione submovebitur.*

⁵⁸ Già riportato *supra* a pagina 24.

⁵⁹ Inst. 3.15.3: *At si ita stipuleris "decem aureos annuos quoad vivam dare spondes?", et pure facta obligatio intellegitur et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest. Sed heres petendo pacti exceptione submovebitur.*

⁶⁰ Così pure G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano* (Torino, 1969), 120.

⁶¹ Sarebbe stata opera di una glossa successiva, invece, la sostituzione di quel «*quamdiu vivam*», in luogo di «*quamdiu vivam*», come suggerito da E. CALAZZO, *In tema di servitù «ad tempus»*, cit., 336 e spec. in nota 26 ove bibliografia. La correzione pare legittima anche alla luce di un altro brano che sembra ammettere la condizione risolutiva e che adopera l'espressione «*quoad vivam*». Mi riferisco al già richiamato D. 45.1.56.4 (in nota 57).

⁶² Ed il principio, in effetti, è sarebbe singolarmente contrastante con quello contenuto in D. 50.17.77 (Pap. 28 quaest.): *Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem. Nonnumquam tamen actus supra scripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium adferunt. Nam si acceptum feratur ei, qui sub condicione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intellegitur, si obligationis condicio extiterit: quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum.*

La linea ricostruttiva mi sembra convincente per alcune ragioni: innanzitutto perché il richiamo alla *vindicatio servitutis* non avrebbe avuto alcun senso se la nullità della clausola si fosse estesa anche all'atto costitutivo (inoltre, se il senso del brano fosse stato quello di contrapporre il regime classico – e civilistico – dei modi di costituzione delle servitù a quello postclassico-giustiniano, non sarebbe mancata una specificazione dei casi in cui avrebbe potuto comunque esperirsi la *vindicatio*); in secondo luogo, perché il brano non sembra concentrarsi sulla natura dell'atto cui sarebbero state pertinenti le singole *adiectioes*, in quanto, se così fosse stato, esso non avrebbe mancato di menzionare espressamente da un lato, *mancipatio* e *in iure cessio*, dall'altro, *pactio et stipulatio*; infine, perché il raffronto con i brani in tema di condizione e termine sopra richiamati testimonia come il diritto pretorio abbia riconosciuto, sin dall'epoca classica (come sembra essere confermato anche dal richiamo che il brano fa all'opinione di Cassio e Sabino), le condizioni risolutive e le abbia rese operanti sul piano del diritto onorario, anche ove il *ius civile* non le avesse ritenute apponibili.

Ancora una volta, dunque, il meccanismo risolutivo – proprio perché l'atto cui pare riferito è un cd. *actus legitimus* – opera sul piano del rapporto giuridico sorto per mezzo di quell'atto⁶³. Eppure l'espressione civilistica «*ad condicionem*» continua a ricorrere.

L'ultimo tra i testi che ci si è proposti di analizzare prima di trarre qualche conclusione è:

Vat. Fr. 50. *In mancipatione uel in iure cessione an deduci possit uel ex tempore uel ad tempus uel ex condicione uel ad condicionem, dubium est; quemadmodum si is, cui in iure ceditur, dicit: "aio hunc fundum meum esse deducto usu fructu ex kal. Ian." uel "deducto usu fructu usque ad kal. Ian. decimas", uel "aio hunc fundum meum esse deducto usu fructu, si nauis ex Asia uenerit"; item in mancipatione: "emptus mihi esto pretio, deducto usu fructu ex kal. illis" uel "usque ad kal. illas"; et eadem sunt in condicione. Pomponius igitur putat non posse ad certum tempus deduci nec per in iure cessionem nec per mancipationem, sed tantum transferri ipsum posse. Ego didici et deduci ad tempus posse, quia et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat. Num quid ergo et ex tempore et condicione deduci possit? Sequitur et legatum deduci ad certum tempus posse.*

Paolo riporta come dubbia («*dubium est*») la soluzione del problema relativo alla sopportabilità ad opera di una *mancipatio* o di una *in iure cessio* di termini o

⁶³ In questo senso, si cfr. G. GROSSO, 'Servitus ad tempus' e concezione economica liberistica della proprietà, in *Iura*. 20 (1969), 149.

condizioni relativi alla cd. *deductio ususfructus*, inserita nella formula dell'atto traslativo⁶⁴. La questione doveva essersi posta proprio perché se la *mancipatio* o la *in iure cessio* normalmente non sopportavano termini e condizioni, al contrario l'usufrutto era necessariamente a termine (sicché anche l'avverarsi della condizione ad esso eventualmente apposta era soggetto al limite temporale massimo della vita dell'usufruttuario)⁶⁵.

Il giurista riporta da un lato l'opinione di Pomponio, e dall'altro la propria. Se il primo ritiene che in nessun caso il diritto civile ha mai riconosciuto l'apponibilità di termini o condizioni agli *actus legitimi* («*Pomponius igitur putat non posse ad certum tempus deduci nec per in iure cessionem nec per mancipationem, sed tantum transferri ipsum posse*»), Paolo, al contrario, probabilmente ritenendo che gli *accidentalia* tocchino solo la *deductio* e non anche il trasferimento, ritiene che la risposta debba essere positiva con riferimento alle clausole risolutive e, al riguardo, richiama una norma delle XII Tavole («*ego didici et deduci ad tempus posse, quia et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat*»). Il dubbio, invece, permane in ordine all'ammissibilità di una clausola sospensiva («*num quid ergo et ex tempore et condicione deduci possit?*»).

Ai nostri fini, due dati sono interessanti: innanzitutto che l'opinione di Pomponio sembra confermare l'ipotesi (già prospettata a proposito del brano di Papiniano analizzato qualche pagina fa⁶⁶) relativa ad una nullità parziale del negozio cui fossero apposte, *contra ius*, clausole risolutive. Ebbene, come si diceva, la congettura trova un appiglio nel brano ora oggetto di analisi, ancorché esso verta in tema di usufrutto, perché quel «*sed tantum transferri ipsum posse*» sembra fare riferimento proprio alla salvezza del trasferimento.

Ma allora non sembra inverosimile che anche Pomponio potesse aver riconosciuto, accanto alla regola civilistica, quella pretoria, ed avesse dunque ritenuto che al nudo proprietario potesse essere concessa un'*exceptio pacti* o anche

⁶⁴ Sul punto, si cfr. R. LA ROSA, 'Deducere' o 'destruere usum fructum' ed 'excipere' o 'recipere servitutem', in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, VII (Milano, 1987), 319 ss.

⁶⁵ In questo senso depongono D. 33.2.30 pr. (Iav. 2 ex post. Lab.): *Cui usus fructus legatus esset, donec ei totius dotis satisfaceret, cum ei heres pro sua parte satis dedisset, quamvis reliqui satis non darent, tamen pro ea parte usum fructum desinere habere mulierem ait Labeo: idem fieri et si per mulierem mora fieret, quo minus satis acciperet.* Nonché, D. 7.4.15 (Ulp. 18 ad Sab.): *Interdum proprietarius ad libertatem perducet, si forte usus fructus fuerit tamdiu legatus, quamdiu manumittatur: nam incipiente proprietario manumittere extinguetur usus fructus.* Si cfr. pure B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., 304 in nota 260; nonché E. NICOSIA, *In diem addictio' e 'lex commissoria'*, cit., 16 in nota 31.

⁶⁶ A pagina 28.

un'*exceptio doli* per opporsi all'usufruttuario che avesse rivendicato il suo diritto dopo l'avverarsi della condizione o lo spirare del termine.

La seconda circostanza da notare, invece, riguarda l'opinione di Paolo. Poiché è il rapporto di usufrutto ad essere soggetto a termine finale o a condizione risolutiva, ma è l'atto (o quantomeno è anche l'atto) della *mancipatio* o della *in iure cessio* ad essere soggetto a termine iniziale o a condizione sospensiva, il giurista severiano riconosce come certamente possibile la costituzione di usufrutto *ad tempus* ovvero *ad condicionem*, ma al contrario prospetta in forma interrogativa la possibilità di *mancipare* o *in iure cedere ex tempore* o *ex condicione*, salvo poi concludere che l'unica conseguenza che può essere tratta rispetto alla disposizione delle XII Tavole riguarda la possibilità di legare *per vindicationem* l'usufrutto *ad tempus* («*sequitur et legatum deduci ad certum tempus posse*»).

La conclusione è degna di nota, perché dà atto di come anche la giurisprudenza classica che abbia riconosciuto la possibilità di apporre *adiectioes* risolutive a tipi di negozi che in linea teorica non avrebbero dovuto sopportarle, abbia, in realtà, avuto chiaro che la loro apposizione al negozio non avrebbe toccato la vita di questo, ma avrebbe riguardato solo ed esclusivamente il rapporto che con esso si crea.

Ma, allora, mi sembra potersi dire con un certo grado di sicurezza:

- a) che il *ius civile* classico avesse già riconosciuto la condizione risolutiva (oltre che il termine finale) e l'avesse indicata con una locuzione tecnica (*ad condicionem*) che teneva ben in conto della sua diversità strutturale rispetto alla condizione sospensiva⁶⁷;
- b) che la possibilità di sottoporre a condizione risolutiva alcuni tipi di negozi dipendesse esclusivamente dal rapporto giuridico che essi miravano a creare: così non deve essere parso possibile (quantomeno inizialmente) *mancipare* una servitù *ad condicionem*, ma al contrario, deve essere parso piuttosto facile riconoscere una *datio tutoris ad condicionem* così come una *deductio ususfructus ad condicionem* (ancorché la *deductio* fosse stata inserita in una *mancipatio*), perché questi ultimi rapporti avevano carattere essenzialmente temporale;

⁶⁷ Come testimoniato da Vat. Fr. 50, infatti, se – nell'opinione di Paolo – è ben possibile che ad una *mancipatio* fosse apposta una condizione risolutiva, non altrettanto può dirsi con riferimento alla condizione sospensiva.

- c) che il *ius honorarium* fosse intervenuto a fianco del diritto civile per riconoscere a talune situazioni ritenute meritevoli di tutela delle eccezioni che continuassero ad operare sul piano del rapporto, ma non con effetti diretti, ad esempio, sull'*obligatio verbis contracta*, ma solo in via processuale, tramite *exceptiones*;
- d) che, dunque, la coscienza della diversa operatività dei due meccanismi condizionali non avesse impedito ai giuristi classici di adoperare il termine '*condicio*' con riferimento sia alla condizione sospensiva, che alla condizione risolutiva (sia che essa fosse riconosciuta dal diritto civile, che dal solo diritto pretorio); e ciò probabilmente perché, per la concreta mentalità romana, non fu l'attinenza all'atto a definire il concetto tecnico di condizione, ma al contrario la sua funzione;
- e) che la riflessione postclassica e bizantina avesse certamente contribuito al progresso della dogmatica della condizione, ma non avesse apportato alcuno stravolgimento sostanziale in ordine alla struttura del negozio sottoposto *condicio*; al contrario, l'avvento della *cognitio extra ordinem* doveva aver probabilmente stravolto il concetto di *exceptio*, sicché «dire che una condizione risolutiva poteva farsi valere solo per mezzo di *exceptio*» doveva significare anche, a quel punto, dire «che quella condizione era pienamente efficace»⁶⁸.

⁶⁸ B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., 309.

3. Meccanismi di funzionamento della condizione: pendenza ed avveramento.

Dopo aver chiarito che la condizione sospensiva doveva coinvolgere l'atto, in quanto incideva sull'idoneità a far nascere il rapporto che si preordinava di far nascere e che, invece la condizione risolutiva, pur potendo – in alcuni casi – far parte del negozio, operava principalmente sul piano del rapporto giuridico, è possibile accantonare per un momento i problemi in ordine alla struttura del negozio condizionato e concentrare l'attenzione su alcuni profili funzionali che potrebbero far emergere qualche dato interessante per la nostra indagine.

Com'è noto, l'impostazione dogmatica odierna riconosce che la vita del negozio condizionato sia suddivisa in due fasi ben precise: pendenza ed avveramento.

Dalla nascita del negozio sino al completarsi della fattispecie giuridica si ha, appunto, la fase di pendenza, mentre a partire dal verificarsi dell'evento dedotto in condizione si ha la fase di avveramento, che comporta il consolidamento degli effetti del negozio giuridico⁶⁹.

La terminologia adottata dai cultori del diritto positivo non è nuova alle fonti romane, le quali adoperarono con significati tecnici ben precisi⁷⁰ da un lato, i verbi 'pendere' e 'suspendere', e dall'altro, i verbi 'implere' (o, più frequentemente, la sua diatesi passiva 'impleri' o ancora le sue forme participiali 'impletus, impleta, impletum') e 'existere' a proposito dell'avveramento; il verbo 'deficere', a proposito della mancanza.

3.1. Con 'pendere', 'suspendere', 'pendente', 'in suspensio' 'in pendenti esse' etc. etc., venne indicato generalmente quello stato di incertezza e di attesa destinato ad essere eliminato dall'avveramento della *condicio* o dallo spirare del *dies*.

La portata semantica e la forte connotazione psicologica dei due lemmi, dunque, richiamano anzitutto il dato temporale (certamente la pendenza si

⁶⁹ Ovviamente, finché l'evento dedotto in condizione non si verifichi, si dovrà considerare perdurante la fase di pendenza; e tuttavia, se alla condizione sia – a sua volta – apposto un termine ed il termine sia spirato ovvero se l'adempimento sia divenuto obiettivamente impossibile si dirà che la condizione è mancata.

⁷⁰ Ma accanto al significato tecnico con cui vengono adoperati i due verbi se ne può ravvisare uno più generico di «stato giuridicamente neutro, rispetto alla validità, non definitivo però, ma che si chiarirà a seguito d'un evento futuro» (C. GIOFFREDI, *Pendenza e sospensione* cit., 121). A sostegno dell'argomentazione Pa. richiama D. 4.8.32.3; D. 7.1.25.1; D. 14.6.1.1; D. 21.1.43.10; D. 28.2.8; D. 34.3.27; D. 35.2.62 pr.; D. 38.17.10.1; D. 40.2.19; D. 41.1.43.2 ed infine D. 45.3.18.3.

inserirsi in una fattispecie *in fieri*⁷¹), ed in secondo luogo l'idea della non definitività degli effetti prodotti e non prodotti (si potrebbe dire 'l'incertezza', stando attenti a chiarire che, in questo caso, non ci si riferisce a quella dell'evento, ma solo all'instabilità della fase⁷²).

Ma, mentre oggi è chiaro che ad essere pendente è l'efficacia di un negozio condizionale, che è di per sé perfetto e completo in tutti i suoi elementi, a cosa fu riferita – dal diritto romano – quella pendenza? Al negozio? Al rapporto? Al singolo diritto o alla singola obbligazione nascente dal negozio?

Componente autorevole della dottrina ha ritenuto che i giuristi classici, in effetti, non separarono mai «nella fattispecie, il negozio dal rapporto che ne nasce, sicché nell'atto stesso [furono] impliciti i suoi effetti»⁷³ e che pertanto la pendenza, ancorché possa indifferentemente trovarsi riferita all'atto o al rapporto (nelle fonti sono frequenti, ad esempio, le espressioni *pendet donatio*⁷⁴ ovvero *pendet obligatio*⁷⁵), avesse operato in ogni caso in relazione a quel complesso formato dall'atto e dagli effetti che da esso derivano.

⁷¹ Così non c'è pendenza se la *condicio* è in *praesens vel in praeteritum collata*, così come testimoniato da D. 12.1.37 (Pap. 1 *def.*): *Cum ad praesens tempus condicio confertur, stipulatio non suspenditur et, si condicio vera sit, stipulatio tenet, quamvis tenere contrabentes condicionem ignorent, veluti "si rex Parthorum vivit, centum mihi dari spondes?" eadem sunt et cum in praeteritum condicio confertur.*

⁷² Ecco perché non è infrequente l'uso di 'pendere' anche in relazione al termine. Tra le fonti, si cfr. Gai 1.186: *Et ideo si cui testamento tutor sub condicione aut ex die certo datus sit, quamdiu condicio aut dies pendet, tutor dari potest; item si pure datus fuerit, quamdiu nemo heres existat, tamdiu ex his legibus tutor petendus est; qui desinit tutor esse, posteaquam aliquis ex testamento tutor esse coeperit.* Tuttavia, a maggior ragione, si parlerà di uno stato di incertezza durante la fase della pendenza se ad essere incerto è anche l'evento, in quanto non solo il rapporto si trova in una fase di instabilità, ma non si sa neppure se da quella fase uscirà mai.

⁷³ C. GIOFFREDI, 'Pendenza' e 'sospensione' cit., 150.

⁷⁴ L'espressione si trova in D. 23.3.9.1. In qualche caso, invece, la pendenza è riferita non al singolo negozio da cui è composta la fattispecie, ma genericamente all'*actus*. D. 8.4.18 (Paul. 1 *manual.*): *Receptum est, ut plures domini et non pariter cedentes servitutes imponant vel adquirant, ut tamen ex novissimo actu etiam superiores confirmentur perindeque sit, atque si eodem tempore omnes cessissent. Et ideo si is qui primus cessit vel defunctus sit vel alio genere vel alio modo partem suam alienaverit, post deinde socius cesserit, nihil agetur: cum enim postremus cedat, non retro adquiri servitus videtur, sed perinde habetur, atque si, cum postremus cedat, omnes cessissent: igitur rursus hic actus pendebit, donec novus socius cedat. Idem iuris est et si uni ex dominis cedatur, deinde in persona socii aliquid horum acciderit. Ergo et ex diverso si ei, qui non cessit, aliquid tale eorum contigerit, ex integro omnes cedere debebunt: tantum enim tempus eis remissum est, quo dare facere possunt, vel diversis temporibus possint, et ideo non potest uni vel unus cedere. Idemque dicendum est et si alter cedat, alter leget servitutes. Nam si omnes socii legent servitutes et pariter eorum adeatur hereditas, potest dici utile esse legatum: si diversis temporibus, inutiliter dies legati cedit: nec enim sicut viventium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est.*

⁷⁵ Si cfr., ad esempio, D. 46.1.16.5.

Al contempo, quella stessa letteratura ha posto in risalto «la tendenza a dare al negozio condizionale una maggiore consistenza giuridica»⁷⁶ tipica del diritto postclassico-giustiniano, che ha condotto ad una equiparazione del negozio condizionato a quello sottoposto a termine.

La riflessione mi pare senz'altro coerente con la visione che – a mio avviso – ebbero i romani dell'istituto della *condicio*; e tuttavia richiede qualche puntualizzazione.

È certamente vero che la concreta mentalità romana, non deve aver agevolato la definizione di alcuni concetti che per noi sono ormai acquisiti, tra i quali spicca, ad esempio, quello di diritto soggettivo. Ed è proprio quel profondo spirito pratico che deve aver indotto a riferire la pendenza tanto al negozio, quanto ai rapporti da esso nascenti: il negozio sospensivamente condizionato, in quanto improduttivo di effetti sino al verificarsi della condizione, non deve essere parso molto facilmente *utilis*, e pertanto deve essere stato considerato esso stesso *in suspensio*.

Ed in relazione alla condizione sospensiva, effettivamente, le locuzioni sopra riportate compaiono spesso⁷⁷. Ma, se è già assai arduo rintracciare nelle fonti un riconoscimento della cd. condizione risolutiva⁷⁸, ancor più difficile è trovare, in relazione a questa, una descrizione in termini di sospensione o di pendenza della fase in cui gli effetti negoziali si realizzano in attesa dell'avveramento della *condicio*.

In realtà, credo che la ragione di tale mancato riferimento sia da ravvisare proprio nella diversa struttura dei due meccanismi: poiché l'atto, nel caso in cui ad esso sia apposta una condizione risolutiva, è immediatamente produttivo di effetti, certamente l'instabilità non avrebbe potuto che riguardare il solo rapporto giuridico nato da quell'atto, la cui esistenza ed efficacia, ormai, non sarebbe potuta più essere messa in discussione.

Ma vi è di più, perché, come è già stato sottolineato, la condizione risolutiva era spesso riconosciuta solo tramite un mezzo processuale, il che non può che aver significato che, da un punto di vista sostanziale, gli effetti del negozio dovevano essere tendenzialmente irremovibili.

⁷⁶ C. GIOFFREDI, *op. cit.*, 151.

⁷⁷ Fra gli innumerevoli testi in cui le espressioni compaiono, si segnalano: D. 12.1.8; D. 12.1.36-37; D. 12.6.16 pr.; D. 35.1.79 pr.; D. 37.9.1.5; D. 45.1.56.8; D. 45.1.116; D. 46.1.16.5 *etc. etc.*

⁷⁸ Segno evidente che essa fu usata molto meno frequentemente dalla giurisprudenza rispetto al suo *pendant* sospensivo.

L'evocatività del verbo '*pendere*', dunque, probabilmente non si attestava bene alla fattispecie risolutivamente condizionata, perché quella stessa mentalità concreta che aveva riconosciuto come pendente il negozio in attesa dell'avveramento della condizione sospensiva doveva aver incontrato qualche difficoltà in più ad agganciare l'instabilità a qualcosa di non materialmente percepibile (come invece è materialmente percepibile l'atto). Ma ancora, quell'instabilità doveva essere stata appena avvertita, perché l'incertezza del verificarsi dell'evento dedotto in condizione, stavolta, voleva dire non che l'efficacia del negozio sarebbe potenzialmente rimasta sospesa in eterno, ma che l'efficacia del negozio sarebbe potenzialmente persistita in eterno⁷⁹.

Il che, peraltro, non significa che della condizione risolutiva non fosse stato intuito il potere subordinante: significa solo che doveva essere stato più difficile immaginare in termini di sospensione e pendenza la fase di regolare efficacia del negozio.

Torniamo dunque alla condizione sospensiva, in relazione alla quale, di certo, il materiale da analizzare è di parecchio più cospicuo.

L'aver, i giuristi classici, riferito la fase pendenza anche (ma non solo) al negozio, infatti, non ha impedito loro di riconoscere una *spes* agli interessati all'adempimento della *condicio*⁸⁰.

A tal riguardo, la dottrina positiva parla di effetti prodromici o preliminari del negozio condizionato, ma già – acutamente – l'Albanese aveva sottolineato che, in realtà, quegli effetti non siano da ricollegare al negozio, ma al fatto che quel negozio esiste⁸¹.

Dei molti cd. effetti preliminari che l'esistenza del negozio fu atta a produrre si parlerà nei capitoli successivi in relazione a ciascuna fattispecie rispetto alla quale tali effetti si realizzavano⁸². E, tuttavia, il profilo relativo alla trasmissibilità dei rapporti *sub condicione* mi sembra che meriti una trattazione separata sia rispetto a quella relativa alla *stipulatio* o al legato condizionati, sia rispetto ad una eventuale trattazione relativa agli altri effetti; e ciò in quanto tale profilo mi sembra

⁷⁹ Si confronti, però, quanto verrà detto *infra* nelle note 97 e 99.

⁸⁰ L'espressione si ritrova, ad esempio, in D. 42.4.11.

⁸¹ B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., 280 in nota 136, ove si legge: «Non si tratta di effetti del negozio; bensì di altri fenomeni collegati all'esistenza del negozio».

⁸² Si rinvia, ad esempio, al capitolo IV, paragrafo 1 per i profili attinenti alla novazione dell'obbligazione condizionata ancora *pendente condicione*; così come per quelli riguardanti la costituzione di garanzia, accessoria al credito condizionato *etc. etc.*

discostarsi dalla categoria degli ‘effetti dell’esistenza del negozio’, per legarsi a quella dei veri e propri ‘effetti del negozio’ o degli ‘effetti dell’esistenza del rapporto’.

Mentre, infatti, la novazione (anche soggettiva) dell’obbligazione condizionale in pendenza di condizione era ben possibile, ma produceva effetti solo a partire dal verificarsi della condizione, il profilo relativo alla successione dell’erede o del legatario in un rapporto condizionale era totalmente indipendente rispetto al verificarsi della *condicio*. In altri termini, la nascita di un rapporto in cui succedere era già effetto diretto del negozio, ancorché ci si trovasse ancora in una fase di pendenza della condizione.

È noto che le fonti talvolta riconoscano, talaltra non riconoscano una successione nel rapporto condizionale, al punto che alcuno⁸³ ha creduto che gli stessi giuristi classici fossero largamente in contrasto tra loro, quantomeno per quanto attiene alla trasmissibilità dei rapporti *inter vivos*⁸⁴.

In realtà, autorevole dottrina⁸⁵ ha negato che tale divergenza di opinioni sia riscontrabile nel materiale giurisprudenziale classico ed ha, con decisione, affermato che, se da un lato l’intrasmissibilità del rapporto condizionale *mortis causa* dipendesse dal fatto che, prima del *dies cedens* (che coincideva con l’avverarsi della condizione), al legatario non potesse essere riservato alcun diritto⁸⁶, dall’altro che la

⁸³ G. G. ARCHI, *Il negozio sotto condizione suspensiva*, cit., 42 e nota 22; nonché, ID., s.v. *Condizione (dir. rom.)*, cit., 757. Ma già prima di lui E. SECKEL, E. LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf in klassischem römischem Recht*, in *Z.S.S.* 47 (1927), 168 s.

⁸⁴ Maggiore armonia, invece, si ritrova nei testi che negano la trasmissibilità dei rapporti condizionali *mortis causa*. Sul punto, si cfr. D. 30.114.11; D. 36.2.14.3; CI. 6.46.5.

⁸⁵ In aperta critica alle posizioni dell’Archi si è posto A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, cit., 32.

⁸⁶ Ma si veda pure l’opinione del G. VON BESELER, *Romanistische Studien. Bedingte Damnationslegat und bedingte Stipulation*, cit., 221, ove si legge «wenn ich *si illud factum erit centum dari stipulirt* habe, habe ich keinen Anspruch auf centum dari sondern einen Anspruch auf *si illud factum erit centum dari*; keinen Anspruch auf eine Geldleistung sondern einen Anspruch auf eine bedingte Geldleistung. Creditor aber bin ich sofort». Se, dunque, per la struttura della *stipulatio* il condizionamento si riferiva alla prestazione, per la struttura del legato *per damnationem* esso si riferiva all’obbligo di effettuare la prestazione. Tuttavia, F. DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali. I. L’autonomia classica della ‘sponsio’* (Napoli, 1937), 30, ha definito la costruzione del Beseler «troppo sottile», in quanto, probabilmente, molto lontana dalla mentalità romana. Credo, inoltre, che valga la pena sottolineare che, anche se la giurisprudenza classica non giunse mai a ritenere trasmissibili in pendenza di condizione i rapporti sorti per *legatum*, ciò non significa che non ricollegò qualche effetto al fatto che quel legato esisteva: i Proculiani, addirittura, su questa scia riconobbero che l’oggetto di *legatum per vindicationem* sottoposto a condizione, pendente quest’ultima, dovesse considerarsi non più appartenente all’erede, ma *res nullius*. Sul punto si cfr. pure B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., 280, nonché quanto verrà detto *infra* a pagina 91 ss.

trasmissibilità dei rapporti condizionali *inter vivos*, sia dal lato attivo che dal lato passivo, fosse a più riprese testimoniata dalle fonti.

Si guardi, ad esempio a:

D. 36.2.19.3-4 (Iul. 70 *dig.*): 3. *Si debitori quod sub condicione debet legatum est, praesens legatum est aique ex testamento statim potest, ut liberatio praestetur, et, si post mortem testatoris decesserit, ad heredem transmittit actionem.*

4. *Haec dicenda erunt et si non ipsi debitori, sed alii cuilibet similiter legatum esse proponatur.*

Giuliano, nel discorrere di *dies cedens* in tema di legato di liberazione di un'obbligazione condizionata, chiarisce che questo non coincide con l'avverarsi della *condicio*, ma che – al contrario – «*praesens legatum est*».

Sino a qui, il testo è stato giudicato, praticamente in maniera concorde, non interpolato⁸⁷.

Non altrettanto pacificamente è stato possibile valutare il resto del brano, perché, a fronte di una legittima presunzione di genuinità, si sono poste le opinioni del Vassalli⁸⁸ e del Sanfilippo⁸⁹, i quali hanno rilevato l'intervento compilatorio, chi nel periodo «*si post – actionem*»⁹⁰, chi nel periodo che va da «*praesens legatum*» fino alla fine⁹¹.

Pure il Flume⁹² non ha mancato di notare che il passo presenti certamente talune interpolazioni, e tuttavia ha ritenuto che queste non pregiudichino la possibilità di dedurre dal frammento qualcosa in tema di trasmissibilità di rapporti condizionati⁹³: innanzitutto, il fatto che la trasmissibilità dal lato attivo doveva

⁸⁷ Cfr. A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, cit., 23, ove citato anche W. FLUME, *Die Vererblichkeit der suspensiv bedingten Obligation nach klassischem römischem Recht*, in TR. 14 (1935), 21 ss.

⁸⁸ F. VASSALLI, «*Dies vel condicio*», cit., 270 s. in nota 1.

⁸⁹ C. SANFILIPPO, *Studi sull'hereditas*, I, in AUPA. 17 (1937), 302.

⁹⁰ L'illazione del Vassalli deriva dalla considerazione che nel periodo che va da «*et, si post – actionem*» si passi repentinamente dalla costruzione impersonale, a quella personale (F. VASSALLI, «*Dies vel condicio*», cit., 271, in nota 1).

⁹¹ Quella del Sanfilippo, invece, si fonda sull'improprietà dell'utilizzo ripetuto di «*legatum est*» (C. SANFILIPPO, *loc. cit.*). Tuttavia, M. TALAMANCA, *Intorno ad una recente ipotesi sulla 'liberatio legata'*, in *Studi Cagliari* 44 (1963-64), 644, ha rilevato che la ripetizione non potrebbe provare nulla, in quanto il termine «*legatum*» una volta è participio, l'altra sostantivo.

⁹² W. FLUME, *Die Vererblichkeit*, cit., 21 ss.

⁹³ In particolare, ai rilievi del Vassalli citati *supra* in nota 90, il Flume (*loc. cit.*) ha risposto facendo leva sul fatto che i mutamenti nella costruzione del periodo possono essere dipesi da una distrazione dei compilatori che, nel sostituire all'originario «*post apertas tabulas*» (O. LENEL, *Palingsenesia*, I, 476) il «*post mortem testatoris*», hanno perso di vista il soggetto.

essere stata presupposta dalla fattispecie narrata da Giuliano, perché se ancora in pendenza di condizione si poneva un problema relativo ad un legato *ad liberandum*, null'altro poteva significare che anche con il verificarsi della *condicio* dopo la morte del testatore, il rapporto non si sarebbe estinto. In secondo luogo, la trasmissibilità dell'obbligazione dal lato passivo, perché il *dies cedens* resta quello tipico del legato puro e non viene posposto al verificarsi della condizione prevista per l'obbligazione condizionata dalla quale liberare il legatario; ove il legatario muoia dopo il testatore, ma ancora *pendente condicione*, la liberazione può essere chiesta dai suoi eredi («*et, si post mortem testatoris decesserit, ad heredem transmittit actionem*»), e ciò perché evidentemente sia la posizione debitoria condizionata sorta *inter vivos*, sia la posizione creditoria sorta *mortis causa* sono entrate a far parte del patrimonio del legatario.

La nascita del rapporto obbligatorio, dunque, ancora nella fase di pendenza, sembra per certi versi essere stata intuita e riconosciuta⁹⁴.

Ed infatti, la giurisprudenza postclassica deve essersi agganciata a questo dato per riconoscere al negozio condizionato quella maggiore consistenza giuridica che in effetti gli riconobbe⁹⁵. Ma l'argomento verrà approfondito a breve.

3.2. Si diceva, dunque, che la fase di pendenza è destinata a concludersi – con esiti diversissimi in ordine all'efficacia – o a causa dell'avveramento della *condicio* o a causa della sua definitiva mancanza (accertabile, a sua volta, se sia spirato il termine massimo entro cui la condizione poteva verificarsi, ovvero se sia sopraggiunta una sua definitiva impossibilità). Già si è detto inoltre che le fonti romane adoperano anche in questo caso alcuni termini tecnici: *'implere'* ed *'existere'*, da un lato, *'deficere'*, dall'altro. E stavolta, essi vengono accostati anche alla condizione risolutiva⁹⁶.

Il verificarsi dell'evento dedotto in condizione, dunque, in caso di condizione sospensiva, avrebbe determinato la piena efficacia del negozio (e dunque la sua

⁹⁴ Tra gli altri brani che confermano la trasmissibilità dell'obbligazione condizionata dal lato passivo: D. 31.82 pr.; D. 46.2.24 e Inst. 2.20.14. Sul secondo dei testi richiamati l'Archi (s.v. *Condizione*, cit., 758) fonda la congettura relativa ad una possibile divergenza di opinioni tra gli stessi giuristi classici, ma *contra* A. MASI, *op. cit.*, 32.

⁹⁵ Secondo A. MASI, *op. cit.*, 62 ss., 109 e 206 s., infatti, il principio della trasmissibilità ereditaria dell'obbligazione condizionata sarebbe sorto indipendentemente dal principio della retroattività, che sarebbe stato frutto della riflessione postclassica sul funzionamento della *condicio*, così come già adoperata dai classici.

⁹⁶ Si cfr., ad esempio, il già citato (*supra* pagina 27) D. 26.1.14.5. La mancanza del riferimento alla pendenza, dunque, non indebolisce l'idea (esposta nei paragrafi precedenti) relativa ad un uso tecnico del termine *'condicio'* anche con riferimento alla condizione risolutiva. E ciò è testimoniato, fra l'altro, anche dell'uso che viene fatto di *'existere'*.

validità), mentre, nel caso di condizione risolutiva, avrebbe determinato la cessazione del rapporto giuridico creato per mezzo di un negozio pienamente valido ed efficace, ovvero la nascita di un'eccezione a vantaggio di colui al quale fosse richiesto giudizialmente l'adempimento di un obbligo nascente da quel rapporto⁹⁷; al contrario, la sua mancanza avrebbe determinato da un lato la totale *inutilitas* del negozio sospensivamente condizionato⁹⁸, e dall'altro, il consolidamento degli effetti e del rapporto nati o nascenti dal negozio⁹⁹.

Ma, a questo punto, vale la pena accennare all'istituto del cd. adempimento fittizio della condizione, che si affiancò ad avveramento e mancanza come possibile esito della *condicio*.

Già il diritto classico, infatti, aveva riconosciuto il principio (probabilmente per estensione della regola applicata in alcune pronunce giurisprudenziali¹⁰⁰) *'condicio pro impleta habetur, si per eum, cuius interest condicionem non impleri, fit, quo minus impleatur'*¹⁰¹.

⁹⁷ Per gli effetti dell'avveramento sul negozio risolutivamente condizionato ed ogni problema relativo all'accettabilità di una revoca reale in diritto romano si veda V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., 176 ss. Per quanto credo, tuttavia il problema degli effetti della revoca non si pose mai: e ciò per la concezione che i giuristi accolsero della condizione risolutiva. La condizione risolutiva in grado di operare a partire dallo stesso negozio, era destinata ad incidere su rapporti che comunque sarebbero stati a termine (rapporto di tutorato, usufrutto...). Al contrario, quella che operava dall'esterno dell'atto, poteva essere fatta valere solo come eccezione, il che significa – quantomeno per quanto riguarda il diritto classico – che il problema degli effetti sostanziali dell'avverarsi della *condicio* risolutiva non si pose affatto.

⁹⁸ Il termine *'inutilis'* per definire negozi una volta che sia mancata la *condicio*, compare, ad esempio, in D. 28.5.38.3 ed in D. 45.1.141.7.

⁹⁹ In realtà, *'consolidamento'* non significa che il rapporto fosse destinato a durare in eterno. Come appena anticipato nella nota 97, ed è stato accennato *supra* a pagina 32 s., dal raffronto tra il meccanismo risolutivo utilizzato per la *datio tutoris* e quello adoperato per la *stipulatio* mi sembra emergere che il *ius civile* avesse accettato con maggiore facilità l'inserimento nello stesso negozio di una condizione risolutiva allorché il rapporto da creare si sarebbe comunque dovuto estinguere *ad tempus* (la carica di tutore, infatti, anche se non si fosse mai verificata la *condicio*, si sarebbe estinta allo scadere di un certo termine o – al massimo – alla morte del tutore o del pupillo; e così anche l'usufrutto, pure nel caso in cui non fosse stato previsto un termine, si sarebbe in ogni caso estinto con la morte dell'usufruttuario).

¹⁰⁰ G. DONATUTI, *Sull'adempimento fittizio delle condizioni*, in *SDHI*. 3 (1937), 63 ss.

¹⁰¹ La regola risalirebbe alle XII Tavole, come si ricava da Tit. Ulp. 2.4: *Sub hac condicione liber esse iussus: SI DECEM MILLA HEREDI DEDERIT, etsi ab herede abalienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet; idque lex duodecim tabularum iubet*. 5. *Si per heredem factum sit, quo minus statu liber condicione pareat, proinde fit liber, atque si condicio expleta fuisset*. 6. *Extraneo pecuniam dare iussus ut liber esset, si paratus sit dare, et is, cui iussus est dare, aut nollet accipere, aut antequam acceperit moriatur, proinde fit liber, ac si pecuniam dedisset*. Per approfondimenti sulla funzione della regola si cfr. S. DI SALVO, *Adempimento fittizio della condizione e interesse al mancato avveramento*, in *BIDR*. 105 (2011), 135 ss., ora in *ID.*, *Dal diritto romano. Percorsi e questioni* (Torino, 2013), 1 ss.

Qualche dubbio in più, invece, è stato espresso in ordine alla classicità del principio *'condicio pro impleta habetur, si per eum non stat, quominus impleatur'*¹⁰².

Ai fini che interessano nel presente paragrafo è sufficiente rilevare che, accanto ad avveramento e mancanza, venne, più o meno lentamente, elaborata una regola per cui, in presenza di almeno uno dei due presupposti (da un lato, che l'avveramento fosse stato dolosamente impedito da chi ne fosse controinteressato; dall'altro che trattandosi di condizione potestativa o mista, il suo avverarsi fosse impedito da una circostanza casuale), la condizione mancata si sarebbe dovuta considerare adempiuta¹⁰³.

Problema diverso e, per certi versi, di gran lunga più complesso e dibattuto è quello relativo al principio di retroattività della condizione, che – e neppure questo è sicuro¹⁰⁴ – venne affermandosi in diritto giustiniano.

Ancora una volta, per orientarsi nel *mare magnum* delle posizioni dottrinali, è utile la ricca monografia del Masi¹⁰⁵, ove compare un'opinione che è rimasta invero incomprensibilmente isolata. Sostiene l'a., servendosi di una copiosa analisi esegetica, che il diritto giustiniano abbia riconosciuto la retroattività dell'avveramento della *condicio* solo con riferimento ad alcuni negozi, in particolare *stipulatio* ed *emptio venditio*; e ciò a partire proprio dall'elaborazione che dei due negozi condizionati fu fatta ad opera della giurisprudenza classica.

Si legga:

¹⁰² G. GROSSO, *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione* (Torino, 1930), 36 in nota 25; nonché lo stesso G. DONATUTI, *Sull'adempimento fittizio*, cit., 77 ss. che fondano la loro opinione su una costituzione di Giustiniano: CI. 6.46.6: Imperator Iustinianus A. Iohanni pp. *Cum quidam testamento condito libertatem suo servo dereliquit sub condicione, si suo heredi certum numerum solidorum praestet vel aliam quandam speciem vel vicarium servum, ille autem servus non in eodem loco constitutus, ubi etiam heres fuerat, herili testamento cognito properabat ad heredem cum ipso, quod iussus erat dare heredi, sed in medio latronum vel hostium incursione peremptum est quod portabat: quaerebatur inter antiquos, si praepeditur libertas, quia hoc dare servus non potest propter memoratum fortuitum casum.* a. 532 D. prid. k. Mai. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. anno secundo. Al contrario, a favore della classicità del principio è A. MASI, *op. cit.*, 227 s.

¹⁰³ Chiedendo scusa per i molti rinvii di questo paragrafo, se ne fa un ultimo a pagina 63 ss. per qualche approfondimento sul tema.

¹⁰⁴ Si vedano le opinioni di L. ENNECERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin* (Marburg, 1889), 334; di S. A. TONDO, *Convalida del pegno*, cit., 170 ss.; nonché di A. CALONGE, *En torno al problema de la retroactividad de la condición en el derecho clásico*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, III (Milano, 1971), 147 ss. e spec. 150, il quale ritiene che per i negozi *stricti iuris* sia sempre stato preminente su ogni altro il criterio del momento in cui la forma viene manifestata («El momento de manifestarse la forma está tirando hacia sí de todos los efectos del negocio»).

¹⁰⁵ A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, cit., 158 ss.

D. 20.4.11.1 (Gai. *l.s. de form. hypoth.*): *Videamus, an idem dicendum sit, si sub condicione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis exsistat condicio, ut potior sit qui postea credidisset. Sed vereor, num hic aliud sit dicendum: cum semel condicio exstitit, peride habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. Quod et melius est.*

Il brano, appunto in tema di concessione di ipoteca a garanzia di una stipulazione condizionata¹⁰⁶, nel periodo finale enuncia il principio della retroattività così come elaborato dalla giurisprudenza postclassica: una volta che la condizione si sia avverata, si ottiene la stessa situazione che si sarebbe avuta se, al tempo in cui è stata fatta la *stipulatio*, essa fosse stata fatta senza condizione («*cum semel condicio exstitit, peride habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset*»).

Non è mancato chi¹⁰⁷ ha sostenuto che la chiosa fosse genuina. Ma, in realtà, gli indizi dell'interpolazione non possono essere trascurati.

Particolarmente convincente è l'idea del Vassalli¹⁰⁸, per cui dall'*incipit* del § 1 («*videamus, an idem dicendum sit*»¹⁰⁹) ci si aspetterebbe che questo continui esponendo il medesimo contenuto del *principium*¹¹⁰; ma invero così non è, perché, se il *principium* si era espresso in termini di poeriorità del credito anteriore («*prius credidit*»), a mente del § 1, la stipulazione posteriore («*postea credidisset*») dovrebbe essere considerata poziore, salva poi l'introduzione la regola per cui resta preferita la stipulazione anteriore, ancorché condizionata, ove la condizione si verifichi.

Da un *incipit* del genere, in altri termini, ci si sarebbe aspettati che il paragrafo avesse continuato rimarcando, a maggior ragione, il principio *prior tempore potior iure* anche nel caso di *stipulatio sub condicione*. Ma così non è.

Vanno sottolineate allora alcune circostanze: innanzitutto, il fatto che il brano tratti del problema dei già richiamati effetti preliminari dell'esistenza del negozio e che, in esso, non sia minimamente messa in discussione la possibilità di accendere ipoteca a garanzia di un credito sorto mediante *stipulatio* condizionata; segno

¹⁰⁶ Verrà poi analizzato sotto quella prospettiva a pagina 131 s.

¹⁰⁷ In particolare, S. A. TONDO, *Convalida del pegno*, cit., 176.

¹⁰⁸ F. VASSALLI, «*Dies vel condicio*», cit., 263.

¹⁰⁹ Che più probabilmente andrebbe sostituito con «*idem dicendum est, si [...]*», che meglio regge «*ut potior sit [...]*» (F. VASSALLI, *loc. cit.*).

¹¹⁰ D. 20.4.11 pr. (Gai. *l.s. de form. hypoth.*): *Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit: poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.*

evidente che il problema della retroattività – che invece è quello intorno al quale sembrerebbe ruotare la soluzione del caso – si sviluppò per via indipendente rispetto a quello relativo agli altri effetti prodromici del negozio. In secondo luogo, il fatto che l'enunciata retroattività consenta solo di individuare il soggetto che beneficia per primo della garanzia ipotecaria; si tratta, dunque, di una retroattività solo soggettiva.

Nonostante il testo possa dirsi interpolato, non può essere taciuto che esso richiama certamente un principio che i classici avevano già impiegato al fine di risolvere il problema pratico dell'imputabilità degli effetti del negozio in ipotesi in cui vi fosse incertezza. Quel principio classico può essere ricostruito risalendo all'innovativa opinione di Giuliano, espressa per mezzo di parole dell'Africano¹¹¹ in:

D. 20.4.9.1-2 (Afr. 8 *quaest.*): 1. *Amplius etiam sub condicione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quicquam deberi coeperit, si modo non ea condicio sit, quae invito debitore impleri non possit.*

2. *Sed et si heres ob ea legata, quae sub condicione data erant, de pignore rei suae convenisset et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit ac post condicio legatorum exstitit, hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit.*

D'altra parte, mi sembra che per ben intendere l'idea di retroattività che venne raccolta dalle fonti, sia necessario chiarire che essa non fu mai riferita all'oggetto del rapporto giuridico, ma solo ai suoi soggetti.

E la regola non sarebbe affatto curiosa ove si consideri, con parole di Vittorio Scialoja, che essa «ha per il diritto romano anche una speciale importanza, che ha perduto nel diritto moderno, per le persone che sono soggette alla potestà altrui: sappiamo che il figlio di famiglia o lo schiavo acquistano per il *pater familias* e pel *dominus* sotto la cui potestà si trovano»¹¹². Individuare, dunque, il soggetto nel cui patrimonio si sarebbe verificato l'acquisto non doveva essere parso un problema da poco. E, se per gli acquisti *mortis causa* la soluzione poteva essere facilmente tracciata tramite il ricorso alle regole che presidiavano l'acquisto dei legati e dei fedecommessi¹¹³, per gli acquisti *inter vivos* bisognava trovare una soluzione diversa.

¹¹¹ Per un'analisi più approfondita del testo si cfr. quanto verrà detto *infra* a pagina 131 ss.

¹¹² V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., 167.

¹¹³ Di nuovo, aiuta il ricorso al *dies cedens*. Se esso cadeva in un momento in cui il beneficiario era un *potestate subiectus*, allora l'acquisto avrebbe accresciuto il patrimonio del *pater familias* o del *dominus*; se

La conclusione, fra l'altro, non pare indebolita da:

D. 45.1.64 (Afr. 7 quaest.): *Huiusmodi stipulatio interposita est: "si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes?" post triennium condicio existit: an huius temporis nomine agi possit, non immerito dubitabitur. Respondit eam stipulationem utilem esse ita, ut in ea eorum quoque annorum, qui ante impleta condicionem intercesserint, praestatio in id tempus collata intellegatur, ut sententia eius sit talis: tunc cum Titius consul factus fuerit, in annos singulos, etiam praeteriti temporis habita ratione, dena praestentur.*

Africano tratta di condizione sospensiva apposta ad una *stipulatio* di effettuare una prestazione periodica di dare *dena* per ogni anno («*si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes?*»).

E tuttavia la retroattività, in questo caso, sembra essere pure oggettiva, perché sembra riguardare anche le prestazioni relative al *triennium praeteritum*. A ben vedere, però, la questione posta a Giuliano (di cui Africano riporta l'opinione) riguarda la differenza tra una stipulazione siffatta ed una *stipulatio praepostera*, la quale ultima – in diritto classico – sarebbe stata certamente nulla¹¹⁴. La soluzione offerta dal giurista, che tiene in conto della peculiarità della fattispecie per cui la retroattività pare strettamente collegata alla volontà delle parti, è in senso favorevole alla sua validità.

Gli argomenti adottati dalla dottrina tradizionale, che ha visto nel brano l'espressione di un principio tutto postclassico, non sono sufficienti a vincere la legittima presunzione di genuinità, soprattutto perché la spiegazione dell'opinione dei due giuristi pare coerente con il problema che deve essere stato effettivamente loro posto.

La retroattività oggettiva, dunque, fu concepita solo nella misura in cui la volontà di *stipulans* e *promissor* si fosse espressa in tal senso.

Anche la regola per cui il *periculum*, in caso di *emptio-venditio sub condicione*, dovette ricadere non sul compratore (come sarebbe dovuto accadere nel caso di compravendita incondizionata), ma sul venditore, se la *res* fosse perita prima del verificarsi della *condicio*, è sintomatica del fatto che la retroattività non riguardò mai l'oggetto del negozio, o, in questo caso, del contratto.

al contrario la condizione si fosse verificata in un momento il cui il soggetto fosse divenuto *sui iuris*, allora dell'acquisto avrebbe beneficiato lui stesso. Ed infatti, le fonti chiariscono che ai negozi *mortis causa* la retroattività non fu mai applicata.

¹¹⁴ Sul punto, A. MASI, 'Stipulatio praepostera', in *BIDR.* 63 (1960), 194; nonché A. CALONGE, *En torno al problema de la retroactividad*, cit., 150.

Infatti, poiché il compratore, nello stato di pendenza della *condicio*, non poteva considerare facente parte del suo patrimonio alcun diritto sulla *res* e neppure alcun diritto verso il venditore, allora è chiaro che le conseguenze economiche causate dal perimento della cosa non sarebbero potute da lui essere sopportate. Ma, *quid iuris*, una volta verificatasi la condizione?

Se l'avveramento avesse avuto efficacia retroattiva anche per quanto riguardava l'oggetto del rapporto, allora gli effetti della compravendita sarebbero dovuti risalire al momento in cui la stessa fu conclusa, con conseguente determinazione del momento in cui un diritto fu acquisito dal compratore proprio in quella data. Ed allora il *periculum* sarebbe ricaduto sul compratore.

Al contrario, se l'effetto dell'avveramento, dal punto di vista oggettivo, si fosse considerato non retroattivo, allora il *periculum* sarebbe ricaduto sul *venditor*.

Accolta dalle fonti la seconda soluzione, mi sembra chiaro che l'illazione relativa ad una non retroattività oggettiva della condizione trovi un ulteriore appiglio¹¹⁵.

La retroattività dell'adempimento della *condicio*, dunque, sembra più che un principio fondamentale attorno a cui ruota la disciplina del negozio condizionato, una giustificazione teorica della risalenza di solo alcuni degli effetti del negozio al momento della sua conclusione¹¹⁶.

3.3. Il problema della pendenza e dell'avveramento della *condicio*, dunque, va trattato separatamente per i due tipi di condizione.

Partiamo allora dalla condizione sospensiva, sulla quale si è già scritto molto e per la quale non sono necessarie molte altre parole se non quelle sufficienti ad una breve e schematica ricapitolazione: a) le fonti testimoniano l'uso dei verbi '*pendere*' e '*suspendere*' con un preciso ed evocativo significato tecnico; b) la pendenza fu indifferentemente riferita al negozio o al rapporto o addirittura alle singole obbligazioni, e ciò perché i romani non devono essere andati troppo per il sottile nell'indicare, praticamente, che il complesso di atto ed effetti era in sospeso e subordinato al verificarsi di un evento; ciò non significava, però, che essi trascurarono che quel negozio esisteva e pertanto riconobbero facilmente che la

¹¹⁵ Per quanto riguarda il problema relativo al *periculum deteriorationis*, si cfr. V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., 168 ss.

¹¹⁶ Per l'impostazione, accolta a che da parte della dottrina positiva, si veda A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato* (Milano, 1975), 12 ss.

stipulatio condizionata potesse essere, ad esempio, novata ancora *pendente condicione*; c) lentamente, inoltre, essi cominciarono a riconoscere che il rapporto tra le parti negoziali si fosse formato anche a prescindere dal verificarsi dell'evento; ne sarebbe segno l'aver riconosciuto una trasmissibilità attiva e passiva del rapporto nato *inter vivos*, anche in fase di pendenza; l'avveramento, poi, avrebbe determinato la definitiva efficacia del negozio e la definitiva nascita del rapporto giuridico; d) problema non da poco deve essere stato quello della determinazione dei soggetti tra i quali far nascere il rapporto, ad esempio, nel caso in cui il *filius* fosse stato *stipulans*, ma nelle more del verificarsi della *condicio*, egli fosse divenuto *sui iuris*; parte della dottrina, dunque, ha spiegato che probabilmente l'elaborazione del principio della retroattività della condizione doveva essere servita, appunto, a trovare soluzione a quel problema; così si spiegherebbe pure perché le fonti abbiano affrontato la questione solo con riferimento a *stipulatio* ed *emptio venditio*; e) la mancanza della *condicio*, invece, avrebbe comportato la definitiva *inutilitas* del negozio, a meno che non si fossero manifestati i requisiti per considerare adempiuta ugualmente la condizione (cd. adempimento fittizio).

Qualche chiarimento in più, invece, richiede l'analisi dinamica relativa alla condizione risolutiva.

È già stato spiegato che le fonti adoperano il termine *condicio*, fra l'altro, con riferimento a due distinti meccanismi risolutivi: il primo operava a partire dal negozio, e poteva essere inserito, ad esempio, in un atto di costituzione di usufrutto; il secondo operava sul terreno processuale, facendo nascere – una volta verificatosi l'evento dedotto in condizione – un'eccezione (*pacti* o *doli*) in capo alla parte negoziale alla quale fosse richiesto l'adempimento o contro la quale fosse fatto valere un diritto reale.

Ebbene, le fonti, per definire la fase della vita del negozio in cui vengono prodotti gli effetti negoziali, non adoperano il concetto di pendenza, né con riferimento all'una né all'altra fattispecie. Ciò probabilmente perché la fisiologica efficacia del negozio non doveva essere parsa appellabile in altro modo che 'naturale *utilitas*' del negozio stesso. Neppure, chiaramente, si doveva essere posto il problema di riconoscere effetti 'prodromici in negativo' durante la fase in cui il negozio sarebbe stato naturalmente efficace. I problemi veri, con riferimento alla condizione risolutiva, nascevano nel momento dell'avveramento: e non è un caso, infatti, che la terminologia tecnica venga ripresa in maniera identica rispetto a quella usata per la condizione sospensiva (*'existere'*, *'implere'*, *'impleta'* etc. etc.).

La dottrina romanistica – perpetuando categorie dogmatiche attuali – ha distinto la revoca obbligatoria dalla revoca reale. Quale l'effetto dell'avveramento? la nascita di obbligazioni restitutorie o la nascita di un vero e proprio diritto reale sull'oggetto delle prestazioni già effettuate o dei diritti reali già trasferiti?

Ebbene, alla luce delle considerazioni svolte, relative alle peculiarità del fenomeno del condizionamento risolutivo, credo che gli sforzi tesi ad individuare quale delle due forme di revoca conobbe il diritto romano siano sforzi vani.

Da un lato, infatti, il verificarsi della *condicio* non avrebbe fatto niente altro che anticipare la sorte di un rapporto comunque destinato ad estinguersi: l'usufrutto, per lo spirare del termine o per la morte dell'usufruttuario, la *datio tutoris*, per la scadenza della nomina o per la morte del tutore o del pupillo, o ancora per la maggiore età di quest'ultimo...

Gli effetti di quell'avveramento, dunque, non sarebbero stati diversi che nel caso in cui la condizione fosse mancata (*consolidatio* in un caso, cessazione della carica nell'altro), ma sarebbero stati semplicemente anticipati.

Dall'altro lato, è ben chiaro che il meccanismo risolutivo, per così dire, 'processuale' non avesse alcun effetto sul piano sostanziale: in altri termini, nella *stipulatio ad condicionem*, il verificarsi dell'evento non avrebbe certamente comportato l'estinzione dell'obbligazione del *promissor* (e anzi, la difficoltà nel ritenere operante siffatto tipo di condizione a partire dal negozio stesso sta proprio nel fatto che i modi di estinzione delle obbligazioni erano tipici), ma semplicemente la possibilità di paralizzare l'azione dello *stipulans* che gli richiedesse l'adempimento.

Neppure si pose, rispetto a questo tipo di *condicio*, il problema di definirne la retroattività; quanto mai quella oggettiva, ma neppure quella soggettiva.

In caso di cessazione della carica di tutore, ad esempio, per verificarsi dell'evento dedotto in condizione, gli atti da questi compiuti nell'esercizio delle sue funzioni restavano perfettamente validi ed efficaci. Ma è ancora più chiaro che, a chi fosse concessa solo un'eccezione, non fosse restituito alcun diritto (né reale, né tantomeno obbligatorio) sulle prestazioni già effettuate o sui beni già trasferiti.

Ma neppure il problema della retroattività soggettiva deve essersi posto: è chiaro, infatti, che i soggetti del rapporto condizionato potessero essere tanto i medesimi che erano giunti alla conclusione del negozio, quanto soggetti nuovi, come sarebbe accaduto, ad esempio, nel caso di morte del nudo proprietario e subingresso, nella posizione di questi, del suo erede; la *consolidatio* causata dal

verificarsi della *condicio* risolutiva avrebbe certamente avvantaggiato l'erede. D'altra parte, il problema di rapporti costituiti da *postestate subiecti*¹¹⁷ non doveva riguardare questo tipo di condizione, innanzitutto perché quei soggetti non furono mai ammessi al compimento degli atti ai quali era possibile apporre la clausola '*ad condicionem*', ed in secondo luogo perché, anche se avessero compiuto atti di incremento o decremento patrimoniale per i quali il *ius honorarium* riconosceva la tutela a mezzo di *exceptio pacti* o *doli*, il problema dell'individuazione dei soggetti sarebbe stato un problema solo processuale di legittimazione attiva o passiva.

Poniamo il caso di un *filius* che si fa promettere una prestazione di cento ogni anno finché la nave non torni dall'Asia. Poniamo il caso che egli diventi *sui iuris* in pendenza di *condicio*: certamente l'incremento che sino ad allora aveva avvantaggiato il *pater* inizia ad avvantaggiare lui stesso. Poniamo poi il caso che verificatasi la condizione egli continui a richiedere l'adempimento e che si veda opposta, dal suo debitore, l'*exceptio pacti conventi*.

Ed ora l'ipotesi opposta: un *filius* è debitore risolutivamente condizionato nel senso che conosciamo. In pendenza di condizione raggiunge la maggiore età per cui la prestazione non incide più sul patrimonio del *pater*, ma sul suo. Al verificarsi della *condicio* il creditore gli richiede ancora il pagamento, e, di nuovo, egli potrà opporre l'*exceptio pacti conventi*.

Non così le cose sarebbero andate nel caso in cui ad agire per ottenere l'adempimento, nel primo caso, e ad essere convenuto, nel secondo, fosse stato il *pater*. Al posto dell'*exceptio pacti*, si sarebbe dovuta eccepire la carenza di legittimazione rispettivamente attiva e passiva.

¹¹⁷ Che, secondo la ricostruzione offerta, era quello al quale la teoria della retroattività della condizione si era proposta di trovare una soluzione.

CAPITOLO II

CONDIZIONE E NEGOZIO CONDIZIONATO

SOMMARIO: 1. Il negozio condizionato: questioni su volontà e causa; 2. Sull'accettabilità dell'intuizione della causa soggettiva in diritto romano: adempimento fittizio e *cautio Muciana*; 2.1. Il problema dell'interpretazione delle fonti da cui risulta l'*inutilitas* del negozio sospensivamente condizionato; 2.2. Adempimento fittizio; 2.3. *Cautio Muciana*; 3. ...segue: sorti del negozio condizionato all'evento impossibile, illecito o turpe; 3.1. *Conditioes impossibiles*; 3.2. *Conditioes contra leges et decreta principum vel bonos mores*; 3.3. Scindibilità; 4. ...segue: condizioni potestative e nullità: «*neque enim debet in arbitrium rei conferrī, an sit obstrictus*» (D. 18.1.7 pr.); 3.4. Estrinsecità.

1. Il negozio condizionato: questioni su volontà e causa.

Il problema della natura del negozio sottoposto a condizione è chiaramente un problema che non avrebbe potuto essere risolto, dalla giurisprudenza romana, con lo stesso percorso logico-argomentativo con cui è stato risolto dal diritto positivo. La chiarezza della costruzione dogmatica del fenomeno negoziale, infatti, ha portato a definire la cd. teoria della fattispecie giuridica, che – nel panorama civilistico attuale – ha gradualmente sostituito l'impostazione soggettivistica elaborata dalla pandettistica tedesca e perpetuata da una certa interpretazione delle fonti romane.

La costruzione offerta dal Windscheid, infatti, pur ponendosi a metà tra le impostazioni più rigorosamente soggettivistiche e quelle più moderne, insisteva comunque sul ruolo centrale assunto dalla volontà all'interno del fenomeno negoziale: definito il negozio come «dichiarazione privata di volontà, che mira a produrre un effetto giuridico»¹¹⁸, deve essere parso facile definire la condizione come 'Selbstbeschränkungen', vale a dire come autolimitazione di quella dichiarazione di volontà.

Il profilo fortemente innovativo della costruzione del celebre pandettista, tuttavia, riguarda il fatto che la dichiarazione di volontà negoziale smette di avere un carattere autonomo rispetto al suo limite, costituendo, pertanto, «assieme all'altra un tutto indistinto»¹¹⁹.

¹¹⁸ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. C. Fadda e P. E. Bensa, I (Torino, 1930), 202.

¹¹⁹ B. WINDSCHEID, *op. ult. cit.*, 284.

Il profilo, si diceva, è fortemente innovativo rispetto a tutta una serie disparatissima di teorie¹²⁰, che in un modo o nell'altro ritengono che l'avveramento o la mancanza della *condicio* influenzi il modo di essere, o addirittura l'esistenza della stessa del negozio¹²¹: per il Windscheid, al contrario, l'unitarietà della dichiarazione di volontà condizionata rende la stessa una dichiarazione, affievolita, ma pur sempre effettiva e attuale.

Naturali conseguenze di questa impostazione sono in tema di onere della prova: poiché la volontà condizionata è un *unicum*, l'onere della prova del condizionamento non può che ricadere su chi invoca la stessa dichiarazione di volontà¹²². E tuttavia, la ricostruzione presenta un serio problema, perché sembra vacillare, allorché si tratti di immaginare che la prova del condizionamento risolutivo possa ricadere sull'attore.

Il Windscheid, allora, ha risolto la questione tramite un'affermazione ben nota che ha influenzato la gran parte della romanistica a lui successiva: la prova del condizionamento risolutivo ricade sul convenuto, in quanto tale meccanismo funziona in maniera totalmente diversa rispetto al condizionamento sospensivo, e cioè come patto accessorio (*rectius*: come volontà autonoma) che revoca gli effetti della principale dichiarazione di volontà¹²³.

Ben sappiamo, tuttavia, che le fonti romane non si limitano a questo significato di condizione risolutiva, presentandola – talvolta – anche come elemento dell'atto stesso.

Ma allora, se la costruzione dogmatica del Windscheid fosse esatta, si dovrebbe concludere che, in quelle ipotesi, l'onere della prova del

¹²⁰ B. WINDSCHEID, *loc. cit.*, in nota 3a ne contesta sei.

¹²¹ Le direttrici più seguite su cui si fondano le obiezioni a tale teoria sono due: da un lato, c'è stato chi (H. H. Fitting, J. Unger) ha sostenuto che la volontà si completa solo al verificarsi della *condicio*; dall'altro chi (E. Hölder, O. Karlowa) ha preferito riconoscere che una volontà esiste, ma che essa concorre con un'altra volontà, che è quella del condizionamento, sicché la prima è volontà della dichiarazione, mentre la seconda è volontà dell'effetto giuridico.

¹²² B. WINDSCHEID, *op. ult. cit.*, 286 spec. in nota 4 e 286 s. in nota 6.

¹²³ B. WINDSCHEID, *op. ult. cit.*, 287. L'a. adduce a sostegno della propria ipotesi tutta una serie di passi che testimonierebbero la costruzione della condizione risolutiva come patto accessorio: D. 18.2.2 pr., in tema di *in diem addictio*; D. 18.3.1, in tema di *lex commissoria*; D. 41.4.2.3-4, in tema di acquisto per usucapione e spettanza dei frutti a favore del compratore. Tuttavia, per quanto riguarda le due clausole, c'è da dire che le fonti attestano la possibilità di costruirle come condizioni sospensive oppure come meccanismi che risolvono la compravendita che mi sembrano avvicinarsi più al meccanismo della clausola risolutiva espressa *ex art.* 1456 c.c., che non al condizionamento risolutivo, considerato il ruolo che gioca la volontà del venditore nella risoluzione del contratto. Ma il tema verrà trattato *amplius* in seguito (a pagina 140 ss.).

condizionamento ricada nuovamente ed inevitabilmente sulla parte che invoca la dichiarazione di volontà, e dunque, ad esempio su chi agisce in *vindicatio ususfructus*. Ma l'interesse a dimostrare che l'atto è condizionato, prima, e che la condizione si è avverata, poi, ricade certamente sul convenuto/nudo proprietario.

Neppure in caso di mancato avveramento della *condicio*, l'interesse a provare l'esistenza del condizionamento potrebbe ricadere sull'attore: solo provato il condizionamento ad opera del convenuto, infatti, nasce l'interesse attoreo a dimostrare il mancato verificarsi dell'evento.

Il discorso, d'altra parte, sembra coerente con il rimedio concesso dal *ius honorarium* a proposito di *stipulatio* condizionata risolutivamente: questo riconosce al debitore/convenuto al massimo un'eccezione, che è l'*exceptio pacti o doli*, ma non attribuisce al creditore/attore l'onere di dimostrare che la condizione esiste e che – eventualmente – essa è mancata.

Le difficoltà generate dalla teoria appena esposta, dunque, hanno lentamente condotto la dottrina positiva a superarla in favore di una costruzione diversa: quella, già preannunciata, della cd. fattispecie giuridica, alla luce della quale il condizionamento smette di incidere sulla volontà, ed inizia ad avvicinarsi a grandi passi alla causa del negozio.

La rivoluzione, in particolare, è arrivata con Angelo Falzea, nella cui opera¹²⁴, ripudiata la concezione volontaristica del fenomeno negoziale¹²⁵, emerge il profilo per cui le parti, nel dettare l'autoregolamentazione dei loro rapporti, delineano un duplice assetto di interessi: l'uno per il caso in cui la condizione si verifichi, l'altro per il caso in cui la condizione non si verifichi. La condizione, dunque, non subordina più la vita dell'atto (come accadrebbe nel caso in cui si dovesse ritenere che la condizione incida sulla volontà), ma solo la sua efficacia, perché il suo verificarsi non farà altro che consentire il perfezionarsi di una fattispecie a formazione progressiva.

L'atto, dunque, si forma indipendentemente dal verificarsi o meno della *condicio*, e così pure l'effetto. La condizione si limita ad incidere sui rapporti tra atto

¹²⁴ A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico* (Milano, 1941).

¹²⁵ La teoria in oggetto, infatti, presuppone una diversa concezione dello stesso negozio giuridico: da «dichiarazione di volontà» che era, esso diviene, in ossequio alla teoria precettiva, «atto di autoregolamentazione». Per una critica alla genericità dell'espressione si cfr. S. PUGLIATTI, s.v. *Autonomia privata*, in *EdD.*, IV (Milano, 1959), 366.

ed effetto, sicché una fattispecie, pur completa nei suoi elementi essenziali, potrebbe non essere in grado ancora di produrre i suoi effetti tipici¹²⁶.

Critici, rispetto a questa ricostruzione, sono stati – fra gli altri – Giuseppe Amadio¹²⁷, prima e Gaetano Petrelli¹²⁸ poi, i quali, pur concordando in ordine al fatto che la volontà delle parti entri in gioco – nel condizionamento – solo al fine di concordare la concausa di efficacia del negozio, da un lato revocano in dubbio l'esistenza di un duplice piano di interessi¹²⁹, dall'altro esprimono la necessità di un'analisi che non riguardi solo l'ambito «tipologico astratto degli elementi del negozio giuridico», ma che entri a definire la concreta fenomenologia negoziale¹³⁰.

Entra allora in gioco, a questo punto, la dibattutissima idea di causa soggettiva.

Se il negozio è l'atto di autonomia privata rivolto allo scopo pratico di costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, allora la causa (intesa come causa finale) deve tener conto di quel singolo scopo pratico a cui l'interesse delle parti è rivolto. E pertanto, dal concetto di causa come funzione economico-sociale del negozio, si è lentamente passati a definirla come «la sintesi [...] degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. 'causa concreta'), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato»¹³¹.

Da questa prospettiva, allora, sia condizione sospensiva che condizione risolutiva finiscono per incidere non sull'atto, ma sul programma negoziale dettato

¹²⁶ A. FALZEA, *La condizione*, cit., 177.

¹²⁷ G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., 155 ss.

¹²⁸ G. PETRELLI, *La condizione «elemento essenziale» del negozio giuridico. Teoria generale e profili applicativi* (Milano, 2000), 45 ss.

¹²⁹ G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., 159, così afferma: «[...] è lo stesso modo di operare del congegno che sembra smentire la necessità di due 'programmi d'azione'. Se si consente nel ritenere indice della negozialità di una regola il suo costituire manifestazione dell'autonomia privata, è ragionevole ritenere che nel negozio condizionato l'unica situazione che (richiede e) riceve disciplina sul piano dell'autonomia è quella collegata all'avveramento della condizione [...]».

¹³⁰ G. PETRELLI, *La condizione*, cit., 59, ove si legge: «La prospettiva della causa concreta si rivela – sotto il profilo che qui interessa – feconda: non è chi non veda, infatti, che l'assunzione nell'elemento causale dell'interesse fondamentale programmato dalle parti, nel suo concreto atteggiarsi anche in relazione a profili strutturali del negozio, attrae al profilo causale medesimo anche quei congegni – come la condizione – funzionali al perseguimento del medesimo interesse».

¹³¹ Cass. Civ. sent. n. 10490 dell'8 maggio 2006, in *I Contratti*, 7/2007, 621 ss., con commento di F. Rimoldi.

da quell'atto¹³², per l'individuazione del quale il concetto di causa soggettiva diventa di fondamentale importanza.

Ma si può dire che, anche se – *a fortiori* – in maniera inconsapevole, questo percorso logico fosse già stato in qualche modo intuito dalla giurisprudenza romana?

¹³² Condizione sospensiva e condizione risolutiva, per Falzea (*La condizione*, cit., 240 ss.), non possono essere trattate in modo unitario; da un lato, infatti, «da deficienza della condizione sospensiva funziona come fatto impeditivo assoluto», dall'altro, «l'avverarsi della condizione risolutiva opera come fatto estintivo-costitutivo». Pur non volendo negare questo dato, tuttavia ritengo l'unitarietà concettuale delle due categorie possa essere apprezzata – ancora una volta – sotto il profilo funzionale, rappresentato dal concetto di 'subordinazione'.

2. Sull'accettabilità dell'intuizione della causa soggettiva in diritto romano: adempimento fittizio e *cautio Muciana*.

Al fine di rispondere al quesito occorre, in primo luogo, verificare brevemente se – ed in caso di soluzione positiva, in che modo – gli interessi concreti delle parti abbiano potuto incidere, in diritto romano, sulla configurazione causale del negozio giuridico.

La polisemia del termine '*causa*' nelle fonti romane è fatto talmente noto da non richiedere più che qualche cenno: da un lato, essa è causa efficiente dell'effetto (*causa obligationis*¹³³, *iusta causa traditionis*¹³⁴ ...), dall'altro, è causa finale di un negozio astratto (*causa donationis*¹³⁵, *causa transactionis*¹³⁶...); ancora, da un lato, è intesa in senso solo processuale di ragione legittimante all'esercizio dell'azione (*causa petendi*¹³⁷), dall'altro presenta un senso tutto sostanziale di individuazione del regolamento di interessi che il negozio mira ad attuare (*causa contractus*¹³⁸, *mortis causa*¹³⁹ ...)¹⁴⁰.

¹³³ Su tutti i brani in cui ricorre l'espressione, il più noto è forse D. 44.7.1 pr. (Gai. 2 *aur.*): *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*.

¹³⁴ D. 41.1.31 pr. (Paul. 31 *ad ed.*): *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*. Ancora si cfr. Tit. Ulp. 19.7: *Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi. Harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sunt nobis*.

¹³⁵ Si cfr. ad es. D. 24.1.3.10 (Ulp. 32 *ad Sab.*): *Sciendum autem est ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure nihil valeat quod actum est: proinde si corpus sit quod donatur, nec traditio quicquam valet, et si stipulanti promissum sit vel accepto latum, nihil valet: ipso enim iure quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt*.

¹³⁶ D. 12.6.23.3 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Si quis post transactionem nibilo minus condemnatus fuerit, dolo quidem id fit, sed tamen sententia valet. Potuit autem quis, si quidem ante litem contestatam transegerit, volenti litem contestari opponere doli exceptionem: sed si post litem contestatam transactum est, nibilo minus poterit exceptione doli uti post secuti: dolo enim facit, qui contra transactionem expertus amplius petit. Ideo condemnatus repetere potest, quod ex causa transactionis dedit. Sane quidem ob causam dedit neque repeti solet quod ob causam datum est causa secuta: sed hic non videtur causa secuta, cum transactioni non stetur. Cum igitur repetitio oritur, transactionis exceptio locum non habet: neque enim utrumque debet locum habere et repetitio et exceptio*.

¹³⁷ D. 2.13.9.3 (Paul. 3 *ad ed.*): «*Ceterum omnibus postulantibus et iurantibus non calumniae causa petere rationes, quae ad se pertineant, edi iubet [...]*»; D.44.2.14 pr. (Paul. 70 *ad ed.*): *Et an eadem causa petendi et eadem condicio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est. Idem corpus in hac exceptione non utique omni pristina qualitate vel quantitate servata, nulla adiectione deminutione facta, sed pinguis pro communi utilitate accipitur*.

¹³⁸ D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συναλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a*

Tuttavia, al netto degli speciali significati con cui il termine viene adoperato, mi sembra potersi dire, in linea di massima, che l'elemento causale abbia giocato un ruolo, all'interno della struttura negoziale, su due piani distinti: il primo, è quello relativo alla funzione di tipizzazione sociale e giuridica (causa come funzione del negozio), il secondo, è quello attinente alla tipizzazione dell'intenzione delle parti (per cui la causa si identifica con gli effetti che le parti mirano a raggiungere)¹⁴¹.

Naturalmente in un momento storico in cui era la forma a determinare l'effetto, il profilo causale non deve essere emerso, sicché – se una causa esisteva – essa doveva in ogni caso essere vestita della forma più idonea per la produzione dell'effetto.

Nella scelta della veste giuridica da dare a determinati rapporti, tuttavia si cominciarono a delineare diversi profili socialmente riconosciuti, idonei a determinare il regolamento applicabile a quell'operazione negoziale.

L'assetto di interessi perseguito dalle parti, dunque, cominciò a venire a galla – pur sempre per mezzo del riferimento ad una causa negoziale tipizzata – in un momento logicamente anteriore alla formazione del negozio, ma giuridicamente successivo e solo processuale, sicché accanto alle *actiones* nascenti dal negozio, il diritto pretorio iniziò a concedere delle *exceptiones* e *replicationes* giustificate essenzialmente dalla causa (esterna) di quel negozio¹⁴².

praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.

¹³⁹ D. 23.3.76 (Tryph. 9 disp.): *Si pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit, valet promissio: nam et si in tempus, quo ipse moreretur, promississet, obligaretur. Sed si convaluerit, cur ei non remittatur obligatio per conditionem, atque si stipulanti quis alius promississet aut dotem alicuius nomine? Nam ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis constitutae mortis suae causa conditio est. Non idem dicendum est in persona mulieris, si mulier mortis suae causa dotem promiserit, quia, nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est.*

¹⁴⁰ Per più esaurienti riflessioni sulla polisemia del termine 'causa' ed una più puntuale indicazione delle fonti in cui il termine compare si segnalano: T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica* (Padova, 2004), 41 ss.; ID., *La causa del contratto nel pensiero di Aristone: della necessità di un concetto*, in *Scambio e gratuità: confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo (Padova, 2011), 175 ss.; ID., *Come nasce un'idea: la causa del contratto*, in *Legal Roots*. 2 (2013), 355 ss.

¹⁴¹ Seguendo G. GROSSO, s.v. *Causa*, I. *Causa del negozio giuridico (dir. rom.)*, in *EdD.*, VI (Milano, 1960), 533 ora in ID., *Scritti storico giuridici. III. Diritto privato: persone obbligazioni successioni* (Torino, 2001), 685.

¹⁴² Sul punto, ed in particolare in relazione all'esempio che sarà fatto di qui a breve (alla pagina seguente), G. PAPA, *La 'replicatio'. Profili processuali e di diritto sostanziale* (Napoli, 2009), 211 ss., 349 s.

Così fu, ad esempio, per la *stipulatio donationis causa*, in cui la causa divenne rilevante ai fini dell'applicazione dei divieti di cui al plebiscito Cincio¹⁴³ e per la cui sanzionabilità – essendo la *lex* una *lex imperfecta* – vennero concesse, *iure honorario*, un'*exceptio* ed una *replicatio legis Cinciae*¹⁴⁴.

Lentamente, però, soprattutto in tema di trasferimento del possesso, la causa assunse un ruolo preminente rispetto alla forma, per cui, ad esempio, per l'efficacia della *traditio*, fu necessaria anche una causa, che poteva essere di vario genere, purché fosse *iusta*¹⁴⁵. L'intenzione delle parti stava iniziando a trovare spazio, non solo tramite il riferimento ad un 'tipo'.

Quello spazio trovò poi definitiva consacrazione in materia contrattuale.

Il profilo non è stato tralasciato da Antonio Palma¹⁴⁶, il quale ha rilevato come, una volta che ci si è liberati dall'impostazione bettiana di causa intesa come 'funzione economico-sociale'¹⁴⁷, sia possibile scorgere nei brani in cui si discute di causa contrattuale un profilo di valorizzazione dell'interesse individuale: l'assetto che le parti hanno inteso dare in concreto ai loro rapporti sarebbe divenuto rilevante per la definizione in termini di ragionevolezza della convenzione negoziale nel momento in cui sarebbe stato conferito «valore obbligante»¹⁴⁸ alla *nuda pactio*. In altri termini, con la nascita del principio consensuale.

E l'idea non mi sembra peregrina considerato che i negozi astratti e formali ben poco spazio lasciavano all'emersione degli interessi concretamente perseguiti.

Eppure, oltre a quel valore della *nuda pactio* e a quello delle *iustae causae* giustificanti i trasferimenti, mi sembra che anche la tipizzazione delle singole *causae* negoziali, costituisca un indice del fatto che il rigido formalismo della negoziabilità

¹⁴³ Il plebiscito, tramandatoci con il nome di *lex Cincia de donis et muneribus* dai *Vaticana Fragmenta* è datato, secondo componente maggioritaria della dottrina romanistica, 204 a.C. Esso, com'è noto, vietava di accettare *munera* e *dona* oltre un certo valore, che probabilmente era fissato nella misura di 1.000 assi. Sul punto, F. CASAVOLA, *Lex Cincia. Contributo allo studio delle origini della donazione romana* (Napoli, 1960), 163 ss.; A. SALOMONE, *Venditio donationis causa*² (Torino, 2016), 78 s. e spec. in nota 216.

¹⁴⁴ Si cfr. G. PAPA, *loc. cit.*

¹⁴⁵ *Amplius*, G. GROSSO, s.v. *Causa*, cit., 533.

¹⁴⁶ A. PALMA, *Note critiche sul concetto di causa*, in *Roma e America* 12 (2001), 321 ss., ma neppure da T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, cit., 176 ss., il quale sottolinea che la rilevanza della causa in concreto nel pensiero dei giuristi classici possa essere apprezzata anche sotto il profilo delle riflessioni sulla sua illiceità.

¹⁴⁷ E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in *BIDR.* 28 (1915), 3 ss.; nonché ID., *Teoria generale del negozio giuridico* (Torino, 1955), 166 ss. e ID., *Istituzioni di diritto romano*², I (Padova, 1942), 100 ss.

¹⁴⁸ A. PALMA, *op. cit.*, 323.

romana necessitava di qualche coefficiente di specializzazione rispetto al programma da adottare concretamente.

I due profili menzionati all'inizio di questo paragrafo e quello rilevante sul piano degli interessi concreti, dunque, anziché rilevare su piani separati, mi sembrano fondersi, per cui fu proprio l'interesse concreto delle parti a determinare, lentamente, anche la stessa tipizzazione giuridica delle singole *causae*.

Ma si guardi anzitutto alle definizioni di contratto contenute nei notissimi passi D. 2.14.7 pr.-2¹⁴⁹, in cui è evidente la considerazione del profilo individuale e che, pertanto, conviene riportare per intero:

D. 2.14.7 pr.-2 (Ulp. 4 *ad ed.*): pr. *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones.*

1. *Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.*

2. *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.*

Dalle *conventiones iuris gentium* – il testo inizia – nascono in parte azioni ed in parte eccezioni («*iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones*»). Nascono azioni dai cd. contratti nominati, come ad esempio compravendita, locazione, società, comodato, deposito ed altri simili («*quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*»). Ma anche a prescindere dal fatto che vi sia un *nomen*, sono contratti che fanno nascere azioni anche quelli in cui vi sia una causa, perché – così elegantemente Aristone rispose a Celso – vi è un'*obligatio* («*sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem*»): pensa al caso che io ti diedi una cosa per riceverne un'altra, ovvero te la diedi affinché tu facessi qualcosa: questo è il

¹⁴⁹ Sul § 2, si concentra l'analisi di T. DALLA MASSARA, *Sul 'responsum' di Aristone in D. 2,14,7,2: l'elaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese (Padova, 2006), 279 ss.

sinallagma e da qui nasce l'obbligazione civile («*ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem*»). E dunque, credo che Giuliano sia stato ripreso a ragione da Mauriciano: ti consegnai Stico affinché tu manomettessi Panfilo; tu lo manomettesti; Stico fu evitto («*et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus*»). Giuliano scrive che deve essere data dal pretore un'azione con formula in fatto («*Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam*»): Mauriciano afferma che sia sufficiente l'*actio civilis incerti*, che è l'azione *praescriptis verbis* («*ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere*»): questo è il contratto, ciò che Aristone chiama sinallagma, e da questo nasce l'azione («*esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio*»).

Dalla causa, dunque, nasce l'azione. Ed il termine '*causa*', nel brano, risulta essere riferito a «l'interesse stesso che si ha a dare qualcosa per ottenerne un'altra»¹⁵⁰.

L'idea di causa soggettiva è più vicina al diritto romano di quanto non si pensi. La testimonianza di Ulpiano, infatti, ruota tutta intorno a questa idea di *causa contractus*, costruita a proposito dei contratti che lentamente assunsero una propria tipicità e con riferimento agli interessi concretamente perseguiti dalle parti, che sarebbero risultati o da un'eventuale *nuncupatio* che al contratto si accompagnava, ovvero dal complessivo atteggiarsi dell'operazione negoziale¹⁵¹.

Ma allora, così come in relazione ai contratti innominati, anche il ponte verso la tipizzazione di una *causa donationis*, da porre accanto a negozi formali e astratti, deve essere stato costruito tramite l'emersione dell'interesse delle parti, depurato da ogni riflesso psicologico, a dettare un certo regolamento dei loro rapporti; e quel regolamento, poi, deve essere stato poi socialmente standardizzato.

Tuttavia, in un caso la rilevanza causale era debole e si attuava solo dal punto di vista processuale, come *exceptio* o *replicatio*, e nell'altro la causa assumeva un ruolo in tutto e per tutto preminente sulla forma.

Atteso dunque, che la causa in concreto¹⁵² probabilmente non fu del tutto estranea al diritto romano, è ora possibile verificare se il negozio condizionato

¹⁵⁰ A. PALMA, *Note critiche*, cit., 325.

¹⁵¹ A. PALMA, *op. cit.*, 324.

¹⁵² Se anche non si volesse esaurire il concetto di causa con questo significato, non si potrebbe negare che esso sia quantomeno concorrente con altri significati. Il che è sufficiente a consentire un prosieguo della nostra indagine.

presenti segni dell'influenza della clausola sotto il profilo causale, inteso questo come regolamento degli interessi perseguiti dalle parti.

2.1. È necessario avvertire il lettore che, nell'intraprendere la verifica mi sono dovuta scontrare con un primo preliminare problema: quello relativo alla apparente inconsistenza giuridica che presenta – nelle fonti classiche – il negozio sospensivamente condizionato in fase di pendenza e, ancor di più, il negozio sospensivamente condizionato, ove la condizione sia mancata.

Il dato non è, infatti, trascurabile: dalle fonti sembra emergere che il mancato verificarsi della *condicio* sospensiva possa incidere sulla validità e addirittura sulla stessa esistenza del negozio, il quale potrebbe ritrovarsi ad essere nullo. Ma può ciò essere interpretato nel senso di una incisione dell'evento dedotto in condizione sulla struttura del negozio (come ad esempio accadrebbe se si aderisse a certe esasperazioni delle teorie soggettivistiche)?

Io non credo. Non tanto perché la genuinità delle fonti che riportano il concetto debba essere disattesa¹⁵³, quanto perché la spiegazione in termini di nullità trova la sua ragione nella concretezza della mentalità romana, per cui un negozio improduttivo di effetti è, di fatto, un negozio *inutilis*.

Si legga:

D. 18.4.19 (Iul. 25 dig.): *Multum interest, sub condicione aliqua obligatio veneat an, cum ipsa obligatio sub condicione sit, pure veneat. Priore casu deficiente condicione nullam esse venditionem, posteriore statim venditionem consistere: nam si Titius tibi decem sub condicione debeat et ego abs te nomen eius emam, confestim ex empto vendito agere potero, ut acceptum ei facias.*

A prescindere dai numerosi profili problematici che il testo presenta, ciò che per noi è interessante è la prima parte del brano.

La grande differenza («*multum interest*») di cui si occupa Salvio Giuliano è quella tra una cessione condizionata del credito («*sub condicione aliqua obligatio veneat*») e una cessione del credito condizionato («*cum ipsa obligatio sub condicione sit, pure veneat*»): se

¹⁵³ Anzi, se il senso di un eventuale riferimento, ad opera dei classici, alla nullità del negozio fosse stato quello di accogliere l'impostazione per cui il verificarsi o il mancato verificarsi della condizione incida sulla volontà, allora probabilmente i compilatori postclassici e bizantini non avrebbero esitato ad intervenire, attesa la tendenza del diritto giustiniano a riconoscere maggiore consistenza giuridica al negozio condizionato rispetto a tempi anteriori. Il fatto, dunque, che i compilatori non siano intervenuti allorché si siano scontrati con brani che affermavano la nullità del negozio, vuol dire che questi non sono stati ritenuti incompatibili con i principi bizantini.

nel primo caso, la mancanza della condizione comporta la nullità della cessione («*nullam esse venditionem*»), nel secondo la vendita è immediatamente produttiva di effetti («*statim venditionem consistere*»).

Anzitutto vale la pena notare come non sia negato che l'obbligazione condizionata, venduta puramente, esista, e ciò al punto da poter essere ceduta «*statim*» e da legittimare «*confestim*» un'*actio ex empto-vendito* (e ciò compatibilmente con quanto si è detto in tema di classicità del principio di trasmissibilità dei rapporti obbligatori condizionati, nonché in ordine agli 'effetti dell'esistenza del negozio'); il che fa già vacillare l'idea per cui i giuristi classici abbiano potuto considerare inesistente il negozio in pendenza di condizione. Ma ancora, e a maggior ragione alla luce della considerazione appena fatta, va evidenziato che la nullità (nel senso romano del termine) doveva essere stata riferita alla vendita solo nella misura in cui la stessa fosse divenuta, mancando la *condicio*, incapace a produrre i suoi effetti tipici (stavolta, coerentemente con quanto si è già detto a proposito della riferibilità dello stato di pendenza al negozio ed al complesso degli effetti che da esso derivano).

Neppure i giuristi classici, dunque, giunsero al punto di ritenere inesistente il negozio condizionato. E, d'altra parte, la circostanza è riconosciuta dallo stesso Windscheid, il quale – nella traduzione italiana di Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa – così afferma: «Neppure è da approvare la formola di quelli che designano l'esistenza del negozio giuridico (nel senso usuale della parola) come ciò che è fatto dipendere dalla condizione [...] Sebbene questo modo di formulare non manchi di un punto d'appoggio nelle fonti (v. p. es. § 1 I de emt. 3.23, l. 19 D. de H. v. A. V. 18.4, l. 2 § 2 D. pro emt. 41.4, l. 5 C. de per. et comm. 4.48) è tuttavia incontrastabilmente vero: a) che il negozio giuridico condizionato ha in ogni caso un'esistenza di fatto; b) che neppure gli manca riconoscimento giuridico od efficacia giuridica, sebbene non abbia ancora estrinsecata l'efficacia giuridica voluta»¹⁵⁴.

Ma allora, se il principio fu già chiaro al diritto classico, questo non può essere stato negato dal diritto bizantino, con riferimento al quale – nonostante quanto si è sinora detto circa l'assenza di una rigida contrapposizione di regime rispetto al diritto classico – è possibile comunque notare un avvicinamento del regime del

¹⁵⁴ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., 286, in nota 3a.

negozio sottoposto a condizione con quello del negozio sottoposto a *dies*, quantomeno con riferimento a taluni negozi *inter vivos*¹⁵⁵.

Dunque, il discorso già fatto a proposito della fase di pendenza presenta inevitabili riflessi sull'idea di negozio condizionato che i romani recepirono. E, alla domanda se il verificarsi o la mancanza della condizione incidesse, nelle epoche considerate, sull'atto o sugli effetti non può che darsi una risposta che tenga conto dell'unitarietà funzionale dei meccanismi condizionali sospensivi e risolutivi.

Poiché solo la condizione sospensiva risulta – dalle fonti – incidere sull'atto a cui è apposta, oltre che sul rapporto che si instaura tra le parti del negozio, ed invece la pur concettualizzata condizione risolutiva ha chiaramente riflessi in ordine al solo rapporto (nonostante anch'essa possa far parte dell'atto da condizionare), deve concludersi che il profilo caratterizzante della *condicio*, sia stato il suo riflesso sul rapporto giuridico che si era instaurato per mezzo dell'atto.

E, se il rapporto che il negozio mira tipicamente a creare non si è mai instaurato, a causa della mancanza della condizione sospensiva, allora ciò significa che anche l'atto è stato *inutilis*¹⁵⁶.

2.2. Una volta chiarito che il piano degli interessi concretamente perseguiti dalle parti non fu estraneo all'atteggiarsi della fenomenologia negoziale romana e sgomberato il campo dalla convinzione per cui, in diritto romano, la clausola condizionale doveva incidere necessariamente sulla vita del negozio, è possibile analizzare i brani dai quali emerge che, in effetti, l'apposizione di una clausola condizionale fu orientata a regolamentare il rapporto tra le parti negoziali e che, di tale autoregolamentazione, l'ordinamento romano tenne in qualche modo conto.

Tra i brani da cui mi pare risultare questa considerazione degli interessi delle parti credo che possano annoverarsi quelli in tema di adempimento fittizio.

La regola probabilmente più antica¹⁵⁷, tra quelle menzionate qualche pagina fa¹⁵⁸, è quella che riguarda l'inadempimento di una condizione causato dall'intervento doloso del controinteressato (*condicio pro impleta habetur, si per eum,*

¹⁵⁵ A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, cit., 163 ss.

¹⁵⁶ Non *inutilis*, invece, sarà stato l'atto nel caso in cui si verifichi l'evento dedotto in condizione risolutiva: è ovvio che, in questo caso, il negozio ha prodotto i suoi effetti, e che tuttavia questi o sono caducati, o non sono più tutelabili in via processuale.

¹⁵⁷ G. GROSSO, *Contributo*, cit., 15 ss.; nonché *contra* A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, cit., 227 s.

¹⁵⁸ Precisamente a pagina 41 s.

*cuius interest condicionem non impleri, fit, quo minus impleatur*¹⁵⁹), per cui, nel caso in cui tale intervento doloso vi sia stato e abbia cagionato la mancanza della *condicio* – in un'ottica probabilmente sanzionatoria¹⁵⁹ –, quella *condicio* doveva considerarsi avverata.

Si legga:

D. 18.1.50 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. Ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur.*

La questione sottoposta ad Ulpiano – ma evidentemente, prima che a lui, a Labeone – riguarda un contratto consensuale di compravendita avente ad oggetto una biblioteca («*si mihi bibliothecam ita vendideris*»); la compravendita però non è pura, ma è sottoposta ad una condizione sospensiva – quella che i «*decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem*» –, presumibilmente posta nell'esclusivo interesse del compratore, che consiste, appunto, nel porre la biblioteca in un luogo ben preciso. Ebbene, la condizione non si verifica proprio a causa del fatto del compratore («*et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem*»).

Labeone ritiene che «*non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit*». Aggiunge Ulpiano, con un *ego puto* che ha fatto discutere il Daube¹⁶⁰ e il Donatuti¹⁶¹, che il venditore possa agire anche *ex vendito*, come se la condizione mancata si fosse avverata.

La recisa affermazione relativa all'ammissibilità, addirittura indubbia, secondo Labeone, di un'*actio praescriptis verbis* a tutela di una compravendita tipica, ma condizionata, ha dato a lungo a più di un problema. Se fino a qualche anno fa si è creduto che l'azione cui avrebbe fatto originariamente cenno Labeone fosse stata

¹⁵⁹ Sul punto, si cfr. S. DI SALVO, *Adempimento fittizio*, cit., 13 s.

¹⁶⁰ D. DAUBE, *Condition prevented from materializing*, in TR. 28 (1960), 283, ha sostenuto che l'opinione di Ulpiano si contrapponesse decisamente a quella di Labeone.

¹⁶¹ G. DONATUTI, *Sull'adempimento fittizio*, cit., 72, al contrario, ha ritenuto che quella di Ulpiano fosse un' «opinione personale» relativa all'estensibilità della nota regola dettata per le manomissioni (sul punto, fra gli altri, A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, cit., 220 ss.), anche ai contratti consensuali.

un'*actio in factum concepta* o addirittura un'*actio de dolo*¹⁶², più di recente è stata valorizzata l'idea di una genuinità del passo¹⁶³.

Ma a questo punto, allora, la questione diventa un'altra: perché il riferimento del giurista augusteo al rimedio dell'*actio praescriptis verbis*, se il contratto in virtù del quale l'azione è legittimata è uno dei cd. contratti nominati?

Le opinioni di Filippo Gallo¹⁶⁴, di Enrico Sciandrello¹⁶⁵ e di Roberto Fiori¹⁶⁶ sono state giustamente orientate a negare che l'apposizione di una condizione siffatta abbia potuto trasformare il contratto di compravendita in un contratto atipico: l'azionabilità *praescriptis verbis*, allora, potrebbe essere stata giustificata dalla necessità di colmare una lacuna normativa tramite il parametro dell'*oportere ex fide bona*, sicché l'impegno assunto dal compratore di procurarsi il luogo in cui sarebbe stata collocata la biblioteca, avrebbe potuto essere qualificato come un disatteso «oportere accessorio»¹⁶⁷.

Il profilo sanzionatorio, che in epoca severiana aveva ormai condotto all'estensione ai contratti consensuali della nota regola che legittimava alla tutela tipica come se la condizione mancata si fosse avverata¹⁶⁸, ne rivela un altro: con la conclusione del contratto è avvenuta una sorta di cristallizzazione di un

¹⁶² Sostenitore, da ultimo, dell'interpolazione è stato A. MASI, *op. cit.*, 223, ove riportata anche l'opinione di D. DAUBE, *Condition*, cit., 284, 294 ss., che ha escluso che i compilatori siano intervenuti ad eliminare un riferimento all'*actio de dolo*. Sulla bontà del riferimento all'*actio de dolo*, invece, si veda M. SARGENTI, *La nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura*, 38 (1987), 66 s.

¹⁶³ Si cfr. le opinioni di F. GALLO, '*Synallagma*' e '*conventio*' nel contratto. *Corso di diritto romano* (Torino, 1992), 192 ss.; nonché quelle di M. F. CURSI – R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR.* 1, 4ª serie (2011), 149 ed E. SCIANDRELLO, '*Nomen contractus*' e nuovi contratti: l' '*agere praescriptis verbis*' labeoniano tra tipicità e atipicità contrattuale, in *Diritto @ Storia* 12 (2014), edizione online: http://dirittoestoria.it/12/memorie/Sciandrello-Nomen-contractus-nuovi-contratti-agere-praescriptis-verbis-Labeone.htm#_ftn12.

¹⁶⁴ F. GALLO, '*Synallagma*', cit., 194.

¹⁶⁵ E. SCIANDRELLO, '*Nomen contractus*', cit.

¹⁶⁶ M. F. CURSI – R. FIORI, *Le azioni*, cit., 180 ss.

¹⁶⁷ L'espressione è contenuta in M. F. CURSI – R. FIORI, *Le azioni*, cit., 149 e 151.

¹⁶⁸ Ed infatti, Ulpiano concede direttamente l'*actio ex vendito*, come se la condizione si fosse avverata. Si cfr., inoltre, S. DI SALVO, *Adempimento fittizio*, cit., 13 s., il quale fa uso anche di un argomento positivo-sistematico: «E siffatti profili si colgono pure dalla lettura congiunta, se possibile, degli artt. 1358 e 1359 del codice civile italiano, fedele traduzione, quest'ultimo, dei testi romani che prevedono la regola generale e cristallizzano il momento dell'interesse. Rispetto a queste norme, le opinioni sono varie, in ordine al configurare nella seconda, quella sull'adempimento fittizio, la sanzione della prima, che sancisce il dovere di buona fede delle parti del contratto (nella cui disciplina la *regula* è collocata, non più in quella delle obbligazioni in generale) durante la pendenza della condizione».

determinato assetto di interessi, solo alla luce del quale è possibile valutare la buona fede o la mancanza di buona fede del compratore (come nel caso di specie).

In altri termini, la causa del contratto non pare essere stata considerata dal diritto romano solo da un punto di vista obiettivo, perché, in relazione alla funzione economico-sociale della compravendita, certamente il contegno del compratore non avrebbe avuto alcun rilievo; al contrario, poiché il comportamento dell'*emptor* ha minato alla stabilità di quell'assetto di interessi individuali, fissato da quel contratto condizionato, allora l'ordinamento giuridico romano ha ritenuto di tutelare il *venditor*, in un primo momento tramite l'*actio praescriptis verbis*, in un secondo, tramite l'*actio ex vendito*.

D'altra parte, mi sembra a favore della suddetta ricostruzione anche il riferimento, che persiste nei codici moderni anche a proposito dei contratti¹⁶⁹, al cd. controinteresse, in rapporto al quale è possibile valutare l'applicabilità della regola sull'adempimento fittizio.

Se un controinteresse esiste in un contratto sinallagmatico a prestazioni corrispettive, esso non può essere valutato in astratto, ma va individuato come interesse contrario all'assetto che il contratto stesso ha cristallizzato.

2.3. Una forma particolare di adempimento fittizio è comunemente conosciuto con il nome di *cautio Muciana*¹⁷⁰. Essa, in effetti, consisteva nella prestazione di una *stipulatio praetoria*, ad opera del beneficiario di un lascito *mortis causa* condizionato sospensivamente ad un evento negativo, affinché questi potesse essere ammesso a godere immediatamente dell'attribuzione, salvo promettere la remissione in pristino dello *status quo ante*, nel caso in cui l'evento dedotto negativamente in condizione si fosse in realtà verificato.

Accanto alla disposizione *mortis causa*, a cui era apposta una condizione sospensiva negativa (senza limiti di tempo), si poneva una *cautio*, e più precisamente una *satisdatio*, condizionata sospensivamente al medesimo evento, ma

¹⁶⁹ L'espressione «*si per eum, cuius interest condicionem non impleti*», nel Digesto ricorre due volte (D. 35.1.24 e D. 50.17.161), ma sempre con riferimento all'obbligazione, per la quale è più facile individuare chi sia il controinteressato. Ancora, si cfr. S. DI SALVO, *Adempimento fittizio*, cit., 1 ss.

¹⁷⁰ Il nome della nota *cautio* è dovuto al giurista repubblicano Quinto Mucio Scevola come testimoniato anche dalla Nov. 22.43: «[...] *Eo autem transeunte si vellet accipere relictum, non aliter licebat mulieri hoc accipere, antequam cautionem exponeret, quia ad secundas non veniret nuptias. Sed hanc quoque adiectionem <non> ipse Iulius Miscellus adinvenit, sed Quintus Mucius Scaevola hoc praesanciverat, super omnibus quippe pendentibus in causarum prohibitionibus huiusmodi adinveniens cautiones [...]*».

volto in positivo, per cui – sul piano degli effetti – la condizione originariamente apposta all’attribuzione patrimoniale, da sospensiva negativa si trasformava in risolutiva positiva.

Gli esempi tratti dalle stesse fonti romane sono molti:

D. 35.1.7 pr. (Ulp. 18 *ad Sab.*): *Mucianae cautionis utilitas consistit in condicionibus, quae in non faciendo sunt conceptae, ut puta “si in Capitolium non ascenderit” “si Stichum non manumiserit” et in similibus: et ita Aristoni et Neratio et Iuliano visum est: quae sententia et constitutione divi Pii comprobata est. Nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est.*

D. 35.1.67 (Iav. 11 *epist.*): *Cum sub hac condicione fundus alicui legatus esset “si servum non manumiserit” et, si manumiserit, legatum fundi ad Maevium translatum esset, legatarius de non liberando satisdedit et legatum accepit et postea liberavit: quaero, an aliquid Maevio detur. Respondit, si cui ita legatum erit “si servum non manumiserit”, satisfactione interposita accipere ab herede legatum poterit et, si postea servum manumiserit, commissa stipulatione heredi vel fundum vel quanti ea res est restituet eoque casu heres ei, cui ex sequenti condicione legatum debuerit, restituet.*

Non è possibile, per evidenti ragioni di spazio e di opportunità, affrontare il tema relativo all’estensibilità della *cautio Muciana* all’istituzione di erede¹⁷¹, sul quale autorevole dottrina si è per lungo tempo soffermata. Sarà invece necessario, in questa sede, soffermarsi sul meccanismo di funzionamento della *cautio*.

Come si diceva, avevano accesso alla possibilità di prestare la *satisfatio* i beneficiari di una attribuzione patrimoniale derivante da lasciti *mortis causa* condizionati sospensivamente ad un evento negativo: poiché il legatario, cui fosse stato lasciato il fondo «*si servum non manumiserit*», paradossalmente avrebbe potuto essere ammesso a godere dell’attribuzione solo nel momento della sua morte¹⁷², si ritenne equo concedere a questi il godimento immediato, salva la nascita di un’obbligazione condizionata verso il controinteressato, che nel caso di specie è senza dubbio l’erede.

¹⁷¹ Pertanto, per approfondimenti sul tema, si rinvia a V. SCIALOJA, *Sulla ‘cautio Muciana’ applicata all’eredità*, in *BIDR.* 11 (1900), 265 ss.; ora in *ID.*, *Studi giuridici*, II (Roma, 1934), 129 ss.; E. LEVY, *Zur Lehre von der ‘Muciana cautio’ im klassischen römischen Recht*, in *ZSS.* 24 (1903), 122 ss.; S. SOLAZZI, *Sulla ‘cautio Muciana’ applicata all’eredità*, in *SDHI.* 10 (1944), 363 ss.; ora in *ID.*, *Scritti di diritto romano*, IV (Napoli, 1963), 507 ss.; B. BIONDI, *Intorno alla ‘cautio Muciana’ applicata all’eredità*, in *BIDR.* 8-9 (1948), 241 ss.; C. COSENTINI, *Sulla origine dell’estensione della ‘cautio Muciana’ all’eredità*, in *ID.*, *Miscellanea romanistica* (Catania, 1956), 79 ss.

¹⁷² Unico momento in cui, effettivamente era possibile affermare, ad esempio, che lo schiavo non era stato manomesso dal legatario.

Il complessivo assetto di interessi che derivava dall'attribuzione, allora, doveva essere il seguente: da un lato, si poneva l'interesse del testatore ad ottenere un determinato contegno dal legatario¹⁷³; dall'altro, l'interesse del legatario ad ottenere quanto concessogli tramite il legato; dall'altro ancora, l'interesse dell'erede a non vedere depauperato l'asse ereditario.

Il rimedio muciano era orientato, ritengo, a garantire il pieno rispetto dell'assetto di interessi che il *de cuius* aveva creato con il lascito: consentiva innanzitutto di ottenere dal legatario il medesimo comportamento che il *de cuius* avrebbe voluto premiare, ma con la logica opposta; anziché premiare il non aver manomesso lo schiavo, il meccanismo consentiva di poter sanzionare (tramite l'efficacia dell'obbligo restitutorio contenuto nella *satisdatio*) il comportamento del legatario che l'avesse manomesso. Naturalmente era rispettato pure l'interesse del legatario, il quale – in questo modo – vedeva il lascito in suo favore acquistare immediata efficacia, mentre altrimenti questo sarebbe stato *inutiliter datum*. In ultima analisi, era pure garantito l'interesse dell'erede il quale era fornito di uno strumento efficace per vedersi reintegrato nella propria posizione, per il caso in cui il comportamento vietato con la *condicio* fosse stato tenuto.

L'influenza della clausola condizionale sul rapporto giuridico nato dall'atto condizionato è dimostrata pure dalle opinioni dei giuristi in ordine all'ammissibilità del rimedio muciano per alcuni tipi di condizioni miste. Si è già precisato¹⁷⁴ ad altri fini che, pure se D. 35.1.7 pr. riconosce l'applicabilità della *cautio* alle sole condizioni «*quae in non faciendo sunt conceptae*», altri brani chiariscono che, in realtà, l'ambito applicativo dovesse ritenersi circoscritto solo alle condizioni potestative. Si legga:

D. 35.1.106 (Iul. 25 dig.): *Hoc genus legati "si Titio non nubserit" perinde habendum est, ac si post mortem Titii legatum fuisset, et ideo nec*

¹⁷³ Mi sembra potersi dire che le condizioni che davano accesso alla *cautio* erano, infatti, condizioni potestative, anche se a rigore D. 35.1.7 pr. discorre di condizioni «*quae in non faciendo sunt conceptae*», le quali potrebbero essere tecnicamente anche condizioni miste. In realtà, le fonti talvolta negano, talvolta concedono il rimedio anche nel caso in cui la condizione non fosse stata puramente potestativa (in D. 35.1.106, viene negata l'applicabilità della *cautio* alla condizione «*si Titio non nubserit*», perché essa oltre che per la morte della beneficiaria, si sarebbe dovuta considerare adempiuta anche con la morte di Tizio; ma è lo stesso D. 35.1.7 pr. ad ammettere il rimedio nel caso di una condizione «*si Stichum non manumiserit*», che chiaramente si sarebbe potuta verificare pure per la morte del servo Stico). In ogni caso, ciò che in questo momento mi preme evidenziare è che in questo come in altri brani, l'attribuzione patrimoniale sembra essere stata concessa in un'ottica premiale.

¹⁷⁴ Nella nota precedente.

Muciana satisfactione interposita capere legatum potest. Sed et alii nubendo nibilo minus legatum consequitur.

Certamente, nel caso prospettato a Giuliano la condizione si sarebbe avverata non solo in caso di morte della legataria, ma pure nel caso di morte di Tizio, che sarebbe ben potuta avvenire prima di quella della beneficiaria, la quale sarebbe stata così ammessa a godere del lascito. Ed è proprio per questa ragione che il noto giureconsulto ritiene non potersi dare applicazione alla *cautio Muciana*.

Si raffronti, però, questo testo con:

D. 35.1.72 pr.-1 (Pap. 18 *quaest.*): pr. *Cum tale legatum esset relictum Titiae “si a liberis non discesserit”, negaverunt eam recte cavere, quia vel mortuis liberis legati condicio possit exsistere. Sed displicuit sententia: non enim voto matris opponi tam ominosa non interponendae cautionis interpretatio debuit.*

1. *Et cum patronus liberto certam pecuniam legasset, si a liberis eius non discessisset, permisit imperator velut Mucianam cautionem offerri: fuit enim periculosum ac triste libertum coniunctum patroni liberis eorundem mortem exspectare.*

La spiegazione di Papiniano, nella prima parte del brano, ribadisce l'idea di Giuliano per cui, poiché la condizione «*si a liberis non discesserit*» può considerarsi adempiuta anche per fatto diverso rispetto alla morte di Tizia (e cioè la morte dei figli): ed allora Tizia non può essere ammessa a domandare la *cautio Muciana*.

In tal modo, tuttavia, gli interessi che avevano spinto il testatore ad effettuare il lascito avrebbero potuto non essere rispettati affatto, perché questi, anziché ottenere che Tizia non si fosse separata dai figli, avrebbe potuto ottenere il desiderio, da parte di questa, della loro morte¹⁷⁵. E la circostanza non sembra essere tralasciata da Papiniano, che afferma che la decisione è sgradevole («*displicuit sententia*»), proprio perché essa è «*ominosa*».

Lo stesso sarebbe accaduto nell'ipotesi descritta al § 1: nel caso di un legato al liberto sottoposto alla condizione sospensiva che questi non si fosse separato dai figli del suo *patronus*, probabilmente la condizione avrebbe reso pericoloso («*periculosum*») il lascito, perché «*libertum coniunctum patroni liberis eorundem mortem exspectare*».

¹⁷⁵ Circostanza che pare contraria, oltre che – ovviamente – agli interessi del *de cuius*, pure a quelli dell'erede, il quale si vedrebbe privato del cespite a Tizia attribuito a titolo particolare.

Ma allora l'applicabilità del rimedio non è sancita dal fatto che la condizione sia potestativa e non mista, e non dipende dalla natura della *condicio*, ma è da decidersi sulla base degli interessi concreti che stanno alla base dell'attribuzione *mortis causa*, con un'operazione di naturale contemperamento degli stessi con quelli generali dell'ordinamento. In altri termini, è l'assetto di interessi cristallizzato dal testatore a legittimare l'intervento correttivo del pretore¹⁷⁶.

¹⁷⁶ La *cautio Muciana*, oggi, continua ad essere prevista dal nostro codice civile all'art. 639, il quale così dispone: «Se la disposizione testamentaria è sottoposta a condizione risolutiva, l'autorità giudiziaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può imporre all'erede o al legatario di prestare idonea garanzia a favore di coloro ai quali l'eredità o il legato dovrebbe devolversi nel caso che la condizione si avverasse».

3. ...segue: sorti del negozio condizionato all'evento impossibile, illecito o turpe.

Le riflessioni relative al contemperamento di esigenze generali dell'ordinamento rispetto alle singole operazioni negoziali, nonché quelle concernenti l'incidenza della clausola condizionale sul concreto assetto di interessi fissato con il negozio giuridico, hanno sinora condotto a qualche primo risultato: sul regolamento dei rapporti nascenti dal negozio, l'esperienza romana sembra aver ritenuto incidenti sia la condizione che il suo contenuto, sicché, in taluni casi, la *condicio* è stata ritenuta fittiziamente adempiuta, ed in altri il suo contenuto è stato capovolto proprio per consentire il rispetto degli interessi fissati delle parti.

Qualche altro spunto può essere colto, a mio avviso, nelle argomentazioni costruite dai giuristi classici in ordine alla validità o invalidità dei negozi cui sono apposte *condiciones* che deducono un evento turpe, illecito o impossibile.

E ciò non tanto con riferimento alla regola sabiniana (per cui, la condizione impossibile, illecita o turpe, apposta a negozi *mortis causa, pro non scripta habetur*), dettata quest'ultima per ben note ragioni di *favor testamenti*, ma invece con riferimento alle peculiarità che presenta la regola generale, per cui la clausola *vitiatur et vitiat*.

E qui ritorna la teoria del Windscheid.

Ritorna, perché naturalmente, in un sistema per cui la dichiarazione di volontà condizionata è un'unica dichiarazione di volontà, è chiaro che – se il contenuto della condizione è illecito – essa stessa sarà illecita.

Non sarebbe facile, però, spiegare in base a questa teoria perché, in qualche caso, quell'unica dichiarazione di volontà possa essere divisa, come accadrebbe – ad esempio – nel caso di un legato sottoposto alla condizione sospensiva che il legatario commetta un omicidio¹⁷⁷.

Ancora una volta, in realtà, mi pare che sia un determinato assetto di interessi a guidare la considerazione di validità o invalidità. Ma vediamo che cosa ci dicono in proposito le fonti.

¹⁷⁷ La questione si colloca nella più ampia critica alle teorie fondate sul cd. dogma della volontà, in base alle quali la clausola condizionale non sarebbe scindibile dalla volontà negoziale. Sul problema della scindibilità, però, si legga *infra* a pagina 77 ss.

La forse più conosciuta definizione di condizione impossibile o illecita è contenuta nelle *Pauli Sententiae*:

PS. 3.4b.1-2: 1. *Condicionum duo sunt genera: aut enim possibilis est, aut impossibilis: possibilis, quae per rerum naturam admitti potest, impossibilis, quae non potest: quarum ex eventu altera expectatur, altera impossibilis submovetur.*

2. *Condiciones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti: veluti "si uxorem non duxeris", "si filios non susceperis", "si homicidium feceris", "si larvali habitu processeris" et his similia.*

Alcuni dati sono interessanti ai nostri fini, ma, procedendo con ordine, analizzeremo innanzitutto il § 1.

3.1. Nella definizione pseudopaolina di possibilità o impossibilità della condizione sembra concorrere solo ed esclusivamente il concetto di possibilità o impossibilità fisica, anche se, forse, nella chiosa del paragrafo si può scorgere un sibillino suggerimento in ordine alla necessità di verificare il modo con cui l'evento è preso in considerazione rispetto allo schema negoziale (*«quarum ex eventu altera expectatur, altera impossibilis submovetur»*).

Ad ogni modo, il brano non può rispecchiare a pieno il regime classico dell'istituto¹⁷⁸, per il quale – al contrario – probabilmente si rendeva necessaria un'indagine su più livelli.

Innanzitutto, vale la pena notare che l'elaborazione giurisprudenziale doveva necessariamente essersi concentrata, prima di giungere alle concettualizzazioni postclassiche (ma, ancora prima, a quelle effettuate a scopo didattico¹⁷⁹), intorno a fattispecie concrete¹⁸⁰, in cui da un lato, l'impossibilità poteva derivare da un

¹⁷⁸ Ne sarebbe conferma anzitutto il fatto che la definizione coincida con quella adottata nelle Istituzioni giustiniane, per cui viene presa in considerazione solo l'ipotesi di *«condicio cui natura impedimento est»*: Inst. 3.19.11: *Si impossibilis condicio obligationibus adiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem condicio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat, veluti si quis ita dixerit: "si digito caelum attigero, dare spondes?" at si ita stipuletur, "si digito caelum non attigero, dare spondes?" pure facta obligatio intellegitur ideoque statim petere potest.* Contro la classicità della definizione stanno anche tutte quelle considerazioni storiche espresse, fra gli altri, anche da V. ARANGIO RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷ (Napoli, 1984), 300, per le quali le *Sententiae* sarebbero un'opera postclassica compilata da un giurista diocleziano e profondamente rimaneggiata del Visigoti.

¹⁷⁹ Mi riferisco, naturalmente, al manuale istituzionale gaiano, ove in Gai 3.98 compare la ben nota condizione impossibile *«si digito caelum tetigerit»*.

¹⁸⁰ G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*² (Torino, 1962), 437, parla a proposito della nascita della regola sabiniana, da un lato, dell'impossibilità generale ed astratta della condizione, dall'altro, di un'impossibilità legata al fatto concreto: «quanto ai casi di impossibilità abbracciati da questa regola,

impedimento fisico, dall'altro, da uno giuridico. Ma non è tutto, perché accanto all'individuazione delle cause di impossibilità, la ricchezza della casistica doveva aver posto i giuristi romani innanzi a casi di impossibilità: a) assoluta o relativa; b) totale o parziale; c) permanente o transitoria¹⁸¹.

Tutto ciò, però, ancora non basta, perché la giurisprudenza si interrogò pure sul momento in cui dovesse essere considerata l'impossibilità della *condicio*: quando la condizione avrebbe inficiato la validità dell'intero negozio? Se essa fosse stata impossibile al momento della conclusione del negozio, ovvero anche se lo fosse divenuta in un momento successivo?

La dimostrazione di quella ricchezza di analisi è – in particolare – offerta dal seguente brano:

D. 45.1.137.6 (Venon. 1 *stipul.*): *Cum quis sub hac condicione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit vel forum aut basilicam et huiusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictæ sint: ubi omnino condicio iure impleri non potest vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea condicio, quae natura impossibilis est, inserta esset. Nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio.*

La vicenda narrata tocca molti dei profili elencati poco fa. Il giurista Venonio, infatti, nell'aggiungere alla definizione di impossibilità il concetto di impossibilità giuridica, sembra confermare l'idea per cui l'applicazione della regola alla luce della quale l'impossibilità della condizione renda *inutilis* l'intero schema negoziale, in effetti dipende dal fatto che la condizione può arrivare in concreto a privare di funzione il negozio stesso.

Egli afferma che non solo gli eventi naturalmente impossibili sono in grado di incidere sulla validità di una *stipulatio*, ma anche eventi che per il diritto sono irrealizzabili, come ad esempio la vendita di diritto privato di una cosa sacra o religiosa o di una piazza o di una basilica o di cose che sono destinate in perpetuo

si può dire che essa investiva impossibilità fisica e giuridica, esempi di impossibilità generale ed astratta (come quello scolastico del *caelum digito tangere*), ipotesi in cui l'impossibilità derivasse da un fatto concreto (quale la inesistenza o antecedente morte della persona verso la quale si dovesse fare alcunché, l'inesistenza di un debito da pagare e così via). E nella sua enunciazione come *regula iuris*, quale si è affermato nella scuola sabiniana, il principio è precisamente accompagnato dall'esempio scolastico tipico di un'impossibilità generale ed astratta, in cui appunto esso si pone come norma positiva che stabilisce un generale contrapposto tra atti giuridici. Ma prima che si formasse la regola, i giureconsulti romani, già nell'epoca repubblicana discutevano di casi concreti».

¹⁸¹ C. COSENTINI, 'Condicio impossibilis' (Milano, 1952), 65.

all'uso pubblico («*si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit vel forum aut basilicam et huiusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictæ sint*»)¹⁸².

È facile intuire, però, che il regime pubblicistico di quei beni potrebbe cambiare in futuro e che, dunque, ciò che al tempo della stipulazione (ed aggiungerei, nell'ottica della programmazione delle parti) era impossibile, ben potrebbe divenire possibile («*nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri*»).

Tuttavia, la *stipulatio* (non, dunque, la condizione o l'evento, ma il negozio stesso) deve essere valutata («*aestimari*») con riguardo al tempo presente e «*non enim secundum futuri temporis ius*».

Già Antonio Guarino, nel suo celebre manuale di Istituzioni, notava l'importanza dell'affermazione e sottolineava che «tutto può succedere in futuro, ma la impossibilità della condizione si giudica dall'oggi»¹⁸³; tuttavia, il profilo che in questa sede interessa maggiormente sembra essere quello per cui, nelle parole riportate da Venonio, sia il negozio a dover essere *aestimatum* al momento della sua conclusione.

La determinazione dell'evento dedotto in condizione, allora, sembra essere stata, già in diritto romano, potenzialmente in grado di alterare lo schema causale, al punto da rendere *nullius momenti* non la sola clausola, ma l'intero negozio.

3.2. Passiamo ora a fare qualche riflessione intorno al § 2 del brano tratto dalle *Pauli Sententiae*, e riportato *supra*.

È certamente noto che, stando alle moderne interpretazioni, una condizione illecita non è necessariamente una condizione che subordina l'efficacia del negozio ad un evento illecito, in quanto possono ben essere considerate illecite delle clausole che coartino, ad esempio, la volontà del beneficiario di una disposizione testamentaria nella sua determinazione a contrarre matrimonio¹⁸⁴. L'illiceità della

¹⁸² Secondo G. G. ARCHI, s.v. *Condizione*, cit., 748, «la condizione giuridicamente impossibile si fonde, o meglio si confonde, con quella illecita perché *contra legem* o *contra ius*».

¹⁸³ A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹² (Napoli, 2001), 402 in nota al paragrafo 25.5.1. Diversamente, d'altra parte, al più si sarebbe potuta applicare la regola (o meglio, le regole) relative all'adempimento fittizio della condizione.

¹⁸⁴ Si cfr., a tal proposito Cass. Civ. sent. n. 8941 del 15 aprile 2009 in <https://www.iusexplorer.it> ove si legge che «Il vincolo matrimoniale è, e deve rimanere, frutto di una libera scelta autoresponsabile, attenendo ai diritti intrinseci ed essenziali della persona umana e alle sue fondamentali istanze, e, pertanto, esso si sottrae ad ogni forma di condizionamento anche indiretto».

condicio, dunque, così come la sua impossibilità, in ragione dei recenti orientamenti – non solo dottrinali – deve essere definita in ragione del suo far parte di uno schema negoziale, sicché è proprio quest’ultimo a poter essere qualificato, in definitiva, in termini di illiceità.

Sembrerebbe rilevante, allora, che, fra gli esempi riportati dalla definizione paolina di condizione turpe o illecita, compaiano degli eventi che parrebbero potersi avvicinare a quello appena tratto dal diritto positivo («*si uxorem non duxeris*», «*si filios non susceperis*»).

Anche se l’ipotesi è affascinante, però, essa non mi sembra di per sé sola sufficiente a far prospettare l’illazione della qualificabilità della condizione in termini di turpitudine o illiceità in necessario rapporto al negozio, perché non va dimenticato che, ancora al tempo di Paolo, vigeva la *lex Papia Poppea*, tra i cui intenti principali certamente vi era quello di scoraggiare il celibato.

La clausola condizionale «*si uxorem non duxeris*», allora, effettivamente sembra dedurre un evento che all’epoca era *contra ius*.

Nonostante l’esemplificazione non si sia rivelata del tutto decisiva, sembra tuttavia che il principio sia riconosciuto in altre fonti, le quali – dunque – testimonierebbero che in effetti ad essere viziato da illiceità sia l’intero schema negoziale. Si legga:

D. 45.1.134 pr.-1 (Paul. 15 resp.): pr. *Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaius Seio habenti filiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.*

1. *Idem respondit: plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur, sic tamen, ut non ex ea repetitione inutilis efficiatur stipulatio.*

La fattispecie narrata è la seguente: Tizia e Gaio Seio, uniti in matrimonio, avevano due figli da precedenti relazioni («*Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaius Seio habenti filiam*») e durante il tempo del matrimonio promisero l’uno all’altro che i loro figli si sarebbero sposati («*et tempore matrimonii*

consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur), predisponendo all'uopo un documento che cristallizzasse l'impegno e che contemperasse una pena, probabilmente pecuniaria, per il caso in cui un ostacolo fosse frapposto alle nozze da uno dei due («*et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset*»). Venuto a mancare Gaio Seio, la di lui figlia rifiuta di sposare il fratellastro («*postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere*»), motivo per il quale ci si domanda se gli eredi del defunto possano ottenere il pagamento di quanto dovuto dalla stessa a titolo di pena («*an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione*»). La risposta, tuttavia, è negativa, perché alla possibilità di agire per ottenere il pagamento della pena promessa mediante *stipulatio* condizionata, fa da *pendant* la possibilità della convenuta di reagire mediante *exceptio doli*, e ciò in quanto la *stipulatio* è stata *interposita contra bonos mores* ed in quanto è disonesto che i due fratellastri siano costretti nella loro determinazione a contrarre matrimonio dal vincolo della pena («*quia inonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*»).

Di nuovo, dunque, è la *stipulatio poenae* nel suo complesso ad essere considerata *contra bonos mores*, e non il contenuto della specifica determinazione condizionale¹⁸⁵.

Tuttavia, al contrario di quanto detto a proposito della *condicio impossibilis*, l'incidenza sul negozio non è immediata, ma passa attraverso o la *denegatio actionis* ovvero tramite l'*exceptio doli*. Che cosa significa ciò? Che non c'è incisione diretta sulla causa?

Non credo. Credo al contrario che la soluzione giurisprudenziale si sia evoluta in parallelo con la dottrina della causa *contra bonos mores*, a proposito della quale Paolo pure prospettava la proponibilità di un'*exceptio doli mali*:

¹⁸⁵ A conclusioni simili consente di giungere pure la giurisprudenziale assimilazione delle *condiciones contra leges* alle cd. *condiciones iuris iurandi*, nelle quali l'evento dedotto in condizione è un giuramento. Sul punto, si cfr. D. 28.7.8 pr. (Ulp. 50 ad ed.): *Quae sub condicione iurisiurandi relinquuntur, a praetore reprobantur: providit enim, ne is, qui sub iurisiurandi condicione quid accepit, aut omittendo condicionem perderet hereditatem legatumve aut cogere turpiter accipiendi condicionem iurare. Voluit ergo eum, cui sub iurisiurandi condicione quid relictum est, ita capere, ut capiunt hi, quibus nulla talis iurisiurandi condicio inseritur, et recte: cum enim faciles sint nonnulli hominum ad iurandum contemptu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis usque ad superstitionem, ne vel hi vel illi aut consequerentur aut perderent quod relictum est, praetor consultissime intervenit. Etenim potuit is, qui voluit factum, quod religionis condicione adstringit sub condicione faciendi relinquere: ita enim homines aut facientes admitterentur aut non facientes deficerentur condicione.* Sul punto, si cfr. anche A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 402 e 435; R. ASTOLFI, *Riflessioni in tema di 'condicio iurisiurandi'*, in *SDHI*. 55 (1989), 369 ss. Così pure l'intera *stipulatio* è inutile nel caso prospettato in D. 45.1.61 (Iul. 2 ad Urs. *Ferocem*): *Stipulatio hoc modo concepta: "si heredem me non feceris, tantum dare spondes?" inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.*

D. 12.5.8 (Paul. 3 *quaest.*): *Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis si petat, exceptione doli mali vel in factum summovere eum possis, tamen si solveris, non posse te repetere, quoniam sublata proxima causa stipulationis, quae propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est turpitude, superesset: porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiore esse et ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est.*

3.3. Il profilo che si presenta di più problematica soluzione, e che tocca da vicino il tema trattato in questo paragrafo, riguarda la cd. scindibilità della condizione rispetto alla dichiarazione negoziale.

Si è già ricordato che uno dei grandi problemi delle teorie soggettivistiche sta nel fatto che esse, se ben spiegano il riflesso patologico sul negozio di una clausola condizionale illecita o impossibile, non paiono idonee a spiegare innanzitutto la cd. regola sabiniana, ed in secondo luogo la regola per cui pure la condizione risolutiva impossibile *pro non scripta habetur*¹⁸⁶.

I dati di cui disponiamo, per il diritto classico¹⁸⁷, e che si dimostrano del tutto incoerenti tra loro alla luce della tradizionale impostazione, sono i seguenti: a) la condizione sospensiva impossibile viziava automaticamente l'intero atto¹⁸⁸; b) la condizione sospensiva illecita non viziava automaticamente e sostanzialmente l'intero atto, ma giustificava la *denegatio actionis* pretoria o la concessione di un'*exceptio doli*¹⁸⁹; c) la condizione sospensiva impossibile, apposta a disposizioni di ultima volontà, non viziava l'intero atto per ragioni di *favor testamenti*¹⁹⁰; d) la condizione sospensiva illecita, apposta a disposizioni di ultima volontà, non viziava l'intero atto – di nuovo – grazie all'intermediazione pretoria¹⁹¹; e) la condizione risolutiva impossibile non doveva viziare l'intero atto¹⁹², ma si considerava non

¹⁸⁶ Per la critica alle teorie soggettivistiche sotto il profilo della scindibilità, si cfr. G. PETRELLI, *La condizione*, cit., 168 e nota 7 ove bibliografia.

¹⁸⁷ In diritto giustiniano, invece, il regime delle condizioni illecite e impossibili si avvicina, sia per quanto attiene alla regola generale (*vitiatur et vitiat*), sia per quanto riguarda la regola speciale relativa alle disposizioni *mortis causa* (*vitiatur sed non vitiat*). Si cfr. G. G. ARCHI, s.v. *Condizione*, cit., 749 s.

¹⁸⁸ Si cfr. Gai 3.98; D. 44.7.31; oltre che il già riportato D. 45.1.137.6.

¹⁸⁹ Si cfr. D. 45.1.97.2; D. 35.1.71.1; D. 45.1.134 pr., nonché, per la letteratura, G. GROSSO, *I legati*, cit., 441.

¹⁹⁰ Si cfr. nuovamente Gai 3.98, nonché Vat. Fr. 249.3 e D. 35.1.6.1.

¹⁹¹ Sulla *remissio* pretoria come regola distinta dalla regola sabiniana si cfr. C. COSENTINI, '*Conditio impossibilis*', cit., 136; nonché G. G. ARCHI, s.v. *Condizione*, cit., 748.

¹⁹² La soluzione della nullità parziale non doveva essere sconosciuta alla giurisprudenza romana. Si consideri che, se pure la condizione risolutiva non fosse stata impossibile, ma solo inapponibile a certi tipi di negozi essa era ritenuta come non apposta. Si veda anche quanto detto *supra*, alle pagine 28 e 30, ove sono stati riportati due brani che converrà trascrivere anche in questa sede. Si tratta di

apposta; f) la condizione risolutiva illecita viziava l'intero atto probabilmente ancora grazie all'intervento pretorio¹⁹³.

Il regime delle condizioni viziate, dunque, si presenta invero piuttosto variopinto, sicché veramente ardua è l'impresa di ricondurre ad un fondamento comune la vastità di regole diverse che si presentano innanzi al lettore delle fonti.

Eppure essa non è impossibile, se si tiene conto dei risultati sinora raggiunti. Dunque, alla domanda: “La condizione è scindibile o inscindibile rispetto al contenuto negoziale?”, la risposta non può che essere variabile. Talvolta lo è, talaltra non lo è, proprio in ragione di quella multifunzionalità che caratterizza il congegno condizionale ed alla quale si è fatto più volte riferimento¹⁹⁴.

I criteri per orientarsi nel *mare magnum* delle possibilità, tuttavia, sono piuttosto chiari: per gli atti *inter vivos*, la regola generale è nel senso di una presunzione di inscindibilità della condizione sospensiva¹⁹⁵, mentre, per gli atti *mortis causa*, la

D. 8.1.4 pr. (Pap. 7 quaest.): *Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem (verbi gratia “quamdiu volam”) constitui possunt: sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurreretur contra placita servitute vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere.* Nonché di Vat. Fr. 50. *In mancipatione uel in iure cessione an deduci possit uel ex tempore uel ad tempus uel ex condicione uel ad condicionem, dubium est; quemadmodum si is, cui in iure ceditur, dicit: “aio hunc fundum meum esse deducto usu fructu ex kal. Ian.” uel “deducto usu fructu usque ad kal. Ian. decimas”, uel “aio hunc fundum meum esse deducto usu fructu, si nauis ex Asia uenerit”; item in mancipatione: “emptus mihi esto pretio, deducto usu fructu ex kal. illis” uel “usque ad kal. illas”; et eadem sunt in condicione. Pomponius igitur putat non posse ad certum tempus deduci nec per in iure cessionem nec per mancipationem, sed tantum transferri ipsum posse. Ego didici et deduci ad tempus posse, quia et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat. Num quid ergo et ex tempore et condicione deduci possit? Sequitur et legatum deduci ad certum tempus posse.* Con specifico riferimento alle *condiciones impossibiles*, in assenza di notizie più precise, mi sembra coerente la ricostruzione per cui se il verificarsi dell'evento è ‘allontanato’ dalle parti (come risulta dalla definizione paolina), allora la condizione risolutiva o è ritenuta come non apposta o non giustifica l'accoglimento dell'*exceptio pacti* o *doli*. Il negozio, dunque, sarebbe destinato a produrre i suoi effetti in eterno.

¹⁹³ Come già accennato, sul regime delle condizioni risolutive in rapporto alla loro scindibilità non vi sono molte fonti, probabilmente per la scarsa frequenza con cui questo tipo di condizioni deve essere stato impiegato. Credo, tuttavia, che sia facile immaginare che se il pretore intervenne per *denegare actionis* quando avesse ritenuto che la causa dell'atto fosse viziata da una *condicio turpis*, allo stesso modo l'intervento sarebbe stato giustificato se la condizione in questione fosse stata risolutiva.

¹⁹⁴ In questo senso, G. PETRELLI, *La condizione*, cit., 165 ss.

¹⁹⁵ Si cfr. Art. 1354: «È nullo il contratto al quale è apposta una condizione, sospensiva o risolutiva, contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

La condizione impossibile rende nullo il contratto se è sospensiva; se è risolutiva, si ha come non apposta.

Se la condizione illecita o impossibile è apposta a un patto singolo del contratto, si osservano, riguardo all'efficacia del patto, le disposizioni dei commi precedenti, fermo quanto è disposto dall'articolo 1419». La disposizione è motivata dalla Relazione al Re, al § 619, con il tradizionale principio di inscindibilità della volontà condizionata: «La condizione risolutiva illecita, a differenza di quella risolutiva impossibile, per l'art. 1354, primo comma, produce nullità del contratto. La

regola generale è nel senso di una presunzione *iuris tantum* di scindibilità, con conseguente inversione dell'onere della prova a carico dell'interessato (che verosimilmente è l'erede) a far valere la nullità dell'intera disposizione¹⁹⁶.

E tali presunzioni, si spiegano – a mio avviso – in ragione di regole di frequenza: se è facile immaginare che negli atti *inter vivos* vi sia una connessione causale tra la condizione e il negozio, non altrettanto facile deve essere immaginare che una tale connessione esista per gli atti *mortis causa*, in cui l'onore della disposizione non partecipa neppure minimamente alla formazione dell'atto che gli attribuisce un diritto.

Non credo, però, che sia da escludere del tutto il ruolo del canone interpretativo del *favor testamenti* nel processo di formazione della regola sabiniana, e ciò nonostante la letteratura civilistica attuale non ritenga più soddisfacente tale spiegazione: probabilmente la *regula iuris* nacque effettivamente per far fronte ad esigenze di conservazione di un negozio che non sarebbe più stato ripetibile.

Certamente, però, accanto ad esigenze interpretative ed equitative, probabilmente essa fu favorita dal fatto che si sviluppò intorno a fattispecie in cui l'interesse che giustificava l'attribuzione patrimoniale era un interesse del tutto autonomo rispetto a quello che giustificava la *condicio*.

Partendo, dunque, dall'esame di casi concreti, per cui, ad esempio, doveva considerarsi non apposta la condizione di manomettere uno schiavo che al tempo in cui il testamento fu confezionato era già morto¹⁹⁷, proprio perché – dal punto di

diversità del trattamento si deve rapportare al carattere inscindibile della volontà condizionata che, quando è prevista una condizione illecita, sorge nella sua interezza come volere inficiato da illiceità».

¹⁹⁶ Il problema non è diverso in diritto positivo, ove il tema è presieduto dalle norme di cui agli artt. 634 e 626 c.c. Art. 634 c.c.: «Nelle disposizioni testamentarie si considerano non apposte le condizioni impossibili e quelle contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, salvo quanto è stabilito dall'art. 626». Art. 626 c.c.: «Il motivo illecito rende nulla la disposizione testamentaria, quando risulta dal testamento ed è il solo che ha determinato il testatore a disporre».

¹⁹⁷ La circostanza è quella riferita a Nerazio, Servio, Labeone, Sabino e Cassio in D. 35.1.6.1 (Pomp. 3 ad Sab.): *Si servos certos quis manumisisset, heres esse iussus erat. Quibusdam ex his ante mortuis Neratius respondit defici eum condicione nec aestimabat, parere posset condicione nec ne. Sed Servius respondit, cum ita esset scriptum "si filia et mater mea vivent" altera iam mortua, non defici condicione. Idem est et apud Labeonem scriptum. Sabinus quoque et Cassius quasi impossibiles eas condiciones in testamento positas pro non scriptis esse, quae sententia admittenda est.* Diverso è, invece, il caso prospettato in D. 28.5.46, in cui l'impossibilità della *condicio* è solo parziale. Sul punto, G. GROSSO, *I legati*, cit., 439.

vista causale – dalla condizione era possibile prescindere¹⁹⁸, si doveva essere giunti a definire una regola generale, in cui, appunto, generale è l'ipotesi di impossibilità:

Gai 3.98: *Item si quis sub ea condicione stipuletur, quae existere non potest, ueluti 'si digito caelum tetigerit', inutilis est stipulatio. Sed legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde debere putant, ac si sine condicione relictum esset; diuersae scholae auctores nihilo minus legatum inutile existimant quam stipulationem. Et sane uix idonea diuersitatis ratio reddi potest.*

È chiaro che la condizione '*si digito caelum tetigerit*' è una condizione che deduce un evento del tutto astratto, per cui risulta ben difficile coglierne il profilo causale.

Tuttavia, la generalizzazione sabiniana doveva trarre la sua forza da una serie imprecisata di casi in cui – in rapporto al caso concreto – si era ritenuto di poter considerare la condizione come non apposta¹⁹⁹: mentre i sabiniani, in questi casi, ritennero di poter favorire l'onorato, che dall'impossibilità della condizione non poteva essere danneggiato – a maggior ragione che attribuzione e condizionamento riflettevano interessi autonomi – , i proculiani ritennero di mantenere ferma la regola generale.

Non c'è bisogno di sottolineare quale interpretazione sia storicamente prevalsa.

¹⁹⁸ Così anche G. GROSSO, *loc. ult. cit.*

¹⁹⁹ A tal proposito, si veda anche quanto verrà detto *infra* (a pagina 102 ss.) a proposito dell'applicabilità della regola sabiniana alle manomissioni testamentarie, nonché quanto sostenuto da C. COSENTINI, '*Conditio impossibilis*', cit., 63: «L'applicazione di essa è sospesa nel caso in cui dal contenuto della condizione si può desumere con certezza che la volontà del testatore era contraria alla concessione della libertà».

4. ...segue: condizioni potestative e nullità: «*neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus*» (D. 18.1.7 pr.).

La distinzione tra condizioni potestative, casuali o miste è una distinzione a cui si è già fatto cenno nel corso del lavoro, a proposito della *cautio Muciana*.

Essa si fonda essenzialmente sulla natura dell'evento dedotto in condizione, per cui una condizione è potestativa se il verificarsi dell'evento dipende dalla volontà di una delle parti del negozio²⁰⁰; è casuale se il verificarsi dell'evento dipende da un «fatto naturale o dalla volontà di un terzo»²⁰¹; è mista se il verificarsi dell'evento dipende dalla concorrenza di volontà di una delle parti e circostanze casuali.

Già il diritto romano, tuttavia, aveva individuato un limite agli eventi deducibili in condizione sospensiva:

D. 18.1.7 pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Haec venditio servi "si rationes domini computasset arbitrio" condicionalis est: condicionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit condicio. Sed utrum haec est venditionis condicio, si ipse dominus putasset suo arbitrio, an vero si arbitrio viri boni? Nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est, quemadmodum si quis ita vendiderit, si voluerit, vel stipulanti sic spondeat "si voluero, decem dabo": neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. Placuit itaque veteribus magis in viri boni arbitrium id collatum videri quam in domini. Si igitur rationes potuit accipere nec accepit, vel accepit, fingit autem se non accepisse, impleta condicio emptionis est et ex empto venditor conveniri potest.*

Il brano tratta dell'interpretazione di una clausola condizionale che subordina l'efficacia di una compravendita di un servo, alla qualità del suo lavoro di gestione degli affari del padrone («*si rationes domini computasset arbitrio*»). L'interpretazione può essere duplice: o la qualità del lavoro del servo va valutata sulla base di un parametro oggettivo, oppure sulla base del gradimento dello stesso padrone («*sed utrum haec est venditionis condicio, si ipse dominus putasset suo arbitrio, an vero si arbitrio viri boni?*»). Se, come i *veteres* sembrano preferire, la clausola va interpretata nel senso che il parametro è l'*arbitrium boni viri* («*placuit itaque veteribus magis in viri boni arbitrium id collatum videri quam in domini*»), la condizione si dovrà considerare adempiuta («*impleta condicio emptionis est*») a prescindere dal giudizio del *dominus* («*si igitur rationes*

²⁰⁰ Si cfr. D. 40.5.46.4; D. 45.1.17; D. 29.4.1.8; D. 38.16.1.8.

²⁰¹ La definizione è tradizionale, ma le parole sono di G. G. ARCHI, s.v. *Condizione*, cit., 745.

potuit accipere nec accepit, vel accepit, fingit autem se non accepisse), e, dunque, il venditore/*dominus* che non consegni il servo, potrà essere convenuto in giudizio *ex empto* («*et ex empto venditor conveniri potest*»).

Al contrario, se la clausola dovesse essere interpretata, nel senso che la qualità del lavoro va valutata in base al giudizio del padrone, allora la vendita sarà nulla («*nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est*»), allo stesso modo che una vendita soggetta alla condizione «*si [dominus] voluerit*», ovvero di una *stipulatio* in cui la promessa è «*si voluero, decem dabo*». Il principio che regge l'affermazione di nullità sarà destinato a sopravvivere per diciotto secoli, oggi con il nome di 'principio di estrinsecità della condizione'.

Ma che cosa si deve intendere esattamente con questa espressione?

È chiaro da quanto sinora considerato che non si intende accogliere l'impostazione per cui gli interessi che il meccanismo condizionale mira a realizzare debbano essere necessariamente 'esterni' rispetto al programma negoziale²⁰².

Infatti il diritto romano, forse più ancora che il diritto attuale, non ha mancato di riconoscere la possibilità di impiegare il condizionamento per rafforzare degli interessi che sarebbero stati tipici del negozio posto in essere: su tutti si può fare il caso – che sarà approfondito nei capitoli successivi – dell'*emptio rei speratae*.

Se oggi la vendita di cosa futura è costruita in ogni ipotesi come vendita obbligatoria²⁰³, in un tempo in cui la stessa *emptio-venditio* aveva carattere meramente obbligatorio, la *res* non ancora venuta ad esistenza, per poter essere compravenduta, avrebbe potuto diventare oggetto di condizione sospensiva, per cui il 'Kaufverhältnis' sarebbe potuto nascere effettivamente solo con l'esistenza dell'oggetto della compravendita. Non saprei individuare un interesse più spiccatamente 'interno'.

²⁰² Tale conclusione è affermata senza troppi dubbi da A. FALZEA, *La condizione*, cit., 80 ss. Per la critica a tale posizione, si cfr. G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., 140 ss. il cui lavoro è orientato a sottolineare la tipicità del congegno condizionale cd. di inadempimento. L'a. pone in evidenza che ben potrebbero essere dedotti nel condizionamento anche interessi 'interni' (*op. cit.*, 142).

²⁰³ Art. 1472 c.c.: «Nella vendita che ha per oggetto una cosa futura, l'acquisto della proprietà si verifica non appena la cosa viene ad esistenza. Se oggetto della vendita sono gli alberi o i frutti di un fondo, la proprietà si acquista quando gli alberi sono tagliati o i frutti sono separati. Qualora le parti non abbiano voluto concludere un contratto aleatorio, la vendita è nulla, se la cosa non viene ad esistenza».

Eppure, il limite della «funzionalizzazione della condizione»²⁰⁴ all'interesse negoziale espresso dalla sua causa fu individuato da molto tempo: esso è sempre stato costituito dalla condizione sospensiva meramente potestativa, la cui nullità è oggi contemplata dall'art. 1355 c.c.²⁰⁵.

Per mezzo delle parole di Ulpiano, allora, il principio dell'estrinsecità diventa quello per cui, ancorché la condizione possa contemperare interessi che sarebbero già tipici del negozio (quale, ad esempio, quello del compratore ad acquistare uno schiavo in grado di svolgere giudiziosamente le mansioni che gli vengono affidate²⁰⁶), questa non possa dedurre eventi che pongano nell'incertezza l'esistenza dello stesso *vinculum iuris*²⁰⁷.

Pertanto, deve considerarsi nulla la compravendita che rimetta alla esclusiva volontà dell'autore del negozio (o di tutti i coautori, o del coautore che subisce un sacrificio per effetto del negozio²⁰⁸) un evento al quale almeno una delle parti negoziali sarebbe costretta, per effetto del negozio stesso («*neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus*»).

Così per 'estrinsecità' non deve più intendersi la necessaria interferenza di un piano di interessi 'esterno' rispetto a quello negoziale, ma, al contrario, la necessità che il piano di interessi tutelati dal condizionamento non si confonda integralmente con l'interesse stesso al negozio. Di qui l'identificazione del principio con quello relativo alla nullità della condizione sospensiva meramente potestativa²⁰⁹.

²⁰⁴ G. PETRELLI, *La condizione*, cit., 254.

²⁰⁵ Art. 1355 c.c.: «È nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore».

²⁰⁶ Infatti, ancorché il giudizio cui andrebbe subordinata l'efficacia della vendita è quello dell'attuale *dominus* del servo, la condizione mi sembra posta nell'esclusivo interesse dell'*emptor*.

²⁰⁷ Così sarebbe negli esempi riportati da Ulpiano di una compravendita sottoposta alla condizione sospensiva "se il venditore vorrà" oppure della *stipulatio* sottoposta alla condizione sospensiva "se vorrò".

²⁰⁸ La precisazione è acutissima ed è di A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 401 s.

²⁰⁹ Diverso, rispetto al concetto di estrinsecità funzionale cui si è fatto sinora riferimento, è il concetto di estrinsecità strutturale, cui, invece si è fatto riferimento nella prima parte del capitolo precedente, non solo a proposito dell'evento condizionante, ma anche, talvolta, a proposito della stessa clausola condizionale. Per l'interpretazione positiva preferibile, invece, si cfr. G. PETRELLI, *La condizione*, cit., 256, ove si legge: «avuto riguardo all'evento condizionante, il medesimo è estrinseco rispetto al ciclo formativo interno della fattispecie negoziale, nel senso che la sua esistenza o meno non influisce sulla esistenza e validità del negozio, né sul contenuto del programma e degli effetti, ma unicamente sul prodursi o sul permanere dell'efficacia. La condizione quindi, sia essa sospensiva o risolutiva, non incide mai sul negozio, ma sempre sul rapporto

4.1. Anche l'indagine in tema dei riflessi sulla disciplina del rapporto condizionato ad un evento meramente potestativo è in grado di testimoniare, dunque, che il contenuto della condizione ed il modo in cui esso si inserisce nello schema negoziale concorre a determinare lo stesso contenuto di quello, sicché quest'ultimo può essere reputato dall'ordinamento indegno di ricevere tutela.

Al fine di ricapitolare brevemente quanto raggiunto dall'indagine negli ultimi paragrafi, dunque, può essere utile un piccolo prospetto:

- a) in diritto romano, la condizione fu definita per la funzione spiccatamente subordinante e per la sua influenza sul rapporto giuridico (tanto vero che furono chiamate tecnicamente *condiciones* anche meccanismi non apposti all'atto, ma a patti aggiunti – cd. estrinsecità strutturale della condizione – e che, se apposti all'atto, incisero ugualmente sul solo rapporto, dall'esterno del negozio stesso – cd. estrinsecità strutturale dell'evento);
- b) il fatto che l'incisione sul negozio sia ampiamente riportata dalle fonti, non significa che il condizionamento fosse riconosciuto per tale incidenza: essa si spiega, al contrario, in ragione della concreta mentalità romana, per cui il negozio inefficace è di fatto un negozio *inutilis*²¹⁰;
- c) proprio in virtù del riconoscimento dell'incisione del meccanismo sul rapporto, esso fu adoperato già dalla giurisprudenza classica per portare all'interno del regolamento negoziale interessi esterni ovvero per rafforzare interessi già interni, con l'unico limite che l'interesse interno non si identificasse con lo stesso interesse al *vinculum iuris* (cd. estrinsecità funzionale della condizione);
- d) dall'analisi del regolamento dei rapporti condizionati (specificatamente a proposito di adempimento fittizio, *cautio Muciana*, condizioni turpi, illecite o impossibili e condizioni meramente potestative) è possibile evincere che, in effetti, l'influenza della *condicio* sul rapporto non avvenne solo in termini di nascita o non nascita dello stesso, ma avvenne colorando la causa soggettiva del negozio, sicché a seconda

giuridico, ed in genere sugli effetti, attuali o potenziali, da esso scaturenti». In diritto romano il discorso può essere riferito non solo all'evento condizionante, ma anche alla clausola condizionale stessa, la quale, talvolta si presenta come condizionamento prettamente esterno (è il caso, ad esempio, di *stipulationes* condizionate assistite da *exceptio pacti*).

²¹⁰ La riprova, si ripete, sta nel fatto che i riflessi del condizionamento sul negozio siano apprezzabili solo in relazione alla condizione sospensiva.

degli interessi che le parti intesero perseguire con il condizionamento, il regolamento fu modellato per garantire o per scoraggiare (ove non ritenuto meritevole di tutela) il perseguimento di quell'interesse.

PARTE SECONDA: PROFILI APPLICATIVI

CAPITOLO III

**CONDIZIONE APPOSTA A NEGOZI COSTITUTIVI DI RAPPORTI
ASSOLUTI**

SOMMARIO: 1. *Legata per vindicationem* sottoposti a condizione sospensiva; 1.1. Appartenenza della *res* legata *pendente condicione* e possibili atti dispositivi; 1.2. *Actus legitimi* e lasciti attributivi di diritti reali; 2. ...segue: lo *statuliber*; 2.1. *Conditio impossibilis vitatur et vitiat*; 2.2. Indisponibilità del diritto acquistato con l'avveramento; 2.3 La *statulibertas* come modello per le situazioni di pendenza; 3. Servitù prediali condizionate; 3.1. Modi di costituzione delle servitù per atti tra vivi, che tollerano *condiciones: pactio et stipulatio*; 3.2. *Servitus ad tempus*; 4. D. 23.3.9.1: *traditio* dei beni costituiti in dote, trasferimento del *dominium* condizionato al verificarsi delle nozze e morte del costituente *ante nuptias*.

1. *Legata per vindicationem* sottoposti a condizione sospensiva.

A proposito dei legati sottoposti a condizione sospensiva, già qualcosa è stato anticipato nel paragrafo relativo al problema della trasmissibilità dei rapporti in pendenza di *condicio*.

Tuttavia le intenzioni di questo paragrafo – così come quelle dei paragrafi che seguiranno – sono ben diverse rispetto a quella, dichiarata a più riprese, di fornire uno scorcio sulla disciplina che il diritto romano approntò a proposito dei rapporti condizionali.

Se, infatti, nella prima parte del lavoro, il fenomeno condizionale è stato affrontato innanzitutto provando a tratteggiare quella che doveva essere stata l'ottica romana, e poi provando ad individuare, in quel particolare punto di vista, elementi che anticipassero in qualche modo le più moderne teorie in tema di negozio condizionato, in questa seconda parte si passerà a verificare quell'impostazione sui casi che le fonti ci offrono.

Chiaramente un'analisi di ognuno di questi casi sarebbe impossibile, attesa la vastità del materiale di cui disponiamo. Ecco perché ho deciso di procedere ad una selezione di alcuni brani, prevalentemente tratti dal Digesto giustiniano, che mi sono sembrati particolarmente significativi e che verranno analizzati per pertinenza tematica.

I primi che, sotto questa luce, hanno suscitato interesse sono, appunto, a proposito di legati attributivi di diritti reali sottoposti a condizione.

Il tema relativo alla grande differenza di disciplina che le fonti testimoniano è stato affrontato da buona parte della dottrina²¹¹, ponendosi in luce le caratteristiche dell'atto in cui la condizione è contenuta: da un lato, il fatto che la causa del negozio testamentario tenda ad esaurirsi quasi completamente nella realizzazione della *voluntas testantium*²¹² (dimostrando in tal modo, peraltro, di possedere un'attitudine spiccatamente soggettiva); dall'altro, il fatto che altri atti *inter vivos* costitutivi dei medesimi diritti reali che avrebbero potuto essere costituiti mediante legati normalmente non sopportavano condizioni o termini.

Il netto contrasto, allora, tra una *mancipatio* o un'*in iure cessio* ed un *legatum per vindicationem* attributivi del medesimo diritto reale sarebbe stato tutto spiegato in ragione della diversa rilevanza che storicamente assunsero alcuni elementi essenziali dei due negozi giuridici a discapito di altri; da un lato, regina era la forma²¹³; dall'altro, la volontà.

Sebbene non credo possa negarsi del tutto che la profonda diversità degli atti abbia avuto un qualche riflesso sulla disciplina del rapporto, credo anche che il punto fondamentale sia un altro: la giurisprudenza romana si impegnò ad approntare dei meccanismi che tutelassero gli interessi delle parti. In altri termini, si impegnò a modellare la disciplina sul rapporto, anziché sull'atto.

Stavolta, infatti, mi trovo perfettamente d'accordo con l'Archi²¹⁴ quando afferma che, in realtà, la chiusura in un «dogmatismo statico», che tende a separare rigidamente le due strutture negoziali non trovi alcun appiglio nell'opera della

²¹¹ Per ampia rassegna delle posizioni dottrinali sulla differenza strutturale tra atti *inter vivos* e *mortis causa* condizionati – che, fra l'altro, giustificerebbe pure la differenza funzionali in tema di condizione illecita e impossibile –, si cfr. V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., 119 ss.

²¹² La riprova dell'affermazione sta nel fatto che le fonti indichino spesso, quale criterio ermeneutico del testamento proprio la ricostruzione della volontà del testatore. Sul punto si cfr. D. 35.1.92 (Ulp. 5 *fideic.*): *Si cui legatum fuerit relictum isque rogatus sit liberos suos emancipare, an cogi debeat manumittere? Et retineo me dixisse defici eos a petitione fideicommissi: neque enim praetor fideicommissarius eos ad libertatem tuetur ut servos. Papinianum quoque libro nono responsorum scribere referebam non esse cogendum emancipare filios suos. Arbitror tamen extra ordinem debere constitui eum qui adgnovit id, quod sibi relictum est hac contemplatione, ut liberos suos emanciparet, cogendum emancipare: neque enim debet circumveniri t e s t a m e n t u m v o l u n t a s : sic deinde hoc accipiendum, quemadmodum si sub condicione liberorum emancipandorum ei fuisset legatum vel ita relictum, ut eos emanciparet. Cui rei consequens est, quod divus Severus rescripsit. Nam cum quaedam mulier nepotes suos heredes instituisset et ipsum filium coheredem filiis suis dedisset eosque invicem substituisset rogassetque filium, ut filios emanciparet, non autem rogasset, ut hereditatem eis restitueret: ex auctoritate divi Severi emancipare eos compulsus est hisque restituere hereditatem. Et adiectum est, ut, si tardius id faceret, quasi ex mora usuras praestaturum: videri enim eum, qui moram faceret emancipationi, moram restitutioni fideicommissi eam facere.*

²¹³ La spiegazione in questi termini della caratteristica di *actus legitimus* della *mancipatio* si ritrova pure in W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* cit., 122.

²¹⁴ G. G. ARCHI, s.v. *Condizione*, cit., 751 ss.

giurisprudenza romana, la cui attività, invece, fu probabilmente orientata «a dare rilievo più che possibile agli interessi concreti dell'autonomia privata pur se si è manifestata sotto condizione». Forse aggiungerei: «e a maggior ragione se si è manifestata sotto condizione».

1.1. Il problema principale, che ha riguardato il *legatum per vindicationem* attributivo del *dominium ex iure Quiritium*, è il seguente: a chi appartiene la *res* legata in pendenza della *condicio*? E quali sono i poteri del titolare del diritto durante quella fase?

Le Istituzioni gaiane²¹⁵ sembrano testimoniare una divergenza di opinioni in seno alla stessa giurisprudenza classica, sicché da un lato i sabiniani («*nostris praeceptores*») avrebbero sostenuto che la proprietà della cosa legata fosse dell'erede, mentre dall'altro i proculiani («*diuersae scholae auctores*») avrebbero ritenuto, rafforzando peraltro la posizione del legatario, che la *res*, in attesa dell'avveramento della condizione, fosse *nullius*.

Il condizionale, tuttavia, è d'obbligo perché secondo le tesi del Mitteis²¹⁶ e del Voci²¹⁷ – che sono parse convincenti persino allo stesso Vassalli²¹⁸ – argomento centrale della discussione non sarebbe stato il funzionamento della clausola condizionale, ma quello – più generale – dell'appartenenza della cosa legata prima dell'acquisto da parte del legatario.

Sembrerebbe, invece, che a proposito del legato condizionale gli effetti non siano stati troppo diversi rispetto a quelli di altri negozi *inter vivos*²¹⁹, in relazione ai quali, in pendenza di condizione, il rapporto restava sospeso.

²¹⁵ Gai 2.200: *Illud quaeritur, quod sub condicione per uindicationem legatum est, pendente condicione cuius sit: nostri praeceptores heredis esse putant exemplo statuliberi, id est eius serui, qui testamento sub aliqua condicione liber esse iussus est, quem constat interea heredis seruum esse; sed diuersae scholae auctores putant nullius interim eam rem esse; quod multo magis dicunt de eo quod sine condicione pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum.*

²¹⁶ L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I (Leipzig, 1908), 173.

²¹⁷ P. VOCI, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano* (Milano, 1936), 98.

²¹⁸ F. VASSALLI, «*Dies vel condicio*», cit., 227 s. e 244 s. L'a., infatti, nonostante sia stato egli stesso un vivace sostenitore della tesi per cui la pendenza della condizione avrebbe cominciato ad assumere maggiore consistenza con la scuola proculiana, ammette che le tesi del Mitteis presentino «argomenti di verosimiglianza». Ed il Masi (*Studi sulla condizione nel diritto romano*, cit., 104) non manca di rilevare la circostanza. La tesi del Vassalli, in realtà, era orientata a dimostrare l'esistenza di una differenza di regime in diritto classico e postclassico, per cui, in progressione si sarebbero succedute innanzitutto la qualificazione in termini di *res nullius* della cosa legata, e poi l'idea giustiniana di un'appartenenza al legatario della cosa legata anche durante la fase di pendenza, fino ad arrivare al riconoscimento dell'efficacia retroattiva dell'avveramento.

²¹⁹ Chiaramente mi riferisco ad atti non volti al trasferimento di diritti reali e, di nuovo, chiaramente va escluso dal paragone il tema della trasmissibilità.

Ciò non significa, peraltro, che venisse trascurato il fatto che quel negozio esisteva, come è già stato sottolineato quando si è parlato degli effetti prodromici dell'esistenza del negozio²²⁰.

E non significa neppure che la scuola proculiana avesse fatto da ponte verso il riconoscimento di un diritto soggettivo del legatario ancora *pendente condicione*.

Significa, invece, che, ancorché l'effetto civilistico dell'apposizione di una clausola condizionale ad un *legatum per vindicationem* dovesse essere quello di bloccare il trasferimento di *dominium* a favore del legatario, l'attività della giurisprudenza classica fosse orientata a salvaguardare anche gli interessi (del tutto perculiani) di quest'ultimo, impedendo – di fatto – che gli atti di disposizione eventualmente compiuti dall'erede aventi ad oggetto la *res* legata sotto condizione potessero recare a questi un pregiudizio.

Ma allora, ciò non riguarda affatto né il funzionamento astratto della clausola condizionale (non riguarda, infatti certamente il problema della retroattività della condizione), né il 'tipo' di negozio condizionato (*rectius*: la sua causa obiettiva), ma, al contrario, riguarda la soluzione di un problema pratico²²¹, attinente in maniera molto intensa al rapporto giuridico che si andava instaurando: quali sono gli atti che l'erede, che è proprietario a titolo solo potenzialmente temporaneo, può compiere fintanto che è proprietario?

Si legga, a tal proposito:

D. 35.1.105 (Pomp. 5 *epist.*): *Si fundum a testatore sub condicione legatum heres alii pendente condicione legavit, post existentem condicionem, quae priori testamento praeposita fuerat, neque proprietas a priore legatario recedit nec locum religiosum in eo fundo heres facere nec servitatem imponere poterit: sed et imposita servitus finietur existente condicione.*

La fattispecie trattata è la seguente: un erede ha compiuto un atto di disposizione (un legato, in particolare) avente ad oggetto un fondo, che era stato a sua volta legato sotto condizione sospensiva ad un altro («*fundum a testatore sub condicione legatum heres alii pendente condicione legavit*»); a seguito dell'avveramento della condizione, che era stata apposta al legato con il primo testamento («*post existentem condicionem, quae priori testamento praeposita fuerat*»), il primo legatario non perde la

²²⁰ Cfr. *supra* 37 s.

²²¹ Sul punto si cfr. anche la critica del testo che di qui a breve sarà riportato fatta dal Grosso (*I legati*, cit., 455), il quale – nel sostenere la classicità della soluzione dell'appartenenza della *res legata* all'erede – ne sottolinea il carattere di soluzione «che risponde ad una chiara volontà empirica».

proprietà, la quale non si è da lui allontanata (*«neque proprietas a priore legatario recedit»*) per il fatto che l'erede avesse compiuto atti di disposizione del bene, né tantomeno l'erede avrà potuto fare di quel fondo un luogo religioso (*«nec locum religiosum in eo fundo heres faceret»*), né imporre una servitù (*«nec servitutem imponere poterit»*); e tuttavia, ove una servitù sia stata costituita, questa, verificatasi la condizione, sarà estinta (*«sed et imposita servitus finietur exsistente condicione»*).

Le interpretazioni possibili del brano sono moltissime, ma mi pare che – con riferimento all'argomento che ci interessa – esse si riducano essenzialmente a due: o si ritiene che le limitazioni al potere di disposizione dell'erede debbano essere riferite alla fase di pendenza, oppure che esse nascano a seguito dell'avveramento della condizione.

Il Vassalli²²², in particolare, sembra aver assunto una posizione più vicina alla prima impostazione che non alla seconda, allorché egli ha ritenuto che il passaggio *«neque – recedit»* testimoni un vero e proprio diritto del legatario in fase di pendenza e che, pertanto, il brano debba ritenersi frutto di un'interpolazione giustiniana che avrebbe avuto di mira l'affermazione della teoria della retroattività della *condicio*.

Ed in effetti, il diritto del legatario parrebbe non poter in altro modo essere conciliato con l'insegnamento proculiano per cui prima dell'avveramento la *res* è *nullius*²²³, se non tramite il ricorso ad un intervento compilatorio.

Alla lettura si è contrapposta quella del Masi²²⁴, il quale ha ritenuto che il periodo *«post exsistentem condicionem»* andasse collegato con *«neque proprietas a priore legatario recedit nec locum religiosum in eo fundo heres facere nec servitutem imponere poterit»*, sicché il significato del periodo sarebbe stato quello di precisare una circostanza che – in realtà – sarebbe stata in ogni caso piuttosto ovvia: «è evidente che, avveratasi la condizione, l'erede non potrà rendere *locus religiosus* una parte del fondo o costituirvi una servitù, così come è pacifico che, avveratasi la condizione, il primo legatario acquisterà la proprietà della cosa e non la perderà certo qualora risulti efficace il legato disposto dall'erede».

Con riferimento poi all'idea che fossero intervenuti i compilatori ad affermare che l'adempimento della condizione dovesse avere effetto retroattivo, il chiarimento dell'a. è invero piuttosto puntuale: la retroattività della revocazione

²²² F. VASSALLI, *«Dies vel condicio»*, cit., 229 s.

²²³ Sul punto, si veda pure quanto detto in nota 218, nonché la posizione critica del Masi (A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, cit., 102 e 122).

²²⁴ A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, cit., 123.

dell'atto dispositivo (o, per dirla con termini della dogmatica attuale, l'inopponibilità al legatario dell'atto dispositivo) non si sarebbe in ogni caso identificata con la retroattività dell'acquisto da parte del legatario, né tantomeno l'avrebbe comportata²²⁵.

Nessuno dei due insegnamenti mi sembra, però, completamente convincente.

In realtà, dal brano si evince piuttosto chiaramente che la proprietà della *res* legata, *pendente condicione*, spetti all'erede, il quale può compiere atti di disposizione che però non devono pregiudicare il legatario²²⁶.

E ciò non perché l'adempimento abbia effetto retroattivo²²⁷, ma semplicemente perché – ancora in pendenza – gli interessi del legatario non possono essere tralasciati²²⁸.

La critica testuale del Masi, che collega la frase relativa all'avveramento della condizione alle limitazioni dei poteri dell'erede, infatti, non mi sembra cogliere il senso generale del brano: innanzitutto, perché il principio che ne risulterebbe se così fosse (vale a dire che a seguito dell'acquisto da parte del legatario, l'erede non possa più compiere atti dispositivi) sarebbe veramente troppo ovvio²²⁹; in secondo luogo, perché il riferimento di Pomponio al momento dell'avveramento si giustifica perché, ovviamente, la condizione potrebbe anche non avverarsi mai²³⁰.

²²⁵ A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, cit., 126.

²²⁶ Gli atti compiuti dall'erede in pendenza di condizione, infatti, non sono – per usare una categoria dogmatica attuale – nulli (dato, quest'ultimo, che in effetti testimonierebbe che il diritto fosse riservato al legatario sin a partire dall'*aditio* degli eredi). Questi sono destinati a diventare inefficaci o – al contrario – a diventare efficaci solo una volta che la condizione si sia avverata.

²²⁷ E, sul punto, mi trovo concorde con il Masi (*loc. cit.*).

²²⁸ Così si esprime anche P. VOCI, *Teoria dell'acquisto del legato* cit., 102: «all'erede, in quanto domino, non si possono negare le facoltà dal dominio derivanti: solo si tratta di metterle d'accordo con il diritto del legatario».

²²⁹ Sull'ovvietà dell'affermazione si è espresso pure A. GUARNERI CITATI, *Legato condizionale e costituzione di servitù 'pendente condicione'*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, III (Milano, 1930), 442 e 457. L'a., tuttavia, ha ritenuto che il periodo che inizia con «*sed et imposita servitus*» giustifichi la contrapposizione: se si è verificata la condizione l'erede non può costituire servitù, mentre in pendenza la servitù eventualmente costituita si estingue. Credo, però, che a giustificare il periodo finale ricorra un'altra circostanza, per la quale si legga *infra* nel corpo del testo e alla nota seguente.

²³⁰ Solo una volta verificatasi la condizione, infatti, è ragionevole valutare quali siano gli atti dispositivi, compiuti dall'erede in fase di pendenza, destinati a continuare a produrre effetti ovvero destinati ad iniziare a produrne: così, solo una volta che si fosse avverata la condizione si sarebbe posto il problema di stabilire se la proprietà potesse spettare del legatario, se il luogo avrebbe potuto essere reso *religiosus*, oppure se la costituzione di servitù sia efficace. Se la condizione non si fosse avverata, invece, le questioni sulla validità degli atti compiuti dall'erede in fase di pendenza avrebbero avuto soluzioni diversissime. La proposizione «*post existentem condicionem*», allora, regge sì i periodi successivi, ma solo con riferimento agli effetti di atti già compiuti dall'erede. Il «*sed et*

Ed in quest'ultimo caso, l'atto dispositivo compiuto dall'erede avrebbe acquisito effetti definitivi.

In altre parole, il giurista sembra aver voluto dire: a) che, la proprietà della cosa legata sotto condizione spetti all'erede, il quale – pendente questa – avrebbe potuto persino compiere atti dispositivi; b) che solo nel caso in cui la condizione si fosse avverata, quegli atti dispositivi sarebbero divenuti inopponibili al primo legatario; sicché non perché l'erede ha compiuto un atto dispositivo la proprietà avrebbe potuto essere allontanata dal legatario; c) che, al contrario, nel caso in cui la condizione apposta al primo legato non si fosse verificata, allora il secondo legato sarebbe divenuto efficace; d) che l'erede in ogni caso non avrebbe potuto compiere atti di disposizione definitiva del diritto, come ad esempio rendere *religiosus* il fondo o una porzione di esso²³¹; e) che eventuali costituzioni di servitù apposte dall'erede si estinguono, ma solo se si verifica la *condicio*²³².

Non potrebbe essere spiegata allora con la teoria della retroattività la diversa efficacia (o inefficacia) degli atti compiuti dall'erede *pendente condicione*. Ma allora, più che una riflessione sulla retroattività della condizione, il brano mi pare contenere una riflessione sull'assetto di interessi che è stato cristallizzato nel legato condizionato: poiché è necessario salvaguardare l'aspettativa del legatario a che al

imposita servitus», in quest'ottica, assume un valore diverso: non serve a contrapporre gli atti compiuti dall'erede a seguito dell'avveramento a quelli compiuti dall'erede *pendente condicione*; serve, al contrario, a sottolineare la differenza di regime tra atti ugualmente compiuti in fase di pendenza. Se sia l'aver reso *religiosus* un fondo che l'aver costituito una servitù sul fondo sono parimenti inefficaci avveratasi la condizione, la costituzione di servitù in pendenza sarà stata valida ed efficace. Il senso grammaticale del testo, tuttavia, è evidentemente in contrasto con quello logico, il che potrebbe confermare i dubbi di interpolazione sollevati a più riprese. In particolare, molto convincente mi sembra l'opinione di P. VOICI, *Teoria dell'acquisto del legato* cit., 104, che ritiene che la chiosa sia genuina, mentre l'interpolazione vada limitata al «*nec locum religiosum in eo fundo heres facere nec servitutem imponere poterit*».

²³¹ Si veda anche D. 11.7.34 (Paul. 64 ad ed.): *Si locus sub condicione legatus sit, interim heres inferendo mortuum non facit locum religiosum*. Il testo, inoltre, testimonia che la sepoltura non rende *ab initio* il luogo *locus religiosus*. Ci si deve interrogare, tuttavia, su cosa sarebbe accaduto nel caso in cui la condizione fosse mancata: sarebbe divenuta allora efficace *l'illatio mortui*? Per qualche osservazione sul punto, si cfr. *infra* in nota 234 e bibliografia ivi citata.

²³² Sul punto, si cfr. pure D. 8.6.11.1 (Marcell. 4 dig.): *Heres, cum legatus esset fundus sub condicione, imposuit ei servitutes: extinguuntur, si legati condicio existat. Videamus, an adquisitae sequantur legatarium: et magis dicendum est, ut sequantur*. Il brano è particolarmente significativo nella sua ultima parte: perché se la servitù avvantaggia il fondo (vale a dire, se è servitù attiva, secondo A. GUARNERI CITATI, *Legato condizionale*, cit., 442 e 459), allora essa appartiene al legatario ed anzi, il principio va affermato a maggior ragione proprio affinché avvantaggi quest'ultimo. In realtà, il Guarneri Citati ha ritenuto che l'effetto estintivo fosse da ricollegare alla dogmatica giustiniana della retroattività della condizione. Già G. GROSSO, *I legati*, cit., 455, tuttavia, notava che la soluzione in realtà «risponde ad una chiara volontà empirica» e pertanto può ritenersi «già affermata nel diritto romano classico».

verificarsi dell'evento dedotto in condizione si produca l'acquisto del diritto a suo favore, gli atti compiuti dall'erede che comportano una disposizione definitiva del diritto dovranno essere considerati inefficaci²³³, mentre altri, pur essendo validamente ed efficacemente costituiti, dovranno essere caducati con diversa intensità di effetti²³⁴.

Ancora una riflessione simile mi pare essere contenuta in molti testi, dei quali mi limito a citarne alcuni che spero confermino le osservazioni sin qui svolte:

- a) D. 30.69.1 (Gai. 2 *de leg. ad ed. praet.*): *Si servum sub condicione legatum heres alienaverit, deinde condicio exstiterit, potest nibilo minus a legatario vindicari nec extinguitur legatum.*

Se l'erede avrà alienato un servo che era stato legato sotto condizione, nel momento in cui la condizione si sarà verificata, il legatario potrà nondimeno rivendicare il servo e il legato non si estingue.

Se è vero che è difficile immaginare una proprietà temporanea (simile a quella che si sarebbe creata se il diritto dell'erede fosse stato sottoposto a condizione risolutiva), è anche vero che è molto più difficile immaginare che la giurisprudenza romana potesse, in virtù di un'opzione dogmatica, trascurare del tutto l'aspettativa – prima dell'avveramento – ed il diritto – a seguito di questo – del legatario²³⁵.

- b) D. 6.1.66 (Paul. 2 *quaest.*): *Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si condicio legati vel libertatis exstiterit.*

L'appartenenza all'erede della *res* legata in pendenza di *condicio*, invece, è testimoniata anche dal passo sopra riportato, nel quale è chiaramente affermato il principio per cui, nonostante l'aspettativa del legatario (o del manomesso per testamento) al verificarsi della condizione («*quod abire a*

²³³ Come accade, ad esempio, sia rispetto alla destinazione a *locus religiosus* più volte richiamata, sia all'ipotesi relativa alla manomissione del *servus* contenuta in D. 33.5.14; D. 40.1.11; ed infine in D. 40.9.29.1.

²³⁴ In questo senso mi sembra utile riportare anche l'opinione di P. VOCI, *Teoria dell'acquisto del legato* cit., 105, il quale ha ritenuto che «la *manumissio* e la *illatio mortui*, una volta compiute dall'erede, son dai classici concepite come sottoposte a condizione sospensiva del non avverarsi dell'evento previsto dal testatore, sì che lo schiavo resta tale e il fondo non diventa religioso», mentre «i legati e le costituzioni di servitù e d'usufrutto hanno effetto immediato all'atto che li crea, salvo a cadere nel nulla all'avverarsi della condizione».

²³⁵ Sul punto, anche in risposta alle difficoltà sollevate dal Guarneri Citati (*Legato condizionale e costituzione di servitù* cit., 445 s.) relative alla tipicità dei modi di estinzione delle servitù, si cfr. P. VOCI, *Teoria dell'acquisto del legato* cit., 106 ss.

*nobis dominium speratur, si condicio legati vel libertatis extiterit»), l'erede in pendenza di condizione può «recte» esperire la *vindicatio*; e ciò perché – appunto – quella del legatario (o del manomesso), finché non si verifichi la condizione, è solo un'aspettativa.*

- c) D. 7.4.16 (Ulp. 5 disp.): *Si sub condicione mihi legatus sit usus fructus medioque tempore sit penes heredem, potest heres usum fructum alii legare: quae res facit, ut, si condicio extiterit mei legati, usus fructus ab herede relictus finiatur. Quod si ego usum fructum amisero, non revertetur ad legatarium, cui ab herede pure legatus fuerat, quia ex diversis testamentis ius coniunctionis non contingit.*

Anche per quanto riguarda il *legatum per vindicationem* avente ad oggetto l'usufrutto, risulta chiaro che, in pendenza di condizione, il *ius in re aliena* spetti all'erede, il quale a sua volta potrà legarlo a terzi. Tuttavia – ed è questo il punto che più ci interessa –, il legato si intenderà fatto sotto condizione che non si verifichi l'evento dedotto in condizione nel primo legato («*quae res facit, ut, si condicio extiterit mei legati, usus fructus ab herede relictus finiatur*»), sicché persino se il primo legatario decidesse – verificatosi l'evento – di rinunciare all'usufrutto, la rinuncia non avrebbe avvantaggiato certamente il legatario dell'erede (il cui lascito si è ormai risolto per effetto dell'avveramento della *condicio*), ma, al più, il nudo proprietario.

Stavolta, però, attesa l'attitudine intrinsecamente temporanea dell'usufrutto, risulta molto più facilmente immaginabile che l'erede potesse legare un usufrutto destinato ad estinguersi per tutelare le aspettative del primo legatario.

- d) D. 20.1.13.1 (Marcian. *l.s. ad form. hypoth.*): *Statuliber quoque dari hypothecae poterit, licet condicione exsistente evanescat pignus.*

Anche l'ipoteca concessa sullo *statuliber*, verificatasi la condizione, comporterà la liberazione dalla garanzia. Ciò – di nuovo – chiaramente per tutelare da un lato l'interesse del *dominus*, dall'altro quello del manomesso sotto condizione.

- e) D. 40.9.3 (Gai. 2 de leg. ad ed. urb.): *Si optio hominis data sit vel indistincte homo legatus sit, non potest heres quosdam servos vel omnes manumittendo aut evertere aut minuere ius electionis: nam optione sive electione servi data quodammodo singuli sub condicione legati videntur.*

Gaio paragona il *legatum optionis* al legato sottoposto a condizione sospensiva quanto a titolarità del diritto e destino degli atti dispositivi compiuti dall'erede nel momento anteriore all'esercizio, da parte del legatario, dell'*optio* ovvero del *ius electionis*²³⁶. Ed usa, nell'effettuare questo accostamento, una terminologia interessante: il problema dell'efficacia degli atti dispositivi (che pure sono lecitamente compiuti dall'erede) si pone solo con riferimento ai casi in cui tale potere di disposizione possa svuotare di contenuto l'opzione o diminuire la consistenza del diritto di scelta.

Il diritto dell'erede, dunque, deve essere posto in equilibrio con l'aspettativa del legatario, proprio secondo gli stessi criteri previsti per il legato condizionale.

2.2. Dall'analisi appena svolta, mi sembra che si possa trarre qualche conclusione anche con riferimento all'inapponibilità di termini e condizioni ai cd. *actus legitimi* mediante i quali veniva trasferito il *dominium* o altro diritto reale.

È chiaro, in primo luogo, che, poiché il diritto reale da trasferire avrebbe potuto esserlo mediante *legatum*, le differenze di regime in tema di apposizione di clausole condizionali²³⁷ non sia potuta dipendere dal tipo di diritto reale da trasferire. E dunque, nemmeno dalla tipicità dei modi di costituzione dei diritti reali, e neppure dalla loro tendenziale perpetuità.

Si legga:

D. 30.81 pr. (Iul. 32 dig.): *Si fundum sub condicione legatum heres pendente condicione sub alia condicione alii legasset et post existentem condicionem, quae priore testamento praeposita fuisset, tunc ea condicio, sub qua heres legaverat, exstitisset, dominium a priore legatario non discedit.*

²³⁶ Tuttavia, fra l'altro, il riferimento al *ius electionis* deve ritenersi frutto di interpolazione. Si cfr. P. VOCI, *Teoria dell'acquisto del legato* cit., 101 e in nota 94.

²³⁷ Differenze che riguardano soprattutto il regime delle condizioni sospensive, ammesse nelle disposizioni di ultima volontà costitutive di diritti reali e non ammesse (*iure civili*) negli atti di trasferimento cd. *legitimi*. Per le condizioni risolutive, al contrario, attesa la loro stretta attinenza al rapporto giuridico costituito, esse non furono ammesse dal diritto civile né se apposte a *legata*, né a *mancipationes*, e ciò proprio in virtù della perpetuità del diritto nato mediante regolare negozio. E tuttavia per il diritto onorario la perpetuità non rappresentò un ostacolo né per la concessione di una *exceptio pacti* o *doli* al proprietario del fondo servente quando la servitù sia stata costituita *ad tempus* (sia per causa di morte che per atto tra vivi), né tantomeno per la concessione dell'azione negatoria al legatario il cui fondo sia stato gravato da servitù per atto dispositivo dell'erede.

Se un fondo sia stato legato sotto condizione sospensiva («*si fundum sub condicione legatum*»), e l'erede – pendente la condizione – avesse legato ad altri sotto altra condizione («*heres pendente condicione sub alia condicione alii legasset*»), e, dopo l'avveramento della condizione che era stata apposta nel primo testamento («*et post existentem condicionem, quae priore testamento praeposita fuisset*»), si avverasse anche la condizione sotto la quale l'erede aveva legato («*tunc ea condicio, sub qua heres legaverat, exstitisset*»), il dominio non si sarebbe separato dal primo legatario («*dominium a priore legatario non discedit*»).

Il brano, come si è avuto modo di notare (*supra*), non riguarda affatto la differenza tra una *mancipatio* ed un legato e, tuttavia, consente una supposizione circa il fatto che la tendenziale perpetuità del diritto reale non sia mai stata un problema di cui i giuristi classici si siano occupati: se, in caso di preventivo avveramento della condizione apposta nel primo testamento, il verificarsi della condizione apposta nel secondo non avesse avuto alcun effetto, si deve dedurre *a contrario* che il preventivo avveramento della seconda condizione avrebbe comportato il passaggio della proprietà in capo al legatario dell'erede.

E che cosa sarebbe successo, poi, se si fosse avverata anche la prima condizione? Avrebbe potuto, in questo caso, essere tralasciato il diritto del legatario?

In realtà, la fattispecie non è diversa rispetto ad altre in cui l'erede abbia compiuto un qualsiasi atto di alienazione e pertanto richiede una soluzione simile: vale a dire l'inefficacia nei confronti del primo legatario.

Anche la proprietà, diritto reale per eccellenza, è dunque trattato come diritto revocabile.

Figurarsi le servitù. O, addirittura, l'usufrutto, diritto per definizione temporaneo.

Il punto nodale, allora, a proposito delle differenze tra atti traslativi *inter vivos* e *mortis causa*, non ruota attorno al contenuto del diritto da trasferire²³⁸, ma deve riguardare in parte il rapporto giuridico sottostante al trasferimento ed in parte il negozio di trasferimento. E forse, meglio, deve riguardare la relazione tra quel rapporto ed il negozio.

²³⁸ Ciò vale, si ripete, per le sole condizioni sospensive. Per il diritto civile, infatti, l'astrattezza e la formalità del negozio di trasferimento giustificano l'inapplicabilità di condizioni sospensive e termini iniziali, mentre sembra essere proprio la perpetuità del diritto costituito ad impedire la costituzione *ad condicionem* ovvero *ad tempus*.

È noto che i negozi traslativi di diritti reali siano stati prevalentemente astratti e formali: il che significa che il compimento di un determinato rituale serviva ad assicurare che il trasferimento avvenisse, a prescindere addirittura dell'esistenza dalla relazione causale che giustificava il trasferimento²³⁹.

Ma allora, il fatto che non potessero essere apposte condizioni a negozi di questo tipo, dovrebbe testimoniare che se la *condicio* appare nel negozio, ciò accade solo perché il negozio lascia, col procedere del tempo, più spazio all'emersione del rapporto giuridico sottostante. E, nel caso in cui tale circostanza non si realizzi (e cioè nel caso in cui il negozio sia astrattissimo e formalissimo), allora solo un eventuale *pactum* aggiunto avrebbe potuto limitare gli effetti del negozio di trasferimento, come accadde – ad esempio – con le *mancipationes fiduciariae*, in cui il *pactum fidei* (e prima ancora, probabilmente, la *lex fidei*), in effetti, poneva un limite al diritto dell'avente causa sorto mediante formale *mancipatio*.

Si potrebbe obiettare facilmente che pure la *stipulatio* è un negozio astratto e formale a cui, però, può accedere una condizione (ancorché solo sospensiva) *iure civili*. Ebbene, qui entra in gioco il rapporto che si andava costituendo. Se è vero, infatti, che i romani non ebbero ben chiara la differenza concettuale che passa tra la nascita dell'*obligatio* e la sua esigibilità, è anche vero che essi certamente intuirono il carattere estremamente più dinamico del rapporto obbligatorio, rispetto a quello assoluto. Pertanto, non deve essere stato difficile immaginare che la condizione facesse parte del contenuto di un impegno sorto alla pronuncia dei *solemnia verba*.

Ecco perché, le osservazioni del Beseler²⁴⁰, che sono parse eccessivamente sottili per giustificare la trasmissibilità dei rapporti *pendente condicione*, a proposito delle differenze relative all'apponibilità della *condicio* ai vari negozi *inter vivos* appaiono al contrario convincenti; perché la clausola condizionale non tocca la struttura formale del negozio né la sua natura di negozio astratto, ma riguarda unicamente il contenuto dell'obbligazione²⁴¹. Chiedere «*spondes mihi dari centum si navis ex Asia venerit?*» oppure chiedere «*spondes mihi dari centum?*», sotto questo punto di vista, è esattamente lo stesso.

²³⁹ B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., 268.

²⁴⁰ Riportate *supra* in nota 86.

²⁴¹ A riprova dell'astrattezza del negozio stipulatorio, si consideri anche l'impossibilità, già menzionata *supra* a pagina 21 ss., di apporre ad esso una condizione risolutiva. La pronuncia di quei *solemnia verba*, dunque, faceva nascere l'obbligazione, ma non era idonea a regolare il rapporto causale sottostante alla *stipulatio*.

Il raffronto tra atti di trasferimento di diritti reali *inter vivos* e *mortis causa* consente, dunque, di raggiungere qualche punto fermo. Il primo e principale di questi è che certamente i romani non fecero troppo caso alle categorie dogmatiche, nell'operazione volta a definire una disciplina dei lasciti testamentari condizionati.

Essi, al contrario, si preoccuparono di far emergere – ove poterono – gli interessi sottesi alla conclusione di un negozio o per mezzo della tutela onoraria, oppure predisponendo strumenti civilistici quale la revocazione degli effetti del negozio compiuto in spregio alle ragioni del legatario, ovvero nella temporanea inefficacia di negozi che comportassero lo svuotamento definitivo del contenuto del diritto del legatario.

Ed anche nella predisposizione degli strumenti di tutela dimostrarono grande sensibilità.

2. *Manumissio testamento sub condicione.*

Anche a proposito della figura dello *statuliber* e della sua disciplina giuridica, sembra che l'ordinamento giuridico romano abbia tenuto strettamente in considerazione la causa concreta del negozio testamentario di manomissione, attraverso cui il *servus* attendeva la libertà.

E se quella *spes* a che la condizione si verificasse giustificava tutti gli aspetti relativi alla necessità di un comportamento secondo buona fede dell'erede²⁴², dall'altro lato non poteva essere tralasciata la circostanza che, fintanto che la condizione non si fosse avverata, lo *statuliber* sarebbe rimasto pur sempre un *servus heredis*²⁴³.

Ma, ancora, è rilevante un'altra circostanza, che dimostra come una separazione tra regolamentazione giuridica dei negozi *inter vivos* e dei negozi *mortis causa* condizionati non possa essere intesa rigidamente: la *manumissio testamento* condizionata, difatti, presentava delle peculiarità rispetto alle quali i principi che si sarebbero dovuti applicare in tema di disposizioni *mortis causa* non avevano alcuna rilevanza concreta.

Partiamo proprio da queste differenze di disciplina.

2.1. Com'è noto, a proposito delle condizioni impossibili apposte a negozi *mortis causa* è storicamente prevalsa l'impostazione sabiniana per cui una condizione di questo tipo *vitiatur sed non vitiat*. Ebbene, alcuni testi sembrerebbero escludere l'applicabilità di questo principio per il caso delle manumissioni testamentarie sottoposte a condizione sospensiva.

Si legga:

D. 40.7.4.1 (Paul. 5 *ad Sab.*): *Non est statuliber, cui libertas in tam longum tempus collata est, ut eo tempore is qui manumissus est vivere non possit: aut si tam difficilem, immo paene impossibilem condicionem adiecerit, ut aliunde ea libertas optingere non possit, veluti si heredi milies dedisset aut cum moreretur, liberum esse iussisset: sic enim libertas inutiliter datur, et ita Iulianus scribit, quia nec animus dandae libertatis est.*

²⁴² Mi riferisco in particolare alle norme dettate in tema di adempimento fittizio, sulle quali S. DI SALVO, *Adempimento fittizio*, cit., 2 ss.

²⁴³ Sulla condizione giuridica dello *statuliber*, e sul fatto che questi – in attesa dell'adempimento della condizione – continuasse ad essere *servus* si cfr. G. DONATUTI, *Lo statulibero* (Milano, 1940), 105 s., ove citato, fra gli altri, D. 49.15.12.10.

Non è uno statulibero colui al quale la libertà è attribuita per un tempo così lontano, sì da non poter mai raggiungerlo («*non est statuliber, cui libertas in tam longum tempus collata est, ut eo tempore is qui manumissus est vivere non possit*»): se sarà aggiunta una condizione così difficile, [essa sarà] anzi quasi impossibile, nel caso in cui, neppure per altra ragione, il *servus* avrebbe potuto ottenere la libertà («*aut si tam difficilem, immo paene impossibilem condicionem adiecerit, ut aliunde ea libertas optingere non possit*»), come sarebbe accaduto, per esempio, se il *de cuius* avesse ordinato che quegli fosse libero dando all’erede mille quando [il *de cuius* stesso] fosse morto («*veluti si heredi milies dedisset aut cum moreretur, liberum esse iussisset*»); mancando anche questa possibilità, quella libertà è concessa inutilmente, e così scrisse Giuliano, perché è assente del tutto la volontà («*animus*») di concederla («*sic enim libertas inutiliter datur, et ita Iulianus scribit, quia nec animus dandae libertatis est*»).

La condizione cui fa riferimento Paolo, ed alla quale aveva già fatto riferimento Salvio Giuliano, è chiaramente una condizione impossibile, perché la realizzazione dell’evento non si sarebbe potuta avere prima della morte del servo che dall’avveramento di quella condizione avrebbe dovuto trarre vantaggio. Ebbene ci si sarebbe aspettati che – trattandosi manomissione concessa *mortis causa* – la condizione impossibile, anziché viziare l’intera disposizione, fosse considerata come non scritta, sicché la *manumissio* avrebbe prodotto i suoi effetti come se fosse stata incondizionata.

Si legga, ancora:

D. 40.4.17 pr. (Iul. 42 dig.): *Libertas, quae in ultimum vitae tempus confertur, veluti “Stichus cum morietur, liber esto”, nullius momenti existimanda est. Haec autem scriptura “Stichus si Capitolium non ascenderit, liber esto” ita accipienda est “si cum primum potuerit, Capitolium non ascenderit”: isto enim modo perveniet Stichus ad libertatem, si facultate data ascendendi Capitolium abstinuerit.*

Stavolta, a parlare è lo stesso Salvio Giuliano. Il principio che esprime nella prima parte del brano è esattamente quello che esprime Paolo nel passo tratto dai libri *ad Sabinum*, ed è esattamente quello così insanabilmente in contrasto con l’altro con tanto vigore affermato dalla sua scuola: la libertà, che sia stata attribuita al *servus* per l’ultimo tempo della sua vita («*libertas, quae in ultimum vitae tempus confertur*»), come, ad esempio, se la disposizione è del tipo “quando Stico sarà morto, egli sia libero” («*veluti “Stichus cum morietur, liber esto”*»), deve essere considerata «*nullius momenti*».

Il frammento poi continua: la condizione sospensiva potestativa senza limiti di tempo «*Stichus si Capitolium non ascenderit*», anziché consentire l'accesso alla *cautio Muciana*²⁴⁴, ed anziché essere considerata alla stregua di una condizione impossibile in quanto si sarebbe potuta effettivamente realizzare solo al momento della morte del servo Stico, va – secondo l'allievo di Giavoleno – interpretata nel senso che mancata la prima occasione, essa debba intendersi adempiuta («*ita accipienda est "si cum primum potuerit, Capitolium non ascenderit": isto enim modo perveniet Stichus ad libertatem, si facultate data ascendendi Capitolium abstinerit*»)²⁴⁵.

Una spiegazione delle curiosità della disciplina potrebbe essere ravvisata nel fatto che alle manomissioni testamentarie si era già posto un limite con la *lex Fufia Canina* e che gli ostacoli di ordine pubblico da essa frapposti avrebbero potuto giustificare la disapplicazione della regola sabiniana. Tuttavia, in questo modo, resterebbe inspiegata l'interpretazione che Giuliano fa al fine di salvare gli effetti di una condizione in altre occasioni giudicata impossibile, così come inspiegata resterebbe la regola volta a salvaguardare l'adempimento della *condicio* rispetto ad eventuali interventi dolosi dell'erede.

Ma allora che cosa giustifica la nullità della condizione sospensiva impossibile?

Probabilmente il fatto che regole di frequenza abbiano considerato l'interesse espresso dal testatore mediante l'apposizione della *condicio*, come un interesse spiccatamente inscindibile rispetto al contenuto del negozio.

La ricca monografia del Donatuti²⁴⁶ elenca quali siano le *condiciones* più frequentemente *adiectae* ad una manomissione testamentaria: la prima, e più rilevante, deduce come evento la consegna – da parte del *servus* – di una somma di denaro all'erede ovvero al legatario o ancora ad un terzo²⁴⁷. Ciò evidentemente a fini perequativi rispetto alla diminuzione patrimoniale subita dall'erede o dal legatario o ancora a fini estintivi di rapporti pregressi tra *de cuius* e terzi creditori²⁴⁸.

²⁴⁴ E ciò evidentemente perché «*libertas ad tempus dari non potest*» (D. 40.4.33). Sull'apponibilità alla *manumissio* di termini finali o condizioni sospensive si cfr. anche D. 40.4.34 (Paul. 74 *ad ed.*): *Ideoque si ita scriptum sit "Stichus usque ad annos decem liber esto", temporis adiectio supervacua est.*

²⁴⁵ Per una più approfondita disamina della questione relativa all'argomento della *cautio Muciana* si rinvia al sottoparagrafo seguente, *infra* a pagina 107 s.

²⁴⁶ G. DONATUTI, *Lo statulibero*, cit., 18 ss.

²⁴⁷ I brani in cui questo genere di *condicio* compare sono veramente molti, pertanto, per una puntuale indicazione dei quali, mi permetto fare rinvio a G. DONATUTI, *Lo statulibero*, cit., 18 in nota 1.

²⁴⁸ Il fine, mi sembra manifesto anche in condizioni dal contenuto più o meno simile, come ad esempio quella presentata in D. 40.4.17.1 (Iul. 42 *dig.*): *Hac scriptura testamenti "Pamphilus liber esto, ita*

Uno dei casi più interessanti è contenuto in un passo di Giavoleno²⁴⁹:

D. 40.7.39.1 (Iav. 4 *ex post. Lab.*): “*Stichus liber esto, quando aes alienum meum solutum creditoribusve meis satisfactum erit*”. *Quamvis heres locuples extitisset, tamen non prius Stichum liberum futurum, quam creditores pecuniam aut satis accepissent aliove quo modo sibi cavissent, Labeo Ofilius responderunt.*

La condizione cui è sottoposta la *manumissio* è che sia stato pagato tutto il denaro di cui il testatore è debitore («*quando aes alienum meum solutum*») oppure che Stico stesso provveda a pagare i di lui creditori («*creditoribusve meis satisfactum erit*). Già la questione che viene sottoposta a Labeone e Ofilio sembra far emergere che il profilo rilevante è quello relativo all’assetto di interessi fissato dal *de cuius*: che cosa accade se l’erede è molto ricco («*quamvis heres locuples extitisset*») e se dunque la perdita dello schiavo non è in grado di incidere in misura rilevante sul suo patrimonio? Labeone e Ofilio rispondono che la ricchezza dell’erede non asseconda di per sé gli interessi del testatore, che sono – al contrario – tutti orientati nel senso che sull’erede non gravino debiti ovvero che, nel caso in cui egli debba sopportarli, quantomeno non perda lo schiavo («*quam creditores pecuniam aut satis accepissent aliove quo modo sibi cavissent*»).

Ancora piuttosto frequente è la *condicio* a mente della quale il *servus*, al fine di ottenere la libertà, avrebbe dovuto *operas dare*, ancora, o all’erede istituito o al legatario o ad un terzo²⁵⁰.

L’ammissibilità di una condizione di questo tipo che avvantaggi il terzo, tuttavia, è controversa per la stessa giurisprudenza romana, come dimostra il seguente frammento di Pomponio:

D. 35.1.57 (Pomp. 9 *ad Q. Muc.*): *Quaesitum est, an, si iussus fuerit servus quinque operas extraneo dare, ut liber sit, condicio talis sit*

ut filiis meis rationem reddat” an sub condicione libertas data videretur, quaesitum est. Respondi pure quidem datam libertatem et illam adiectionem “ita ut rationes reddat” condicionem libertati non inicere: tamen quia manifesta voluntas testantis exprimeretur, cogendum eum ad rationes reddendas. Il frammento, tuttavia, conclude nel senso che le parole adoperate dal testatore, non contengano affatto una condizione, ma al più un onere. Il fatto, però, che non sia posto in dubbio il contenuto della *condicio* (come in altre occasioni, invece, si fa), ma solo la sua forma, deve indurre a ritenere che la stessa quand’anche apposta sarebbe stata considerata valida.

²⁴⁹ P. N. ROBLES BACCA, *Contenido y alcance del concepto de cumplimiento de las obligaciones* (‘*solutio*’), in *Revista de Derecho Privado* 31 (2016), 73 s.; U. BRASIELLO, ‘*Satisfactio*’ (preliminari e diritto classico), in *Studi Senesi* 52 (1938), 13 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³ (Palermo, 2006), 454.

²⁵⁰ In questo senso, sono ad esempio D. 40.7.14.1; D. 40.7.39.3; D. 40.7.41; D. 40.7.4.4 e molti altri ancora una volta già indicati dal Donatuti (*op. ult. cit.*, 19 in nota 2) sia per la condizione avente ad oggetto l’*operas dare* che l’*operas servire*.

recipienda, ut, quemadmodum circa pecuniae dationem dicitur, ita et circa praestationem operarum dicamus. Sed hoc iure utimur, ut, quemadmodum dictum est, si pecuniam ex peculio suo det extraneo, admitti eum ad libertatem, ita et, si operam praestiterit, necesse sit eum admitti ad libertatem. Itaque et in proposito sapienter faciet heres, si impedierit eum, quo minus praestet operas: hac enim ratione servus perveniet quidem ad libertatem, sed operis eius extraneus non utetur.

Ora, il profilo che mi sembra più rilevante è questo: perché mai la condizione di prestare opere ad un terzo dovrebbe essere considerata invalida? E ancora, l'eventuale invalidità della condizione avrebbe dovuto – anche in questo caso – condurre all'invalidità dell'intera disposizione?

Ebbene, proprio la questione che viene sottoposta a Pomponio, ancor prima rispetto alla sua risposta, testimonia che per l'ordinamento romano la condizione apposta alle *manumissiones testamentariae* debba soddisfare un interesse inscindibile rispetto alla disposizione stessa. Il che giustifica la disciplina che mira, da un lato, a salvaguardare il *servus* che attende la libertà (anche, fra l'altro, attraverso le norme dettate a proposito di adempimento fittizio); dall'altro, il patrimonio ereditario, che non può essere depauperato ingiustificatamente di una sua parte consistente.

Ma allora, se così fosse, la conclusione nel senso dell'invalidità della *condicio*, avrebbe dovuto necessariamente inficiare l'intera disposizione.

Tuttavia, la soluzione è affermativa: anche questo tipo di condizioni deve essere ammesso, nello stesso modo con cui è ammessa la condizione che subordina la concessione della *libertas* al *pecuniam dare* ad un terzo («*quemadmodum dictum est, si pecuniam ex peculio suo det extraneo, admitti eum ad libertatem, ita et, si operam praestiterit, necesse sit eum admitti ad libertatem*»). Il «*quemadmodum*» che introduce il periodo, però, mi sembra essere funzionale a qualcosa di più che mettere *sic et simpliciter* a paragone le due fattispecie: anche l'*operas dare* ad un terzo, infatti, può rappresentare un interesse delle ragioni ereditarie allo stesso modo e con gli stessi limiti con cui lo rappresenti il *pecuniam dare* ad un terzo.

Persino, infine, una condizione mista come “*si Titia nupsisset*”, doveva essere stata ammessa, ma non senza bisogno di qualche chiarimento:

D. 40.7.42 (Labeo 3 *pithan.*): *Si quis eundem hominem uxori suae legaverit et, cum ea nupsisset, liberum esse iusserit et ea ex lege nupsarit, liber fiet is homo.*

Se qualcuno avrà legato alla propria moglie un servo («*si quis eundem hominem uxori suae legaverit*») e avrà disposto che, quando quella si sarà risposata, il servo

acquisti la libertà («*et, cum ea nupsisset, liberum esse iusserit*») e la vedova, così come previsto nella condizione, si sia risposata («*et ea ex lege nupserit, liber fiet is homo*»), quell'avveramento renderà il servo libero.

La fattispecie, anche in questo caso, mi sembra sia stata oggetto di una qualche discussione in ordine alla sua ammissibilità, perché, altrimenti, non avrebbe avuto senso alcuno quello di sottolineare che avveratasi la condizione, si sarebbero prodotti gli effetti del negozio. Come in D. 35.1.57, infatti, il caso doveva essersi posto in maniera problematica: che cosa accade se alla manomissione venga apposto questo tipo di condizione? Ciò, a sua volta, fa presumere che le manomissioni testamentarie potessero essere subordinate solo ad alcuni tipi di condizione²⁵¹.

In ogni caso, anche stavolta, il verificarsi di quanto dedotto dal testatore in condizione sospensiva produce il caratteristico effetto di differire l'efficacia del negozio sino all'avveramento, perché, evidentemente, la stessa giurisprudenza classica ha riconosciuto la presenza di uno schema di interessi simile rispetto a quello delle altre condizioni ammesse, e cioè che lo schiavo sia libero solo ove la liberazione non danneggi il patrimonio ereditario o se l'aggravamento delle passività non presenti conseguenze per gli eredi.

In altre parole, mi pare che la peculiare disciplina prevista per le manomissioni condizionate anziché indebolire la conclusione già esposta qualche pagina fa²⁵² in ordine alla presunzione di scindibilità della condizione apposta alle disposizioni *mortis causa*, al contrario la rafforzi, perché ogni qual volta l'interesse che ha di mira il testatore torni ad essere – per dirla con termini di diritto attuale – il motivo unico e determinante della disposizione, allora rivive la regola generale per cui la *condicio impossibilis vitiatur et vitiat*.

2.2. Rispetto al problema della impossibilità di prestare la *cautio Muciana*, è proprio una qualità del diritto destinato ad essere acquistato sotto condizione ad essere determinante: la *libertas* non può essere revocata quando si verifichi l'evento già dedotto in condizione negativa, sostanzialmente perché il diritto è – diremmo oggi – indisponibile.

²⁵¹ Che, in via di prima approssimazione, potrebbero essere ricondotti essenzialmente al modello del pagamento di una somma all'erede, e ciò soprattutto per la frequenza con cui ricorre nelle fonti questo tipo di condizione.

²⁵² A pagina 77 ss.

E quell'indisponibilità giustifica anche il fatto che la *libertas* non potesse essere concessa sotto condizione risolutiva o termine finale.

Tuttavia, la stabilità del diritto acquistato per effetto dell'avveramento della *condicio*, non poteva impedire l'applicazione di sanzioni derivanti dal contrasto della disposizione con norme imperative, perché – ove la disposizione manomissiva fosse stata orientata a frodare i creditori, e tra quei creditori ci fosse stato il *fiscus* – la libertà avrebbe potuto essere revocata.

Lo si legge in:

D. 40.9.16.3 (Paul. 3 *ad l. Ael. Sent.*): *Aristo respondit a debitore fisci, qui solvendo non erat, manumissum ita revocari in servitutem debere, si non diu in libertate fuisset, id est non minus decennio: plane ea, quae in fraudem fisci in sinus eius collata sunt, revocanda.*

2.3. Con specifico riferimento alla regolamentazione dei rapporti tra erede e *servus* durante la fase di pendenza, poi, alcuni autori credono che sia stata proprio la *statulibertas* a fare da modello alla *res legata* nei lasciti *per vindicationem* condizionati²⁵³. L'opinione si fonda sostanzialmente sul solito Gai 2.200:

Illud quaeritur, quod sub condicione per uindicationem legatum est, pendente condicione cuius sit: nostri praeceptores heredis esse putant et x m p l o s t a t u l i b e r i , id est eius serui, qui testamento sub aliqua condicione liber esse insumus est, quem constat interea heredis seruuum esse; sed diuersae scholae auctores putant nullius interim eam rem esse; quod multo magis dicunt de eo quod sine condicione pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum.

Il legato attributivo di diritti reali, in altre parole, per la scuola sabiniana avrebbe dovuto conformarsi a quanto accadeva a proposito dello statulibero («*exemplo statuliberi*»); e dunque poiché questo, *pendente condicione*, continuava ad essere *servus* vero e proprio²⁵⁴, anche se non più *in potestate* del *de cuius*, ma dell'erede, allora anche la *res legata sub condicione* doveva intendersi inclusa nel patrimonio dell'erede.

²⁵³ M. BRETONE, s.v. *Statuliber*, in *NNDI*, XVIII (Torino, 1978), 381; G. DONATUTI, *Lo statulibero*, cit., 102; P. STARACE, *Lo 'statuliber' e l'adempimento fittizio della condicione* (Bari, 2006), 165, che richiama, fra l'altro, D. 40.9.16.4 (Paul. 3 *ad l. Ael. Sent.*): *Si sub condicione alicui pecunia debeatur, quasi statuliber erit a debitore manumissus, ut pendeat libertas ex condicione.*

²⁵⁴ Sul punto si cfr. G. DONATUTI, *Lo statulibero*, cit., 105, ma si cfr. pure D. 40.7.29 pr. (Pomp. 18 *ad Q. Muc.*): *Statuliberi a ceteris servis nostris nihilo paene differunt. Et ideo quod ad actiones vel ex delicto venientes vel ex negotio gesto contractu pertinet, eiusdem condicionis sunt statuliberi cuius ceteri. Et ideo in publicis quoque iudiciis easdem poenas patiuntur, quas ceteri servi.*

D'altra parte, con riferimento alla pendenza i diritti dell'erede sul *servus*, sono chiari in più di un passo. Significativo un altro elenco:

- a) lo *statuliber* poteva essere concesso in ipoteca, come testimoniato da:

D. 20.1.13.1. (Marcian. *l.s. ad form. hypoth.*): *Statuliber quoque dari hypothecae poterit, licet condicione existente evanescat pignus.*

- b) su di esso, inoltre, poteva essere costituito usufrutto:

D. 7.1.35.1 (Iul. 1 *ad Urs. Fer.*): *Usus fructus servi mihi legatus est isque, cum ego uti frui desissem, liber esse inusus est: deinde ego ab herede aestimationem legati tuli: nihilo magis eum liberum fore Sabinus respondit (namque videri me uti frui homine, pro quo aliquam rem habeam), condicionem autem eius libertatis eandem manere, ita ut mortis meae aut capitis deminutionis interventu liber futurus esset.*

D. 40.4.6 (Ulp. 18 *ad Sab.*): *Si fructuarium dominus proprietatis heredem scripserit et servo sub condicione sit libertas data: quoniam interim fit heredis, confusione facta usus fructus, si extiterit condicio, perveniet ad libertatem.*

- c) addirittura, poteva essere assegnato all'erede in un'azione divisoria:

D. 10.2.12.2 (Ulp. 19 *ad ed.*): *Res, quae sub condicione legata est, interim heredum est et ideo venit in familiae eriscundae iudicium et adiudicari potest cum sua scilicet causa, ut existente condicione excimatur ab eo cui adiudicata est aut deficiente condicione ad eos revertatur a quibus relicta est. Idem et in statulibero dicitur, qui interim est heredum, existente autem condicione ad libertatem perveniat.*

Gli stessi testi sopra riportati, tuttavia, dimostrano anche che i poteri di disposizione dell'erede in pendenza di condizione erano pur sempre limitati, proprio in virtù della circostanza che lo *status* di *servus* potrebbe cessare da un momento all'altro. Così, poiché nessuno può trasferire più di quanto non sia titolare²⁵⁵, eventuali atti che siano incompatibili con la libertà concessa dal testatore non possono essere posti in essere, a meno che questi non siano atti revocabili²⁵⁶.

²⁵⁵ Di modo tale che, l'alienazione avente ad oggetto lo *statuliber* non avrebbe potuto comportare che l'acquisto a titolo particolare di un diritto corrispondente al dominio su un *servus* in attesa di libertà.

²⁵⁶ Così G. DONATUTI, *Lo statulibero*, cit., 107, ove si legge: «Se gli effetti sono revocabili, allora gli atti che li determinano sono pienamente validi, salvo, beninteso, che quegli effetti si estingueranno non appena avverata la condizione o scaduto il termine della libertà; se gli effetti, invece, sono irrevocabili, allora gli atti saranno viziati di invalidità, per lo meno pendente. Rientrano in questo

Ebbene, il regime degli atti di disposizione da parte dell'erede, appare – sotto questo punto di vista – veramente simile rispetto quello degli atti di disposizione che l'erede, proprietario di cosa legata sotto condizione, poteva compiere.

gruppo, come vedremo, il pagamento e, nel diritto classico, la manumissione civile da parte dell'erede estraneo; dippiù quei provvedimenti punitivi che per la legge *Aelia Sentia* renderebbero lo schiavo poscia manomesso, peregrino dediticio, ed infine i patti “*ne manumittatur*” e “*ut exportetur*”, aggiunti alla vendita».

3. Servitù prediali condizionate.

Si sarà certamente notato che – singolarmente – il titolo del paragrafo non fa riferimento ad un negozio costitutivo di un diritto reale, ma direttamente ad un diritto reale. E ciò non senza ragione.

I problemi inerenti al tema che ci occupa, infatti, riguardano sostanzialmente due profili: da un lato quello relativo all'atto mediante il quale la *servitus* poteva essere costituita, dall'altro quello della configurabilità di una *servitus ad tempus* ovvero *ad condicionem*. E, come sottolineato quando si è avuto modo di parlare delle differenze tra condizione sospensiva e condizione risolutiva, la questione sotto il primo profilo tocca caratteristiche del negozio di costituzione (difatti, a seconda che lo stesso lasciasse emergere o non emergere – per mezzo della causa – il rapporto giuridico ad esso sottostante, questo avrebbe o meno tollerato l'*adiectio* di elementi accidentali); mentre, sotto il secondo, tocca lo stesso rapporto creato tramite quel negozio.

Ma procediamo da capo.

I modi di costituzione delle servitù prediali che ci interessano, come ovvio, sono esclusivamente gli atti (e non i fatti), e, come altrettanto ovvio, da questi dovranno essere espunti tutti gli atti che non tollerano l'apposizione di *condiciones*. Eliminate, dunque, *mancipatio* e *in iure cessio*²⁵⁷, restano: *legatum per vindicationem*, *pactio et stipulatio* e vendita. Ebbene, se il primo è certamente negozio costitutivo di un diritto reale²⁵⁸ e l'ultima è certamente negozio costitutivo di diritti obbligatori²⁵⁹, per quanto riguarda la seconda fattispecie, capire il tipo di efficacia (se reale o solo

²⁵⁷ A proposito delle quali, peraltro, qualcosa è già stato accennato a pagina 98 ss.

²⁵⁸ A proposito della possibilità di costituire una servitù mediante *legatum per vindicationem*, c'è da precisare che o il legato era indirizzato alla costituzione della servitù su un fondo del *de cuius* a vantaggio di altri (legato di servitù), ovvero su un fondo attribuito al legatario e comunque a vantaggio di altri, o ancora a vantaggio dell'eredità ed a carico del fondo legato. Ebbene, non solo non compare mai nelle fonti una limitazione all'apponibilità di condizioni per questi tipi di legati, ma vi sono addirittura brani che ammettono espressamente la possibilità di legare una servitù *sub condicione*. Si cfr. D. 33.3.3 (Marcell. 29 dig.): *Si fundum Maevio et ad eum viam per alium fundum et eundem fundum sine via Titio legasset, si uterque fundum vindicasset, sine via legato fundum cessurum, quia neque adquiri per partem servitus possit. Et si prius Maevius fundum vindicaret altero deliberante, posse dubitari, an, si postea Titius omisisset, viae legatum salvum esset, et hoc magis videbatur: quamquam si sub condicione quis fundum legasset, viam pure, aut pro parte fundum pure, pro parte sub condicione et viam sine condicione, si pendente ea legati dies cessisset, interitum fore viae legatum: ut responsum est, cum alteri ex vicinis, qui fundum communem habebant, viam sub condicione, alteri pure legasset et pendente condicione decessisset, quia alterius legatarii persona impedimento esset, quo minus solidus fundus cum via vindicaretur.*

²⁵⁹ Motivo per il quale è opportuno fare rinvio al capitolo successivo, ove si tratterà dell'*emptio venditio* condizionata. Dei problemi inerenti all'apposizione di una condizione ai *legata per vindicationem*, invece, ci si è già occupati ad inizio di questo capitolo.

obbligatoria) della *pactio* non è problema di agevole soluzione. Tanto da indurmi a ritenere – allo stato degli studi – di non poter prendere una posizione, ma di poter solo presentare il tema in maniera problematica, come uno degli argomenti che potrebbero porre in luce aspetti sinora non considerati nel trattare il fenomeno condizionale, e più in generale il profilo della relazione intercorrente tra atto e rapporto giuridico.

3.1. Chiariamo subito il motivo per cui l'argomento dell'efficacia reale o solo obbligatoria della *pactio et stipulatio* è rilevante ai nostri fini.

L'eventuale riconoscimento di un qualche effetto reale ad un negozio di natura intrinsecamente convenzionale²⁶⁰ importerebbe il riconoscimento di un negozio tra vivi che – ancorché solenne e costitutivo di diritti *erga omnes* – avrebbe potuto lasciare qualche spiraglio per l'emersione del rapporto ad esso sottostante.

Naturalmente non si dimentica che – quantomeno in epoca classica – la *pactio et stipulatio* era riconosciuta unicamente come modo di costituzione di *iura praediorum* sui fondi provinciali²⁶¹, e che dunque, almeno sino all'età giustiniana, certamente le servitù non poterono in tal modo essere costituite *iure civili*. Tuttavia, una apertura del genere – seppur circoscritta a ipotesi particolari – starebbe a testimoniare che fosse stata in qualche modo avvertita l'esigenza di intraprendere un processo, simile a quello che si è descritto ad apertura di questo lavoro, di funzionalizzazione dell'atto agli scopi concretamente perseguiti.

L'alone di mistero che caratterizza l'istituto, però, rende assai difficile persino comprendere quale dovesse essere in concreto la veste del negozio: l'accostamento di due atti, quali, appunto, un *pactum*, da un lato e una *stipulatio* dall'altro, non ne consente una agevole ricostruzione degli effetti. E, a ben vedere, i due profili (quello della forma del negozio e quello degli effetti) sono piuttosto intrecciati,

²⁶⁰ Che, se fosse consistito in un semplice *pactum* ovvero in una semplice *stipulatio* avrebbe ben tollerato condizioni e termini, o, quantomeno, condizioni sospensive e termini iniziali.

²⁶¹ L'unico passo di cui si dispone che attesta la classicità del peculiare modo di costituzione delle servitù è Gai 2.31: *Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. Alioquin in prouincialibus praediis sine quis usumfructum sine ius eundi agendi aquamue ducendi nel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus uicini officiat, ceteraque similia iura constituere uelit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt.* Sui brani dei *Digesta* (D. 7.1.3 pr.; D. 7.1.25.7; D. 8.3.33 pr.-1; D. 45.1.38.10-12) che attestano la costituzione mediante *pactio et stipulatio*, invece, l'intervento compilatorio è assai probabile. Sul punto si cfr. B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., 216 s., ma anche S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali* (Napoli, 1947), 118 s.

sicché la spiegazione del curioso *nomen* può forse essere ricostruita solo guardando, appunto, ai suoi effetti.

C'è stato chi²⁶² ha sostenuto l'efficacia obbligatoria dell'atto, fondando la congettura sull'argomento che, da un lato, i fondi provinciali fossero non in proprietà, ma al più in possesso dei privati, i quali ultimi, dunque, non avrebbero potuto costituire servitù su fondi che peraltro sarebbero stati del medesimo proprietario; dall'altro, sull'alterazione di una serie di testi²⁶³ che confermerebbe l'idea per cui «la *stipulatio* a Roma non poteva essere meno efficace che nelle provincie; e, una volta che le fosse stata riconosciuta la forza di generare effetti reali, i romani della metropoli non avrebbero tollerato di apparire inferiori ai provinciali e avrebbero voluto ricorrere sistematicamente ad un negozio che li esonerava dal fastidio di adire il magistrato e produceva gli stessi effetti della *in iure cessio*»²⁶⁴. Ma allora, visto che una servitù è tutto fuorché un diritto a contenuto obbligatorio, quella stessa parte della dottrina ha sostenuto che sui fondi provinciali non potesse affatto costituirsi servitù, ma al più un suo surrogato, così come – d'altra parte – sui fondi provinciali non poteva costituirsi *dominium*, ma al più *possessio vel usufructus*.

Altra parte della romanistica – per la verità più consistente²⁶⁵ – ha invece ritenuto che gli effetti reali ci fossero certamente e che la circostanza fosse testimoniata a più riprese nelle fonti²⁶⁶. E, d'altra parte, così come il *ius honorarium* aveva riconosciuto senza troppe difficoltà effetti reali ad una *conventio* come la *conventio pignoris*, non si capisce perché non avrebbe potuto farlo a proposito di una *pactio et stipulatio*.

²⁶² Su tutti, S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù*, cit., 109 ss.; G. PROVERA, *Servitù prediali ed obbligazioni «propter rem»*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II (Milano, 1971), 29 ss. Per più ampia bibliografia, inoltre, si cfr. R. BASILE, *Pactionibus et stipulationibus id efficere. Un'ipotesi in tema di modi costitutivi di servitù (e usufrutto)*, in *'Fides' 'Humanitas' 'Ius'. Studii in onore di Luigi Labruna*, I (Napoli, 2007), 335 ss. e spec. 337 in nota 2.

²⁶³ Fra i quali spiccano Gai 2.31; CI. 3.34.3; D. 8.1.5; D. 7.1.25.7; D. 8.3.33 pr.; D. 8.6.11 pr.

²⁶⁴ S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù*, cit., 128.

²⁶⁵ Per citarne alcuni: B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., 216 s., nonché ID., *La categoria romana delle 'servitutes'* (Milano, 1938), 645 s. e G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie* (Torino, 1944), 293 ss. ed ID., *Le servitù prediali nel diritto romano* (Torino, 1969), 192 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. III. Diritti reali* (Roma, 1933), 110 s.; E. LEVY, *West Roman Vulgar Law* (Philadelphia, 1951), 57 e 198; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I (München, 1955), 373 s.; C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*⁵ (Soveria Mannelli, 2002), 233.

²⁶⁶ Il Grosso (*Le servitù prediali*, cit., 193 s.), in particolare, fa riferimento a CI. 3.34.4, Gai 2.31, Vat. Fr. 61, D. 7.4.1 pr., nonché D. 10.3.7.1 (*op. ult. cit.*, 194, in nota 2), sempre che il testo possa effettivamente essere riferito ai *fundi provinciales*.

Ma a quale dei due atti (*pactio* o *stipulatio*) andava riconosciuto il potere di produrre effetti reali?

Sembra più verosimile che esso dovesse essere ricollegato al primo.

Una delle ricostruzioni più accreditate è quella del Segrè²⁶⁷, il quale – appunto – nel far discendere l'effetto costitutivo della servitù dalla pattuizione, fa nascere dalla *stipulatio* un'obbligazione che ne doveva regolamentare l'esercizio e che serviva, in qualche modo, a sostituire la *traditio* che avrebbe dovuto accompagnare la costituzione del diritto reale.

Il Grosso²⁶⁸, prendendo le mosse da questa tesi, ha affermato: «la necessità di riconoscere rapporti che rispondessero alla funzione dell'usufrutto e delle servitù per i fondi provinciali, o anche di dare efficacia ad analoghi rapporti già noti nella prassi della provincia, può ben essersi dapprima inquadrata nell'ordinamento romano puramente colla *stipulatio* di esercizio con efficacia obbligatoria (come del resto si è da più parti affermato). [...] la necessità di raggiungere anche qui un'efficacia reale (probabilmente sanzionata dall'editto provinciale, a parte il *tuitio praetoris* di cui in D. 7.4.1 pr.) portò a dare risalto alla *pactio*, che precedeva la *stipulatio*, a riconoscere tale efficacia alla *pactio* (che d'altra parte poteva anche già aver precedentemente trovato in ordinamenti locali una sua fisionomia e riconoscimento, sia pure senza una chiara impostazione della distinzione tra efficacia reale e obbligatoria). Ma [...] questa *pactio* – anche se messa in risalto dai Romani – continuava ad essere accompagnata dalla *stipulatio* di esercizio, e questa ben spesso era in pratica l'elemento formale che definiva il contenuto nei suoi esatti limiti [...]».

Ebbene, se è vero che dalla *pactio* discendeva il diritto reale, allora è ben facile che la stessa lasciasse un più ampio spazio alla regolamentazione del rapporto, modellando il negozio costitutivo sugli interessi dei proprietari dei fondi vicini. E se così fosse, la *pactio et stipulatio* rappresenterebbe una delle rarissime ipotesi di negozio *inter vivos* costitutivo di diritti reali a poter sopportare condizioni.

Dunque, così come per la nascita dei contratti di *ius gentium*, il rapporto con i peregrini avrebbe portato ad abbandonare il rigido formalismo del *ius civile* a tutto

²⁶⁷ G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano* (Torino, 1933), 262 ss., nonché ID., 'Obligatio', 'obligare', 'obligari' nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, III (Milano, 1930), 546 in nota 131, e ora in ID., *Scritti vari di diritto romano* (Torino, 1952), 311 in nota 132.

²⁶⁸ G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., 200 ss., nonché, similmente ID., *I problemi dei diritti reali*, cit., 297 s.

vantaggio del rapporto giuridico, che nelle nuove elastiche forme, sarebbe riuscito finalmente ad emergere.

La generalizzazione di cui sarebbe diventata protagonista la *pactio et stipulatio* in età giustiniana costituirebbe un altro tassello verso l'idea che il collegamento tra atto e rapporto avesse acquistato un certo carattere di stabilità.

Certo è, però, che se è già difficile ricostituire gli effetti del negozio, assai più arduo è trovare delle fonti in cui si attesti che la *pactio* poteva essere condizionata. Pressocché certo, invece, è che potesse esserlo la *stipulatio*, la quale doveva avere un contenuto tale da modulare il *locus* e – soprattutto – il *modus servitutis*.

Tuttavia, in mancanza di ragioni evidenti per escludere che anche l'accordo convenzionale potesse essere condizionato sospensivamente²⁶⁹, mi sembra che il tema possa quantomeno costituire un nuovo spunto d'indagine.

3.2. Molto più strutturata (ma non per questo meno complessa) è invece la questione relativa all'ammissibilità di una *servitus ad tempus*.

Già si è fatta menzione di un noto passo di Papiniano che ha costituito il principale ostacolo alla configurabilità di una servitù soggetta a termine finale o a condizione risolutiva. Lo si riporta per ragioni di mera comodità espositiva²⁷⁰:

D. 8.1.4 pr. (Pap. 7 quaest.): *Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicione (verbi gratia "quamdiu volam") constitui possunt: sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurratur contra placita servitutem vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere.*

Le servitù – comincia il passo – secondo le prescrizioni del nostro diritto non possono certamente essere costituite a termine iniziale o finale («*neque ex tempore neque ad tempus*») e neppure sotto condizione sospensiva o risolutiva («*neque sub condicione neque ad certam condicione*»); e tuttavia, se una simile clausola è apposta («*sed tamen si haec adiciantur*»), Sabino e, con lui, Cassio («*idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere*») ritennero che a colui che rivendica la servitù («*occurratur contra placita servitutem vindicanti*») possa essere opposta una *exceptio pacti* ovvero una *exceptio doli*.

²⁶⁹ Sul problema dell'apponibilità di una condizione risolutiva, invece, si vedano le fonti riportate nel sottoparagrafo seguente.

²⁷⁰ Per una prima analisi del passo si rinvia a quanto detto a pagina 28 ss.

È già stato sottolineato, a suo tempo, come il brano si riferisca alla discrasia esistente tra il mancato riconoscimento, da parte del *ius civile*, della condizione risolutiva apposta a negozi costitutivi di diritti reali ed il suo riconoscimento da parte del *ius honorarium*. Così come è stato già sottolineato che esso si riferisca esclusivamente ai modi di costituzione *inter vivos*²⁷¹. Non si indugerà oltre, dunque, sull'esegesi del frammento.

Ciò che tuttavia vale la pena evidenziare, piuttosto, è la circostanza che, se condizione sospensiva e termine iniziale trovavano ostacolo insormontabile nella natura formale e astratta dei negozi costitutivi di servitù *inter vivos*, ammessi *iure civili*²⁷², condizione risolutiva e termine finale sembrarono essere bloccati dalla perpetuità del rapporto costituito²⁷³, motivo per il quale quelle modalità non furono ammesse neppure se apposte a *mortis causa*²⁷⁴. Questo – lo si sottolinea – per il *ius civile*.

Il discorso sarebbe senz'altro piuttosto lineare se non fosse che il diritto onorario intervenne in più di un'occasione dimostrando di disinteressarsi di quella perpetuità così rigidamente salvaguardata dal diritto civile; e ciò a tutto vantaggio dell'autonomia delle parti, le quali avrebbero potuto addirittura costituire, di lì a Giustiniano, una *servitutus personae*, tutelata attraverso un'*actio in rem*.

Alcuni testi sembrano orientati in questo senso, tra cui:

D. 45.1.56.4 (Iul. 52 dig.): *Qui ita stipulatur: "decem, quoad vivam, dari spondes?", confestim decem recte dari petit: sed heres eius exceptione pacti conventi summovendus est: nam stipulatorem id egisse, ne heres eius peteret, palam est, quemadmodum is, qui usque in kalendas dari stipulatur, potest quidem etiam post kalendas petere, sed exceptione pacti summovetur. Nam et heres eius, cui servitus praedii ita concessa est, ut, quoad viveret, ius eundi haberet, pacti conventi exceptione submovebitur.*

²⁷¹ G. GROSSO, 'Servitus ad tempus', cit., 149.

²⁷² Mentre è pacifica la loro apposizione a negozi *mortis causa*.

²⁷³ Nel corpo del testo, mi sono limitata a riportare l'insegnamento tradizionale. Mi pare il caso di avvertire il lettore, però, che il termine 'perpetuità', in realtà, sia abbastanza equivoco, mentre forse sarebbe più corretto parlare di tipicità dei modi di estinzione del rapporto: la medesima questione – infatti – con riferimento ai rapporti obbligatori nascenti da *stipulatio* (D. 44.7.44.2), non potrebbe essere risolta con una pretesa perpetuità. E ciò naturalmente perché i rapporti obbligatori possono essere definiti come tutto, fuorchè come rapporti perpetui. Con riferimento ad altri *iura in re aliena*, invece, la maggiore elasticità in ordine all'estinzione è probabilmente dovuta alla forte compressione delle facoltà del proprietario che da essi deriva, e che legittima quest'ultimo, appunto, a riacquistare la pienezza del proprio diritto anche attraverso un atto di autonomia privata quale la subordinazione dell'efficacia dell'atto a condizione risolutiva.

²⁷⁴ B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., 163 s.

Il testo è del giurista Salvio Giuliano, il quale, nella prima parte, fa il caso di una stipulazione sottoposta al termine finale «*quoad vivam*»; poiché è chiaro che la causa negoziale di quella *stipulatio* è orientata ad escludere che l'erede dello *stipulator* potesse richiedere il pagamento dei dieci («*nam stipulatorem id egisse, ne heres eius peteret, palam est*»), allora, all'erede che richieda egualmente quel pagamento il diritto onorario consente di opporre un'eccezione di patto convenuto («*heres eius exceptione pacti conventi summovendus est*»). Così come quella stessa eccezione deve essere opposta al creditore che agisca per ottenere il pagamento dopo le calende, mentre la *stipulatio* era stata nel senso che il credito fosse sussistito, appunto, fino alle calende («*quemadmodum is, qui usque in kalendas dari stipulatur, potest quidem etiam post kalendas petere, sed exceptione pacti summovetur*»).

Arriva finalmente la seconda parte che sembra dare un sibillino suggerimento in ordine all'argomento che ora ci interessa: anche l'erede di colui al quale fu concessa una servitù prediale («*nam et heres eius*»), in virtù della quale il *de cuius* avrebbe avuto il diritto di passaggio, fino al tempo in cui sarebbe vissuto, («*cui servitus praedii ita concessa est, ut, quoad viveret, ius eundi haberet*»), deve essere respinto da un'eccezione di patto convenuto («*pacti conventi exceptione submovebitur*»).

I profili problematici del testo, a ben vedere, coincidono in parte con i medesimi già prospettati a proposito di D. 8.1.4 pr.: esso si riferisce alle servitù pretorie ovvero anche a quelle costituite mediante solenne *mancipatio*?

Il Biondi²⁷⁵, in particolare, considerando che la prima parte del brano discorre di *stipulatio*, pare dare per scontato che la servitù a cui si riferisce Giuliano sia una servitù costituita mediante *pactio et stipulatio*, cui ben poteva accedere una condizione risolutiva tutelata, *iure honorario*, come una comune condizione risolutiva apposta ad una *stipulatio* qualsiasi.

Tuttavia, mi sembra che al brano si possa dare anche un'altra lettura, a favore della quale mi pare che depongano alcuni indizi. Il primo dei quali è che la servitù costituita è una *servitus itineris*, vale a dire una delle quattro *servitutes mancipi* che potevano essere costituite mediante solenne *mancipatio*.

Ciò naturalmente non significa che in presenza di una *servitus mancipi* sia necessario inferire che essa sia stata costituita mediante *mancipatio*.

Tuttavia vi è di contro da notare che, se si tenesse conto del senso che le è stato dato, si finirebbe per ammettere come possibile, già in epoca classica, la

²⁷⁵ B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., 164.

costituzione di servitù di passaggio su fondo (il quale – in mancanza di precisazione ulteriore – deve ritenersi italico) mediante lo strumento pretorio, circostanza alla luce della quale non si capisce perché i cittadini romani avrebbero dovuto fare ancora ricorso alle ben più rigide *mancipatio* e *in iure cessio*.

Nel silenzio della fonte in ordine al negozio costitutivo della servitù²⁷⁶, mi pare, allora, che anche questo testo, così come quello già riportato²⁷⁷, faccia riferimento ad una differenza di regime tra *accidentalia negotii* sospensivi e risolutivi: il negozio (sia esso *mancipatio* ovvero *stipulatio*) che non sopportava termini finali per il diritto civile, doveva sopportarli *iure honorario*, perché il pretore concesse l'eccezione di patto convenuto, tenendo in considerazione non la forma, ma la causa concreta del negozio stesso.

Il che, peraltro, vuol dire che vi fosse una regola civilistica che consentiva l'esperimento dell'azione (che nel nostro caso doveva essere una *vindicatio servitutis* e che, nelle ipotesi cui si fa cenno nella prima parte del brano, dovevano consistere in un'*actio ex stipulatu*): e cioè che il termine finale, persino se apposto ad un *actus legitimus*, non lo avrebbe reso nullo, ma – al più – avrebbe giustificato che il termine fosse stato considerato come non apposto.

Il testo, tuttavia, non è l'unico che sembra ammettere la costituzione *ad tempus* di servitù:

D. 8.3.13 pr. (Iav. 10 ex Cass.): *Certo generi agrorum adquiri servitus potest, velut vineis, quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet. Ideo sublatis vineis servitus manebit: sed si in contrabenda servitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria.*

Certamente l'utilità obiettiva che giustifica la costituzione di servitù può essere determinata dal tipo di coltivazione che sul quel fondo ha luogo («*certo generi agrorum adquiri servitus potest*»), come ad esempio accade se il fondo dominante è adibito a vigneto, poiché la coltivazione è pertinente più al suolo che non alla superficie («*quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet*»). Per questo motivo, la

²⁷⁶ Silenzio che deve essere interpretato come non-necessità di sottolineare una circostanza che si dava per presupposta e che certamente non sarebbe potuta consistere nella possibilità di costituire una servitù *mancipi* su suolo italico mediante *pactio et stipulatio*, proprio per la mancanza di ovvietà della circostanza. Si potrebbe obiettare che all'epoca dei compilatori la *pactio et stipulatio* era divenuta generale negozio costitutivo di servitù: ebbene, a maggior ragione che non appare nel testo la specificazione del modo costitutivo neppure a seguito del recepimento del brano nella compilazione giustiniana, si dovrebbe ritenere che il brano non abbia nulla a che fare con il tema. Certamente non sarebbe sfuggita alla cancelleria imperiale un'occasione di interpolazione così ghiotta!

²⁷⁷ A pagina 115.

servitù rimane, nonostante siano state tolte le vigne («*ideo sublati vineis servitus manebit*»): ma se nel contrarre la servitù sarà stato pattuito diversamente, allora si renderà necessaria l'eccezione di dolo malevolo («*sed si in contrahenda servitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria*»).

È evidente che il testo non è genuino nella parte in cui chiarisce che se i proprietari dei fondi finitimi, «*in contrahenda servitute*», avessero deciso nel senso che, cessata la coltivazione, sarebbe cessata anche la servitù, allora il convenuto in *vindicatio servitutis*, a seguito di quell'evento, avrebbe potuto sollevare l'eccezione di dolo²⁷⁸.

Il motivo del sospetto consiste essenzialmente nel fatto che per Giavoleno la servitù doveva ancora costituirsi mediante i soliti atti formali e non ancora – o almeno non ancora in via generale – attraverso una convenzione.

Ed a ben vedere un divario tra la prima e la seconda parte del brano esiste: se la precisazione dell'inerenza della coltivazione al suolo e non alla superficie aveva, nel testo originario, un significato, allora doveva essere quello di giustificare il principio per cui l'utilità oggettiva del fondo non sarebbe venuta meno con la fine dell'opera di coltivazione, poiché indipendente rispetto ad essa.

Al contrario, l'aggiunta compilatoria («*sed – necessaria*») non attiene alla questione della persistenza o della deficienza dell'utilità obiettiva, ma ad un tema diverso, quello del contenuto dell'accordo con cui era stata costituita la servitù. E ciò mi sembra dimostrato dal fatto che, tralasciata del tutto l'*utilitas*, ci si preoccupi di chiarire gli effetti di un accordo con cui le parti sottoponevano a condizione risolutiva la cessazione del rapporto prediale, e che, ai fini di tale chiarimento, non sarebbe cambiato molto se la condizione avesse avuto un contenuto diverso rispetto a quello della fine della coltivazione.

Per ricapitolare, dunque, da un lato Giavoleno si sarebbe occupato delle cause di estinzione della servitù per il venir meno dell'utilità, dall'altro i compilatori si sarebbero preoccupati di definire i limiti posti all'autonomia privata a proposito della costituzione degli *iura praediorum*.

In ogni caso, l'interpolazione a noi farebbe anche gioco, perché, nell'adoperare un meccanismo che abbiamo già visto essere con ogni probabilità

²⁷⁸ Si cfr. E. LEVY, E. RABEL, *Index interpolationum*, I (Weimar, 1929), 106 ove citato, fra gli altri, anche H. Krüger.

classico (quello dell'*exceptio doli*)²⁷⁹, essa pone in luce: anzitutto che oramai l'accordo («*contrabenda servitutes*») poteva generalmente produrre effetti reali; inoltre che, a questo punto, non doveva dipendere dalla formalità dell'atto l'impossibilità di apporre condizioni risolutive, perché, anche quando l'atto era informale, il rimedio per far valere l'esistenza della condizione restava quello dell'*exceptio*; infine, che doveva essere stata generalmente riconosciuta la possibilità di porre fine al rapporto mediante esplicazioni dell'autonomia privata.

In diritto giustiniano, peraltro, come già accennato, si giunse a riconoscere generalmente la *servitus personae*²⁸⁰, la quale, per sua intrinseca natura sarebbe stata collegata alla vita del proprietario:

D. 8.1.15 pr. (Pomp. 33 *ad Sab.*): *Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet, veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas: et ideo si mihi concedas ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur: aliter atque si concedas mihi ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia.*

Il brano, in realtà, è di complicatissima interpretazione. Soprattutto nella sua prima parte che – anche stavolta – è stata ritenuta interpolata dal Longo²⁸¹ prima e dal Biondi²⁸² poi.

Ad ogni modo, il significato letterale dovrebbe essere più o meno il seguente: ogni qual volta le servitù non sono né degli uomini, né dei fondi («*Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt*»), poiché non vi è alcun vantaggio per i vicini («*quia nihil vicinorum interest*»), [il rapporto] non vale («*non valet*»), come per esempio [se il contenuto della servitù sia] che tu non passi attraverso il tuo fondo ovvero che non ti fermi su quello («*veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas*»). Per questo motivo nessuna azione può essere esperita nel caso in cui tu mi conceda il diritto che tu non usi o tragga per te i frutti dal tuo fondo («*et ideo si mihi concedas ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur*»). Altro, invece, è se tu conceda a me il diritto che tu non possa procacciare nel tuo fondo l'acqua, allo scopo di diminuire le acque mie («*aliter atque si concedas mihi ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia*»).

²⁷⁹ Ed infatti, i brani analizzati nelle scorse pagine documentano la conoscenza da parte dei classici di un meccanismo risolutivo funzionante attraverso l'*exceptio*, nonostante il fatto che l'*adiectio* avesse riguardato un negozio formale.

²⁸⁰ B. BIONDI, *La categoria romana delle 'servitutes'*, cit., 383.

²⁸¹ C. LONGO, *La categoria romana delle 'servitutes' nel diritto romano classico*, in *BIDR.* 11 (1898), 330.

²⁸² B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., 117 s.

I rimaneggiamenti sono piuttosto evidenti, come dimostrato, fra l'altro, dall'assenza del soggetto di quel «*non valet*», che potrebbe tanto essere il rapporto, quanto il negozio costitutivo della servitù²⁸³.

Il punto, però, per noi più interessante è che in esso si faccia riferimento a delle *servitutes hominum*²⁸⁴, il che dimostrerebbe che un'interpolazione ci fosse stata e fosse intervenuta per chiarire che la costituzione di servitù è valida persino se esiste un'utilità che è solo «*hominum*». La dissonanza è ben evidente nell'accostamento con l'utilità del vicino²⁸⁵ («*quia nihil vicinorum interest*»), che, appunto, farebbe ancora una volta pensare che il testo originario si fosse riferito solo alla mancanza di *utilitas* obiettiva.

Senza poter, in questa sede, approfondire molto la dibattutissima questione della genesi delle *servitutes personae* e la loro tormentata configurazione dogmatica, mi limito a sottolineare, con il Biondi²⁸⁶, che passaggi intermedi del processo volto a slegare il nostro diritto dalla predialità siano rappresentati appunto dalla possibilità di apporre un termine finale o una condizione risolutiva agli atti costitutivi di servitù.

A differenza del Biondi, però, credo che tale possibilità sia stata riconosciuta dal diritto onorario non solo a proposito di *stipulationes*, ma perfino in caso di costituzione attraverso *mancipatio*.

²⁸³ Per il Biondi (*loc. ult. cit.*) la differenza sarebbe non da poco: una cosa è dire che l'atto di costituzione della servitù sarebbe stato valido se vi fosse stata un'utilità per una persona ovvero per un fondo; altra è dire che, mancando una servitù per assenza di utilità obiettiva o subiettiva, il rapporto – che a questo punto non potrebbe essere altro che un rapporto obbligatorio – non sarebbe sorto legittimamente. E se il primo significato pare talmente ovvio da non ritenere che Pomponio avesse avuto necessità di sottolinearlo, il secondo significato è in realtà piuttosto confuso: perché mancando il diritto reale di servitù, dovrebbe mancare anche un qualsiasi rapporto obbligatorio?

²⁸⁴ Il regime classico sembra essere quello riportato da D. 7.1.32 (Pomp. 33 *ad Sab.*): *Si quis unas aedes, quas solas habet, vel fundum tradit, excipere potest id, quod personae, non praedii est, veluti usum et usum fructum. Sed et si excipiat, ut pascere sibi vel inhabitare liceat, valet exceptio, cum ex multis saltibus pastione fructus perciperetur. Et habitationis exceptione, sive temporali sive usque ad mortem eius qui exceptit, usus videtur exceptus.* Il brano, difatti, ribadisce essenzialmente il principio di tipicità dei diritti reali, per cui persino se il diritto acquistato consista solo nel far pascolare le proprie pecore sul fondo del vicino, esso andrebbe ricondotto al diritto di usufrutto. Sul punto si cfr. anche B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., 114.

²⁸⁵ Rileva ancora una volta il Biondi (*La categoria romana delle 'servitutes'*, cit., 387) che se Pomponio avesse voluto fare riferimento ad un'utilità subiettiva, certamente non avrebbe poi adoperato il termine *vicinus*, che evoca nuovamente il concetto di predialità, ma al più il termine *homo*.

²⁸⁶ *Loc. cit.*

4. D. 23.3.9.1: *traditio* dei beni costituiti in dote, trasferimento del *dominium* condizionato al verificarsi delle nozze e morte del costituente *ante nuptias*.

Se non molti problemi si presentano in ordine all'ipotesi di una *dotis dicitio* ovvero di una *dotis promissio* condizionale, più complicato è immaginare una *dotis datio* sottoposta alla condizione sospensiva del verificarsi delle nozze.

Le difficoltà sono essenzialmente due: la prima consiste nel fatto che al sintagma *dotis datio* non fosse affidato un significato tecnico ben preciso, ma esso, al contrario, doveva servire ad indicare qualsiasi atto di trasferimento *dotis causa*²⁸⁷, atto il quale, peraltro, normalmente non tollerava termini e/o condizioni. La seconda è che, nel caso in cui il costituente avesse deciso di *dare dotem ante nuptias*, ma al tempo stesso di impedire che il futuro sposo potesse acquistare la proprietà delle cose dotali in attesa delle nozze, la causa del trasferimento sarebbe sussistita solo nel momento in cui le nozze avessero avuto luogo; in altri termini, il verificarsi dell'evento dedotto in condizione avrebbe determinato il sorgere della causa negoziale.

Con riguardo alla prima questione, vale a dire quella relativa alla natura di *actus legitimus* dell'atto con cui il costituente avrebbe potuto *dotem dare*, l'unica soluzione accettabile pare quella offerta dall'innovatore Giuliano²⁸⁸, per cui solo una *traditio* condizionata avrebbe potuto consentire da un lato che il futuro sposo potesse godere materialmente dei beni concessi in dote, e dall'altro che a questi fosse impedito di usucapire *pro dote*.

D. 41.9.1.2 (Ulp. 31 *ad Sab.*): *Et primum de tempore videamus, quando pro dote quis usucapere possit, utrum post tempora nuptiarum an vero et ante nuptias. Est quaestio volgata, an sponsus possit (hoc est qui nondum maritus est) rem pro dote usucapere. Et Iulianus inquit, si sponsa sponso ea mente tradiderit res, ut non ante eius fieri vellet, quam nuptiae secutae sint, usu quoque capio cessabit: si tamen non evidentem id actum fuerit, credendum esse id agi Iulianus ait, ut statim res eius fiant et, si alienae sint, usucapi possint: quae sententia mihi probabilis videtur. Ante nuptias autem non pro dote usucapit, sed pro suo.*

La questione, probabilmente dibattutissima («*quaestio volgata*») ancora all'epoca dell'autore del passo, riguardava l'usucapibilità *pro dote* delle cose consegnate dalla

²⁸⁷ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia* (Roma, 1925), 306.

²⁸⁸ Opinione che sembra attestata, oltre dai brani che verranno riportati nel corpo del testo di qui a breve, anche da D. 23.3.7.3; D. 23.3.8 e da Vat. Fr. 111.

sposa da parte di colui che non è ancora marito («*an sponsus possit (hoc est qui nondum maritus est) rem pro dote usucaperen*»). La soluzione di Giuliano è la seguente: se la sposa consegnò le cose allo sposo con l'intenzione che prima delle nozze le cose non passassero in proprietà dello sposo, allora l'usucapione non avrebbe potuto avere luogo («*si sponsa sponso ea mente tradiderit res, ut non ante eius fieri vellet, quam nuptiae secutae sint, usu quoque capio cessabit*»); se invece ciò non fosse stato stabilito in maniera espressa, le cose sarebbero divenute immediatamente dello sposo e, se queste fossero state di altri, esse avrebbero potuto essere usucapite («*si tamen non evidenter id actum fuerit, credendum esse id agi Iulianus ait, ut statim res eius fiant et, si alienae sint, usucapi possint*»). Soluzione questa che piace anche ad Ulpiano, il quale, però, precisa: prima delle nozze lo sposo non può usucapire *pro dote*, ma solo *pro suo* («*ante nuptias autem non pro dote usucapit, sed pro suo*»).

La medesima *sententia* viene poi prospettata, sempre da Ulpiano, in:

D. 23.3.7.3 (Ulp. 31 *ad Sab.*): *Si res in dote dentur, puto in bonis mariti fieri accessionemque temporis marito ex persona mulieris concedendam. Fiunt autem res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur. Quid ergo, si ante matrimonium? Si quidem sic dedit mulier, ut statim eius fiant, efficiuntur: enimvero si hac condicione dedit, ut tunc efficiantur, cum nupserit, sine dubio dicemus tunc eius fieri, cum nuptiae fuerint secutae. Proinde si forte nuptiae non sequantur nuntio remisso, si quidem sic dedit mulier, ut statim viri res fiant, condicere eas debet misso nuntio: enimvero si sic dedit, ut secutis nuptiis incipiant esse, nuntio remisso statim eas vindicabit. Sed ante nuntium remissum si vindicabit, exceptio poterit nocere vindicanti aut doli aut in factum: doti enim destinata non debebunt vindicari.*

Stavolta, però, il brano non discorre espressamente di una *traditio*, ma contiene un generico riferimento ad un «*dare sub condicione*»²⁸⁹.

Ebbene, se è certamente più facile immaginare una *traditio* condizionata sospensivamente rispetto ad una simile *mancipatio* od *in iure cessio* (quest'ultima postuerebbe una *adsignatio* condizionale da parte del pretore, del che non vi è traccia nelle fonti), la configurazione dell'istituto non è comunque agevolissima.

Qui la prima delle prospettate questioni si intreccia con la seconda, perché verrebbe più facile pensare che le nozze, successive all'atto di consegna delle cose dotali, facessero sorgere la *iusta causa traditionis* che avrebbe legittimato il passaggio di proprietà. Tuttavia, se così fosse, il trasferimento della proprietà al verificarsi

²⁸⁹ Ancor più chiaramente, però, Ulpiano parla di *traditio sub condicione* in D. 23.3.9 pr.-1, che sarà analizzato a breve.

delle nozze avrebbe dovuto essere configurato come la regola e non come l'eccezione.

Invece, la necessità di una espressa volontà della sposa nel senso di limitare uno degli effetti della *traditio* (vale a dire quello relativo alla usucapibilità *pro dote* delle cose tradite) evidenzia la natura del tutto eccezionale dell'ipotesi: solo se la sposa (o comunque il costituente) manifesta questa intenzione, allora le nozze sono in grado di giustificare l'acquisto delle *res dotales*; altrimenti il trasferimento del *dominium* sarà immediato, oppure – se le cose non sono del costituente – sarà subordinato al verificarsi dell'usucapione ordinaria.

Pare, dunque, che Giuliano abbia costruito l'ipotesi proprio come *traditio* sottoposta a condizione sospensiva, in cui, ancorchè la consegna fosse effettuata *ante nuptias*, il passaggio di proprietà fosse subordinato alle nozze stesse.

Tuttavia, in ordine agli effetti del verificarsi della condizione permane qualche perplessità: pare ragionevole l'idea, sostenuta da Kupiszewski²⁹⁰, per cui il trasferimento del *dominium* non avrebbe potuto essere comunque automatico, ma avrebbe richiesto una *mancipatio* successiva. Ebbene, ciò non sembra facilmente conciliabile con l'opzione dogmatica per cui l'effetto del realizzarsi dell'evento dedotto in condizione è – appunto – un effetto automatico.

A ben vedere, però, e letta la questione alla luce di quanto contenuto in D. 41.9.1.2, l'effetto del negozio subordinato al verificarsi dell'evento (le nozze) sarebbe stato unicamente quello di consentire l'usucapibilità *pro dote*. Nel caso in cui, dunque, alla *traditio* non fosse seguita una *mancipatio* o un'*in iure cessio* successiva al matrimonio, l'acquisto della dote in capo al marito si sarebbe potuto verificare quantomeno a titolo originario.

In altre parole, l'apposizione della clausola condizionale avrebbe inciso unicamente su quell'effetto della *traditio* che consiste nell'usucapibilità delle cose tradite.

Ma possiamo ora a verificare in che modo l'*adiectio* di una simile condizione avrebbe potuto incidere sul regolamento approntato dai giuristi classici rispetto al rapporto giuridico.

²⁹⁰ H. KUPISZEWSKI, *Osservazioni sui rapporti patrimoniali fra i fidanzati nel diritto romano classico: 'dos' e 'donatio'*, in *Iura*, 29 (1978), 114 ss. e spec. 122.

Ancora una volta, mi sembra che piuttosto che a particolari impostazioni dogmatiche si sia preferito dare spazio alla struttura economico-individuale dello schema negoziale adottato²⁹¹.

Si legga quanto contenuto in:

D. 23.3.9 pr.-1 (Ulp. 31 *ad Sab.*): pr. *Si ego Seiae res dederò, ut ipsa suo nomine in dotem det, efficiantur eius, licet non in dotem sint datae: sed condicione tenebitur. Quod si pro ea res ego dem, si quidem ante nuptias, interest qua condicione dedi, utrum ut statim fiant accipientis an secutis nuptiis: si statim, nuntio misso condicam: sin vero non statim, potero vindicare, quia meae res sunt. Quare et si sequi nuptiae non possunt propter matrimonii interdictionem, ex posteriore casu res meae remanebunt.*

1. *Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero, an secutis nuptiis dotis esse incipient? Et vereor, ne non possint in dominio eius effici cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum et cum sequitur condicio nuptiarum, iam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est. Sed benignius est favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit aut, si distulerit vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso iure transferri, ne mulier maneat indotata.*

Il *principium* si occupa della costituzione della dote attraverso un passaggio ulteriore rispetto a quello rappresentato dalla *dotis datio* allo sposo, vale a dire quello della consegna, ad opera di un terzo che parla in prima persona, delle cose dotali a Seia, la sposa, affinché ella le costituisca in dote; ebbene, in questo caso è ben possibile che Seia non abbia destinato alla dote le cose consegnatele («*si ego Seiae res dederò, ut ipsa suo nomine in dotem det, efficiantur eius, licet non in dotem sint datae*»), ma allora al terzo spetterà la *condictio* volta ad ottenerne la restituzione («*sed condicione tenebitur*»). La medesima situazione si verifica nel caso in cui il terzo abbia consegnato le cose da destinare alla dote di Seia, ma in un momento anteriore alle nozze («*quod si pro ea res ego dem, si quidem ante nuptias, interest qua condicione dedi, utrum ut statim fiant accipientis an secutis nuptiis*»). Tuttavia, per tale ipotesi, conta essenzialmente lo schema che il costituente ha voluto adottare: se egli ha voluto che il trasferimento si verifichi all'atto della consegna, nel caso in cui le nozze non dovessero avere luogo, a lui spetterà la *condictio* («*si statim, nuntio misso, condicam*»); se

²⁹¹ Per l'interesse di Giuliano alla causa in concreto anziché alla causa tipica del negozio si cfr. S. WRÓBLEWSKI, *Lineamenti dell'esposizione del diritto romano. 1* [*Zarys wykładu prawa rzymskiego. 1*] (Kraków, 1919), 124; F. PRINGSHEIM, 'Id quod actum est', in *ZSS.* 78 (1961), 84; G. GANDOLFI, *Sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano* (Milano, 1966), 132.

invece il verificarsi delle nozze è evento dedotto in condizione sospensiva, allora potrà esperire direttamente l'azione di rivendica, in quanto le cose non sono mai uscite dalla sua sfera giuridico-patrimoniale («*sin vero non statim, potero vindicare, quia meae res sunt*»). E, in questo ultimo caso, le cose saranno rimaste a questi anche se le nozze non abbiano potuto avere luogo a causa di qualche impedimento del matrimonio («*quare et si sequi nuptiae non possunt propter matrimonii interdictionem, ex posteriore casu res meae remanebunt*»).

Il § 1, nel riprendere la fattispecie, fa il caso opposto: poniamo che la condizione si realizzi, che cosa accade se il costituente muore prima del verificarsi delle nozze? Il trasferimento pregiudica i diritti degli eredi come se il dominio si fosse separato dal *de cuius* al momento della *traditio*?

Il problema sarebbe stato naturalmente meno complesso se a seguito del verificarsi della *condicio* il trasferimento fosse avvenuto automaticamente; ma, come già detto, esso richiedeva un atto traslativo successivo.

Ad opinione di Ulpiano, dunque, atteso che il *dominium*, al momento della morte del costituente, è ancora nel patrimonio di questi («*et vereor, ne non possint in dominio eius effici cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit*»), sembra che esso debba essere trasmesso all'erede («*et cum sequitur condicio nuptiarum, iam heredis dominium est*»), senza la collaborazione del quale non sarebbe possibile la costituzione di dote, perché questi non può essere separato dal *dominium* suo malgrado («*a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est*»).

Ma ragioni di *favor dotis* (è questa la giustificazione alla *regula* che Ulpiano adduce²⁹²) consentono di ritenere che l'erede debba collaborare affinché lo schema negoziale sia compiuto («*sed benignius est favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit*»); oppure, se questi non avrà voluto o se non sarà presente, che siano trasferite le cose al marito *ipso iure*, nonostante l'erede sia nolente o assente, affinché la donna non resti indotata («*aut, si distulerit vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso iure transferri, ne mulier maneat indotata*»).

Le due regole introdotte a partire dal «*sed benignitas*» sono state ritenute di matrice giustiniana, per numerose ragioni di carattere testuale²⁹³ e sistematico²⁹⁴.

²⁹² O forse – come autorevolmente sostenuto – i compilatori adducono. Sul punto, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 268; nonché P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, cit., 312; F. VASSALLI, «*Dies vel condicio*», cit., 235 s.

²⁹³ Tra cui il ricorso alla *benignitas*, che costituirebbe uno dei modi con cui i compilatori della cancelleria imperiale erano soliti intervenire al fine di introdurre principi innovatori rispetto a quelli

Tuttavia, di recente, lo Stagi²⁹⁵ ha valorizzato la classicità del principio del *favor dotis*, così come del ricorso alla *benignitas* o all'*aequitas* della logica argomentativa di Ulpiano, affermando: «zudem ist die rhetorische Struktur des Textes keineswegs ungewöhnlich. Denn es ist für Ulpian typisch, ein Problem zuerst nach strengen Grundsätzen zu einer untragbaren Konsequenz zu führen und dann unter Berufung auf höchste Rechtswerte wie *aequitas* oder *benignitas* gleichsam als *deus ex machina*, die der juristischen Logik widersprechende, aber dem Rechtsgefühl entsprechende Lösung vorzustellen».

L'idea della classicità del principio non mi pare, dunque, inverosimile: non escluderei, infatti, che Ulpiano dopo aver portato alle estreme conseguenze la rigorosa applicazione del principio, avesse poi rivolto l'attenzione allo schema di interessi cristallizzato con la *traditio* condizionale ed approntato una soluzione giuridica che tenesse conto di quegli interessi. Come è già stato sottolineato, infatti, la condizione del verificarsi delle nozze apposta alla *dotis datio* è un esempio tipico di condizione che deduce un interesse interno rispetto al negozio condizionato: venuto meno il progettato matrimonio, la *traditio* viene completamente privata di causa. Ma al contrario, se la condizione si dovesse verificare, la *traditio* assume una funzione prenotativa, nel senso di vincolare i beni consegnati alla costituzione della dote. E ragioni di *aequitas* impongono che tale vincolo sia rispettato, nonostante il costituente sia deceduto prima del verificarsi della *condicio*.

Sussiste, in altri termini, una necessità dell'apposizione di una condizione al fine di definire una programmazione negoziale che non può essere frustrata da un evento del tutto casuale come la morte di una delle parti. Il regolamento del rapporto è ancora una volta costruito su questa programmazione.

contenuti nel brano classico. Inoltre, numerosi autori (tra i quali P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 268 s.) nel sostenere la classicità del principio per cui la *traditio* condizionale non produce l'acquisto del *dominium* se al momento del verificarsi della condizione il tradente è morto, hanno ritenuto che anche D. 39.5.2.5, in cui sembra essere stato accolto il principio opposto, sia stato interpolato mediante la soppressione di un «nom». Altri autori, come ad esempio G. G. ARCHI, s.v. *Condizione*, cit., 751, nonché ID., *Il negozio sotto condizione sospensiva*, cit., 66 s., hanno sostenuto, invece, la classicità del principio giuliano e l'esistenza di un contrasto di idee tra gli stessi giuristi classici, sicché i compilatori – nell'accogliere il domma della trasmissibilità ereditaria dei rapporti condizionati – avrebbero provveduto ad alterare il passo di Ulpiano.

²⁹⁴ Per il Voci (*Diritto ereditario romano*, I, cit., 266 ss.), in particolare, non sarebbe giustificata la contrapposizione tra la regola (probabilmente) espressa da Ulpiano relativa all'impossibilità che gli eredi siano vincolati a trasferire e quelle successivamente elencate, le quali potrebbero essere giustificate sulla base del venir meno, in diritto giustiniano, della struttura possessoria della *traditio*.

²⁹⁵ J. F. STAGL, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts* (Böhlau Wien – Köln – Weimar, 2009), 198 ss. e spec. 203 e 205 s.

CAPITOLO IV

CONDIZIONE APPOSTA A NEGOZI COSTITUTIVI DI RAPPORTI OBBLIGATORI

SOMMARIO: 1. La *stipulatio* ed il *legatum per damnationem*; 1.1. *Stipulationes*, *legata* condizionali e garanzie reali; 1.2. Novazione; 1.3. Condizione e causa nei *legata per damnationem*; 2. *Emptio venditio condicionalis*: la *lex commissoria*; 2.1. Ipotesi in cui la *lex commissoria* può essere costruita come condizione sospensiva dell'obbligo del venditore; 2.2. Condizione, divieto del patto commissorio e spettanza dell'*actio furti*; 3. ...segue: *in diem addictio* ed il *pactum displicentiae*; 3.1. Progressivo superamento dell'opinione per cui l'*emptio* è *condicionalis*; 3.2. *Id quod actum est*; 4. ...segue: *emptio rei speratae* ed *emptio spei*; 4.1. L'alternatività della costruzione dell'*emptio rei speratae*: *pura* o *sub condicione*?; 4.2. Gli effetti sulla causa: differenza tra *emptio rei speratae* ed *emptio spei*.

1. La *stipulatio* ed il *legatum per damnationem*.

Se a proposito dei negozi costitutivi di diritti reali lo spazio lasciato all'elaborazione giurisprudenziale era necessariamente marginale, il dinamismo naturalmente caratterizzante i rapporti obbligatori²⁹⁶ aveva, al contrario, consentito la proliferazione di un'enorme varietà di soluzioni e costruzioni volte a tutelare gli interessi concretamente conseguiti dalle parti. Chiaramente, ciò doveva essere stato vero più per i contratti consensuali tutelati da azioni di buona fede, che non per gli altri atti uni- o bi- laterali dai quali nascevano obbligazioni a carico di una sola delle parti. E, tuttavia, anche per questi tipi di atti le soluzioni adoperate dalla giurisprudenza classica testimoniano una forte attenzione alla causa concreta del singolo atto da condizionare, attenzione che poi – a seconda della struttura dell'atto – poteva manifestarsi in maniera più o meno incisiva.

Anche stavolta, a proposito della differenza di regime tra i due negozi menzionati nel titolo (ovviamente in rapporto al solo aspetto che ci interessa), qualcosa è stato detto nella parte, per così dire, 'generale' di questo lavoro.

In particolare, sono già state sottolineate le peculiarità relative al regime della trasmissibilità dell'obbligazione nascente da *stipulatio* sottoposta a condizione sospensiva e dell'intrasmissibilità dell'obbligazione nascente da *legatum per damnationem* condizionato²⁹⁷.

Ancora una volta, però, è necessario sottolineare che le intenzioni con le quali si affronta questo capitolo non sono quelle di chi mira a delineare i capisaldi della disciplina del negozio condizionale, ma, al contrario, quelle di chi tiene a

²⁹⁶ G. G. ARCHI, s.v. *Condizione*, cit., 752, parla, a tal proposito di «rapporto di tensione».

²⁹⁷ *Supra*, a pagina 37 ss.

sottolineare i particolarismi e l'originalità delle soluzioni che i giuristi romani offrirono, o quantomeno, ad evidenziare che l'attenzione della giurisprudenza romana fu appunto tesa a salvaguardare quegli interessi particolari (o, comunque ad approntare una disciplina che ne tenesse conto), espressi attraverso il condizionamento.

1.1. La disciplina giuridica della *stipulatio* condizionale costituì uno dei cardini attorno ai quali ruotò, nel corso dei secoli, la costruzione dogmatica del congegno²⁹⁸. Ed a ciò indubbiamente contribuì da un lato, la grande semplicità ed elasticità di struttura del negozio *de quo*, dall'altro la frequenza con cui esso fu adoperato nella prassi. Il fatto, però, che i rapporti condizionali fossero stati per lo più modellati su negozi stipulatori rende superflua una ricostruzione della disciplina generale e consente di passare direttamente ad analizzare dei brani che lasciano emergere la consistenza del negozio stipulatorio nella fase di pendenza della condizione sospensiva e l'influenza della condizione sullo schema causale del singolo atto, influenza ben visibile allorché il giurista prospetti ragioni equitative di tutela del rapporto giuridico.

²⁹⁸ Come testimoniato, fra l'altro, da alcuni brani tratti dalle Istituzioni giustinianee a proposito di obbligazioni *verbis contractae* dai quali risulta la disciplina della condizione aggiunta ad una *stipulatio*. Si leggano, in particolare: Inst. 3.15.2-6: 2. *Omnis stipulatio aut pure aut in diem aut sub condicione fit. Pure veluti "quinque aureos dare spondes?" idque confestim peti potest. In diem, cum adiecto die quo pecunia solvatur stipulatio fit: veluti "decem aureos primis kalendis Martiis dare spondes?" id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest: ac ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest, quia totus dies arbitrio solventis tribui debet. Neque enim certum est eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam praetereat.* 3. *At si ita stipuleris "decem aureos annuos quoad vivam dare spondes?", et pure facta obligatio intellegitur et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest. Sed heres petendo pacti exceptione submovebitur.* 4. *Sub condicione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, stipulatio committatur, veluti "si Titius consul factus fuerit, quinque aureos dare spondes?" si quis ita stipuletur "si in Capitolium non ascendero, dare spondes?" perinde erit, ac si stipulatus esset cum morietur dari sibi. Ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si, priusquam condicio existat, mors nobis contigerit.* 5. *Loca etiam inseri stipulationi solent, veluti "Carthagine dare spondes?" quae stipulatio licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus iniectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam. Et ideo si quis ita Romae stipuletur "hodie Carthagine dare spondes?" inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.* 6. *Condiciones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem aut omnino non differunt: veluti "si Titius consul fuit" vel "si Maevius vivit, dare spondes?" nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valent. Quae enim per rerum naturam certa sunt non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint. Nonché Inst. 3.19.25-27: 25. *Cum quis sub aliqua condicione fuerit stipulatus, licet ante condicionem decesserit, postea existente condicione heres eius agere potest. Idem est et a promissoris parte.* 26. *Qui hoc anno aut hoc mense dari stipulatus sit, nisi omnibus partibus praeteritis anni vel mensis non recte petet.* 27. *Si fundum dari stipuleris vel hominem, non poteris continuo agere, nisi tantum spatii praeterierit, quo traditio fieri possit.**

Uno dei temi che ai nostri fini può assumere un grande valore probatorio riguarda la possibilità di rafforzare il rapporto obbligatorio *sub condicione* mediante *datio* ovvero *conventio pignoris*. È pressoché certo, infatti, che, pur non spettando al creditore condizionale alcuna *actio* per far valere il suo credito nella fase di pendenza della condizione, questi potesse rafforzare il vincolo obbligatorio mediante una garanzia reale.

Tuttavia, la condizione apposta al credito finiva per incidere anche sugli effetti dell'atto con cui la garanzia veniva concessa, ancorché essa fosse stata *data* o *conventa pure*. Si legga, di nuovo²⁹⁹:

D. 20.4.11.1 (Gai. *l.s. de form. hypoth.*): *Videamus, an idem dicendum sit, si sub condicione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis exsistat condicio, ut potior sit qui postea credidisset. Sed vereor, num hic aliud sit dicendum: cum enim semel condicio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. Quod et melius est.*

Non viene fatto, nel brano, mistero alcuno del fatto che sia possibile accendere ipoteca anche per un credito condizionale. Così come non viene fatto mistero del fatto che alla condizione, alla quale è sottoposto l'atto con cui il credito sarebbe dovuto nascere, è sottoposta anche la nascita della garanzia. La chiosa del brano, tuttavia, è stata ritenuta da autorevole dottrina (che si intende seguire) frutto dell'opera dei compilatori, i quali miravano probabilmente ad affermare il dogma della retroattività della condizione. Ciononostante, mi pare che l'esigenza di far risalire al primo creditore gli effetti della costituzione della garanzia sia stata un'esigenza già avvertita dalla giurisprudenza classica³⁰⁰.

D. 20.4.9.1-2 (Afr. 8 *quaest.*): 1. *Amplius etiam sub condicione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quicumque deberi coeperit, si modo non ea condicio sit, quae invito debitore impleri non possit.*

2. *Sed et si heres ob ea legata, quae sub condicione data erant, de pignore rei suae convenisset et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam*

²⁹⁹ Il brano, difatti, è già stato analizzato quando si è parlato di retroattività della condizione (*supra* a pagina 43 s.)

³⁰⁰ Particolarmente interessante, mi sembra l'osservazione dell'Archi (s.v. *Condizione*, cit., 753) con cui l'a. nota che vi siano vari indizi che inducono a ritenere che l'intervento dei giustiniani sia consistito, in realtà, in un'epitome volta ad eliminare tutti gli elementi di una fattispecie complessa che aveva delineato i confini delle innovazioni di Giuliano. Tra questi indizi, spiccherebbe che – nelle parole di Gaio – la risalenza degli effetti della garanzia al primo creditore condizionale una *fictio iuris, fictio* della quale non ci sarebbe stato bisogno se la regola fosse stata imposta d'imperio.

creditam pignori dedit ac post condicio legatorum exstitit, hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit.

Il merito di aver ricollegato il passo gaiano agli appena riportati paragrafi del brano di Africano spetta all'Archi³⁰¹ ed al Tondo³⁰², i quali hanno evidenziato la «classicità della dottrina» per cui «finché la condizione non si verifica, non esiste pegno e questo perché la *pecunia debita* presupposta dall'*actio Serviana* non è ancora tale»³⁰³.

Ma un altro dato mi sembra spiccare: già Africano, riferendo gli insegnamenti del suo maestro Giuliano, auspicava – al § 1 – l'intervento del pretore («*tuendum putabat*»), affinché questi potesse offrire tutela al creditore condizionale contro colui che fosse diventato creditore del medesimo debitore, ma in un momento successivo. E ciò «*si modo non ea condicio sit, quae invito debitore impleri non possit*». Il periodo è in realtà di interpretazione complicatissima: se l'Archi³⁰⁴ ha ritenuto che, in esso, si facesse riferimento ad una condizione potestativa del debitore, il Tondo³⁰⁵ ha invece creduto che la condizione che non avrebbe giustificato l'intervento pretorio sarebbe stata una condizione che deduceva in evento un atto per il quale sarebbe stata necessaria la collaborazione di colui che, in conseguenza di quell'atto, sarebbe divenuto debitore³⁰⁶. Sia però in un caso che nell'altro, ciò che rileva è che la precisazione rende evidente la ragione che spinge Africano ad invocare l'intervento pretorio: si tratta di una ragione equitativa³⁰⁷.

Nonostante la regola affermata da Marciano in D. 20.1.13.15, per cui «*dicendum est ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur*», dunque, le soluzioni particolari dovevano essere state calibrate sulla causa concreta del negozio

³⁰¹ G. G. ARCHI, *Il negozio sotto condizione sospensiva*, cit., 49 ss., nonché ID., s.v. *Condizione*, cit., 753.

³⁰² S. A. TONDO, *Convalida del pegno*, cit., 173 ss.

³⁰³ G. G. ARCHI, *op. loc. ult. cit.*

³⁰⁴ G. G. ARCHI, *Il negozio sotto condizione sospensiva*, cit., 51.

³⁰⁵ S. A. TONDO, *Convalida del pegno*, cit., 197 ss.

³⁰⁶ Ad esempio, nel caso di ricevimento da parte del creditore oppignorante di una somma a mutuo. Sul punto, si veda P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. II. Le garanzie reali* (Padova, 1963), 156 ss.

³⁰⁷ Peraltro, il confronto con il *principium* di D. 20.4.9, dovrebbe ancora rafforzare l'opinione: difatti, Africano, dopo aver esposto che un conduttore aveva concesso una *res* in pegno al suo locatore a garanzia del pagamento del canone in attesa della scadenza del contratto e successivamente (ma ancora prima della scadenza del contratto) aveva concesso pegno sul medesimo bene a garanzia di una somma ricevuta a mutuo, afferma «*invito locatore ius pignoris in eo solvi non possit*». Il locatore, dunque, doveva essere preferito perché «il rapporto di locazione era nella specie sottratto al potere dell'oppignorante» (A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, cit., 112).

condizionato; tanto vero che molte delle condizioni giustificavano la tutela del primo creditore.

Il § 2, poi, estende il medesimo principio ai *legata per damnationem* condizionali³⁰⁸: in presenza di legati di questo tipo, sottoposti a condizione sospensiva («*ob ea legata, quae sub condicione data erant*»), l'erede può prestare garanzia costituendo un pegno su una cosa propria («*heres [...] de pignore rei suae convenisset*»). Ma se, a causa di un altro debito, avesse poi concesso la medesima cosa in garanzia («*et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit*»), e dopo di ciò si fosse verificata la condizione apposta ai legati («*ac post condicio legatorum exstitit*»), Giuliano ritenne che dovesse essere tutelato il legatario, al quale il pegno fu dato per primo («*hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit*»).

Non conta, dunque, per risolvere il problema del concorso dei creditori sul bene ipotecato, alcuna differenza strutturale tra il legato e la *stipulatio*: non conta se la condizione incide sull'esigibilità o sulla nascita dell'*obligatio*, e neppure se il negozio condizionato produca o non altri effetti preliminari. La posizione del creditore condizionale garantito da ipoteca non può essere pregiudicata da successivi atti del suo debitore.

1.2. Ulteriore profilo degno di nota non è quello – pure significativo – che attiene alla possibilità di estinguere un debito durante la fase di pendenza della *condicio* mediante *novatio* o *acceptilatio*³⁰⁹, per cui valgono certamente le considerazioni relative alla pressochè sicura consistenza dell'atto condizionato anche in età classica³¹⁰, ma – al contrario – quello che riguarda la fattispecie di una *stipulatio* novatoria condizionata.

Ciò che pare rilevante, in particolare, è l'attitudine della clausola condizionale a costituire un *aliquid novi* che determini di per sé la modificazione del regolamento

³⁰⁸ Così, S. A. TONDO, *Convalida del pegno*, cit., 186 e 196, nonché A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, cit., 113.

³⁰⁹ Possibilità attestata, per la *novatio*, ad esempio da D. 46.2.14.1; D. 46.2.8.1 e da D. 46.4.21, che però riguarda una novazione stipulatoria di un legato, estinto – prima del verificarsi della *condicio* – mediante *acceptilatio*. Per quest'ultima, invece, da D. 46.4.12; D. 46.3.16; D. 50.17.77 e da D. 46.4.13.6; D. 46.1.72.

³¹⁰ Se, infatti, l'atto condizionato sospensivamente (sia esso una *stipulatio* ovvero un *legatum per damnationem*) veniva novato *pure*, l'operatività della novazione era sottoposta alla medesima condizione sospensiva alla quale era sottoposto l'atto da novare. Per dirla con parole di Ulpiano (D. 46.2.14.1) «*[...] etenim existens condicio primam stipulationem committit commissamque in secundam transfert [...]*».

del rapporto³¹¹. Ma, ancora, l'incidenza della clausola condizionale sul rapporto giuridico che si viene a creare per mezzo della novazione condizionata e la possibilità (talora concessa e talaltra no) di adoperare l'*exceptio pacti* contro chi agisca in virtù dell'obbligazione anteriore, in pendenza della condizione apposta alla *stipulatio* novatoria, testimonia che la giurisprudenza classica avesse a mente più che il profilo dogmatico per cui la condizione rende inefficace l'atto, il problema pratico di come contemperare gli interessi delle parti dell'operazione negoziale.

Già si è parlato ampiamente di Gai 3.179³¹², attorno al quale si è a lungo concentrata l'attenzione della giusromanistica moderna e contemporanea, soprattutto al fine di sottolineare la diversità di impostazioni che certamente è possibile riscontrare in seno alla stessa giurisprudenza classica. Credo però che le diverse soluzioni offerte da Gaio e Servio Sulpicio Rufo presentino, in comune, il fatto di essere orientate alla tutela degli assetti posti in essere con l'operazione negoziale. Se, per Servio Sulpicio, la novazione doveva produrre effetti immediati, ancorché la *stipulatio* novatoria fosse condizionata, ciò testimonia che certamente la dogmatica (che si vorrebbe classica) della condizione non avesse avuto un ruolo da protagonista nell'individuazione del momento a partire dal quale la novazione avrebbe prodotto il suo caratteristico effetto estintivo³¹³. Gaio, tuttavia, non accetta tale ricostruzione: se è vero che l'immediatezza dell'effetto estintivo garantisce il debitore contro eventuali azioni del creditore volte ad ottenere il pagamento di quanto dovuto a titolo della prima obbligazione, è altresì vero che non si può trascurare del tutto che la *stipulatio* novatoria fosse una stipulazione

³¹¹ La tradizione è giunta sino al codice civile del 1942, nel quale, nell'elencare le «modalità che non importano novazione» – come recita la rubrica dell'art. 1231 –, non compare la condizione: «il rilascio di un documento o la sua rinnovazione, l'apposizione o l'eliminazione di un termine e ogni altra modificazione accessoria dell'obbligazione non producono novazione». Il termine cui fa riferimento la disposizione deve, peraltro, ritenersi il mero termine di adempimento, come confermato da unanime dottrina. Su tutti si cfr. C. NOBILI, *Le obbligazioni* (Milano, 2008), 150; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 1230-1259* (Bologna-Roma, 1975), 109; P. RESCIGNO, s.v. *Novazione*, in *NNDI*, XI (Torino, 1965), 436; A. ZACCARIA, s.v. *Novazione*, in *Digesto civ.*, XII (Torino, 1995), 286; P. LAMBRINI, *La novazione*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo, M. Talamanca, III, *I modi di estinzione*, a cura di A. Burdese, E. Moscati (Padova, 2008), 485.

³¹² Analizzato *supra* a pagina 19 ss.

³¹³ Così già P. LAMBRINI, *La novazione: pensiero classico*, cit., 71 il cui P.a. afferma che: «da presenza della divergente opinione del giurista repubblicano mette in crisi tutti i tentativi di spiegazione del fenomeno della novazione condizionata, secondo i quali la posizione affermata da Gaio corrisponderebbe perfettamente alla teorica romana della condizione, che non ne conosce l'efficacia retroattiva, e si adatterebbe a pennello anche la dogmatica dell'atto, tipica della concezione romana, per cui la stipulazione sarebbe perfetta solo all'avverarsi della condizione e sono in tale momento potrebbe produrre la novazione».

condizionata; pertanto il giurista propone che competa al debitore l'*exceptio doli aut pacti*³¹⁴. La testimonianza offerta dal palinsesto veronese, tuttavia, pare non trovare riscontro in altri brani, sempre gaiani, contenuti nel Digesto. Tra questi:

D. 2.14.30.1-2 (Gai. 1 *ad ed. provinc.*): 1. *Qui pecuniam a servo stipulatus est, quam sibi Titius debebat, si a Titio petat, an exceptione pacti conventi summoverti et possit et debeat, quia pactus videatur, ne a Titio petat, quaesitum est. Iulianus ita summovertendum putat, si stipulatori in dominum istius servi de peculio actio danda est, id est si iustam causam intercedendi servus habuit, quia forte tantandem pecuniam Titio debuit: quod si quasi fideiussor intervenit, ex qua causa in peculium actio non daretur, non esse inbibendum creditorem, quo minus a Titio petat: aequo nullo modo prohiberi eum debere, si eum servum liberum esse credidisset.*

2. *Si sub condicione stipulatus fuerim a te quod Titius mihi pure deberet: an deficiente condicione si a Titio petam, exceptione pacti conventi et possim et debeam summoverti? Et magis est exceptionem non esse opponendam.*

Il tema dei due frammenti appena riportati riguarda una novazione soggettiva dal lato passivo dell'obbligazione: se colui che si sia fatto promettere una somma da un servo («*qui pecuniam a servo stipulatus est*»), somma già dovuta da Tizio («*quam sibi Titius debebat*»), la richieda, appunto, a Tizio («*quam sibi Titius debebat*»), ci si domanda se possa o debba essere respinto dall'eccezione di patto convenuto, perché pare che sia intervenuto un *pactum de non petendo* a vantaggio di Tizio («*an exceptione pacti conventi summoverti et possit et debeat, quia pactus videatur, ne a Titio petat, quaesitum est*»). Giuliano crede che l'eccezione sia proponibile se a lui rimanga contro il padrone del servo l'*actio de peculio* («*Iulianus ita summovertendum putat, si stipulatori in dominum istius servi de peculio actio danda est*»); e cioè se il servo ebbe giusta causa d'interporre la sua obbligazione («*id est si iustam causam intercedendi servus habuit*»), ad esempio nel caso in cui, per avventura, questi fosse stato debitore a Tizio della medesima somma («*quia forte tantandem pecuniam Titio debuit*»). Ma se il servo intervenne come fideiussore («*quod si quasi fideiussor intervenit*»), caso in cui non ci può essere l'*actio de peculio* («*ex qua causa in peculium actio non daretur*»), non si

³¹⁴ L'adattamento gaiano, dunque, pur ricollegando all'adempimento della *condicio* l'efficacia della novazione tiene conto dell'intero rapporto: con la condizione, la prima obbligazione diventa inesigibile. In effetti, la concezione potrebbe essere spiegata con la teoria dell'inefficacia dell'atto condizionato (W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* cit., 124). Tuttavia, il fatto che la soluzione prospettata dal giurista fosse coerente con la dogmatica che si vorrebbe classica dell'atto condizionato non significa che questa fosse nata per rientrarvi. A tal proposito si veda quanto verrà detto a breve circa le ipotesi di novazione soggettiva passiva in cui è lo stesso Gaio a negare che, venendo a mancare la condizione apposta alla stipulazione novatoria, possa essere opposta l'*exceptio pacti* da parte del primo debitore.

deve proibire al creditore di richiedere l'adempimento a Tizio («*non esse inbibendum creditorem, quo minus a Titio petats*»). Egualmente non si potrebbe impedire in alcun modo di richiedere l'adempimento a Tizio («*aeque nullo modo prohiberi eum debere*») nel caso in cui il creditore avesse creduto di stipulare con un uomo libero, invece che con un servo («*si eum servum liberum esse credidisset*»).

Dunque, a mente del primo paragrafo, l'eccezione di patto convenuto può essere concessa al primo debitore per paralizzare la pretesa del creditore se a questi residua l'*actio de peculio* da far valere contro il *dominus* del servo, suo *promissor*. Se invece l'obbligazione del servo non ha causa autonoma rispetto all'obbligazione novata, così come se il creditore credeva che il servo fosse in realtà un uomo libero al momento della stipulazione, Tizio non può opporre l'*exceptio pacti*.

Il secondo paragrafo, poi, continua inserendo tra le ipotesi in cui non è possibile per il primo debitore opporre l'*exceptio pacti* quella del credito condizionale: se ho concluso con te una *stipulatio* sotto condizione avente ad oggetto una somma che Tizio doveva a me puramente («*si sub condicione stipulatus fuerim a te quod Titius mihi pure deberets*»), nel caso in cui fosse mancata la condizione e io abbia richiesto l'adempimento a Tizio («*an deficiente condicione si a Titio petam*»), posso e debbo essere io stesso essere respinto dall'eccezione di patto convenuto («*exceptione pacti conventi et possim et debeam summoverti*»)? Si può dire senza dubbio che non possa essere opposta l'eccezione («*et magis est exceptionem non esse opponendam*»).

Già Paola Lambrini³¹⁵ aveva notato che in realtà la differenza di trattamento giuridico delle due ipotesi (la prima, quella rappresentata nel manuale istituzionale e la seconda, quella accolta nella compilazione giustiniana) fosse giustificata dal diverso tipo di novazione posta in essere: da un lato, una novazione oggettiva, dall'altro una modificazione dal lato passivo dell'obbligazione³¹⁶, per la quale è ben ragionevole pensare che il creditore avesse tutto l'interesse a tenere ferma

³¹⁵ P. LAMBRINI, *La novazione: pensiero classico*, cit., 75 s.

³¹⁶ E non sarebbe un caso, allora che Giavoleno prospetti l'impossibilità di agire da parte del primo creditore in pendenza della condizione cui è sottoposta una *delegatio promittendi* attiva. Il brano cui si fa riferimento è D. 12.1.36 (Iav. 1 *epist.*): *Pecuniam, quam mihi sine condicione debebas, iussu meo promisisti Attio sub condicione: cum pendente condicione in eo statu sit obligatio tua adversus me, tamquam sub contrariam condicionem eam mihi spopondisti, si pendente condicione petam, an nihil acturus sum? Respondit: non dubito, quin mea pecunia, quam ipse sine condicione stipulatus sum, etiam si condicio in persona Attii, qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub condicione stipulatus est, non extiterit, credita esse permaneat (perinde est enim, ac si nulla stipulatio intervenisset): pendente autem causa condicionis idem petere non possum, quoniam, cum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor.* Le ipotesi di modificazioni soggettive dell'obbligazione dovevano, dunque, ricevere un trattamento diverso in quanto rappresentanti interessi diversi.

l'obbligazione del primo debitore finché non fosse divenuta esigibile quella nei confronti del secondo. Non così evidentemente per la novazione oggettiva, per la quale il debitore è certamente individuato e, ad essere in dubbio, è unicamente l'oggetto ovvero il titolo della sua obbligazione.

È ragionevole, dunque, che in quest'ultimo caso sia in pendenza della condizione che mancando la stessa³¹⁷ fosse offerta al debitore la possibilità di paralizzare l'eventuale azione esecutiva del suo debitore, perché – con la condizione sospensiva – a sua volta poteva nascere un *pactum de non petendo* condizionato all'evento contrario rispetto a quello dedotto in condizione sospensiva dalla *stipulatio*³¹⁸. E tuttavia, ancora una volta l'esperibilità del rimedio pretorio è strettamente legata alla volontà, agli interessi ed all'insieme delle circostanze fattuali che consentono di determinare la causa concreta dell'operazione negoziale.

1.3. Si è cercato sinora di dimostrare che non solo la condizione risolutiva ha storicamente presentato dirette influenze sul rapporto giuridico, ma pure il suo *alter ego* sospensivo, e ciò attraverso l'individuazione di una serie di aspetti della regolamentazione del rapporto nascente da atti condizionati che risultano alterati rispetto a quanto ci si sarebbe aspettati alla luce delle impostazioni tradizionali. In particolare, tale alterazione è ben visibile ove si parli di *legata per damnationem* (nonché di fedecommissi) in cui la condizione incide sullo schema causale del lascito, sicché si sarebbe potuto ritenere che, in assenza di questa, la disposizione non sarebbe stata certamente effettuata.

L'esempio tipico è quello del *legatum poenae nomine relictum*, vale a dire quel tipo di legato in cui il verificarsi dell'evento che è dedotto in condizione è – diremmo oggi – il solo motivo che ha determinato il testatore a disporre; sicché, per il caso in cui l'evento (che normalmente consisteva nel non aver tenuto, l'erede, un determinato comportamento³¹⁹) si fosse verificato, veniva imposto all'erede un

³¹⁷ P. LAMBRINI, *op. ult. cit.*, 65 e 74, nonché F. BONIFACIO, *La novazione nel diritto romano*² (Napoli, 1959), 111.

³¹⁸ E. COSTA, *L' 'exceptio doli'* (Bologna, 1897), 162 ss.

³¹⁹ Ma l'evento dedotto in condizione poteva anche facilmente essere un evento positivo, come testimoniato da Gai 2.235: *Poenae quoque nomine inutiliter legatur. Poenae autem nomine legari uidetur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis heres aliquid faciat aut non faciat, ueluti quod ita legatur: SI HERES MEVS FILLAM SVAM TITIO IN MATRIMONIVM COLLOCAVERIT, X MILLA SEIO DATO, uel ita: SI FILLAM TITIO IN MATRIMONIVM NON COLLOCAVERIS, X MILLA TITIO DATO; sed et si heredem, si uerbi gratia intra biennium monumentum sibi non fecerit, X milia Titio dare iusserit testator, poenae nomine legatum est. Et denique ex ipsa definitione multas similes species circumspicere possumus.*

obbligo nei confronti del legatario. Il legato, appunto, era *relictum*, anziché come gratificazione per il legatario, come pena per il contegno dell'erede.

D. 34.6.2 (Marcian. 6 *inst.*): *Poenam a condicione voluntas testatoris separat et an poena, an condicio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet: idque divi Severus et Antoninus rescripserunt.*

La volontà del testatore è ciò che distingue la pena dalla condizione («*poenam a condicione voluntas testatoris separat*»), e dalla volontà del defunto si rileva se sia pena, condizione o trasferimento («*et an poena, an condicio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet*»): così rescrissero i divi Severo ed Antonino («*idque divi Severus et Antoninus rescripserunt*»).

Tecnicamente, la distinzione che fa Marciano non è esatta: il meccanismo sanzionatorio, in legati di questo tipo, consiste proprio nell'apposizione di una condizione (a meno che non si sia fatto ricorso allo strumento dell'obbligazione alternativa)³²⁰. Tuttavia, il senso generale del brano è piuttosto chiaro e l'imprecisione tecnica, probabilmente, è posta a servizio della maggior chiarezza di quel significato: allorché l'evento dedotto in condizione venga assunto come fatto dell'erede da sanzionare, la causa della disposizione sarebbe stata certamente immeritevole di tutela, sicché l'intero legato (e non solo la *condicio*) sarebbe stato nullo³²¹; se, al contrario, l'evento fosse stato, per così dire, 'neutro' nelle intenzioni del testatore rispetto al suo verificarsi o non, allora la disposizione e la condizione sarebbero state salve³²².

Nella nostra esposizione, dunque, il brano di Marciano, che a sua volta riprende il citato rescritto di Severo ed Antonino, assume un significato particolare, perché dimostra che la funzione della stessa, identica condizione potesse essere profondamente diversa a seconda delle diverse intenzioni del *de cuius*, per risalire alle quali assume un ruolo chiave – già nell'ottica del giurista tardo severiano – una complessa operazione interpretativa.

I risultati di quest'ultima possono condurre ad un bivio: o la condizione determina il venir meno dello spirito liberale della disposizione testamentaria, e la rende, pertanto, nulla oppure ciò non accade. Ancor prima, dunque, del problema

³²⁰ G. GROSSO, *I legati*, cit., 432.

³²¹ È chiaro, dunque, che la condizione è a ragione considerata – in questa fattispecie – come inscindibile rispetto all'intero contenuto negoziale. Tale inscindibilità giustifica, nuovamente, l'inapplicabilità della regola sabiniana in un'ipotesi in cui la *condicio* avrebbe potuto essere classificata come *contra bonos mores*.

³²² Così G. GROSSO, *op. loc. ult. cit.*

relativo all'individuazione del momento in cui l'obbligazione nasce nel *legatum per damnationem*, si pone quello di stabilire quale sia il regolamento applicabile al rapporto sorto mediante quel legato. Il che dimostra a sua volta che, ancorché il *dies cedens* non sia ancora venuto ad esistenza e l'obbligazione non possa essere trasmessa agli eredi, un rapporto giuridico (vale a dire un rapporto di cui il diritto si sia occupato) sia nato anche nella fase di pendenza.

2. *Emptio venditio condicionalis: la lex commissoria.*

In materia di contratti consensuali, a prestazioni corrispettive e condizionati, un ruolo centrale, ovviamente, assume l'*emptio venditio*, cui potevano accedere alcune *leges*, tra le quali verrà analizzata, per prima, la cd. *lex commissoria*.

I problemi che la clausola fa sorgere, in realtà, sono molti e piuttosto delicati: il primo dei quali (primo perché assorbente rispetto al tema della nostra analisi) riguarda proprio la sua configurabilità in termini di condizione, perché, nonostante molti giuristi diano atto della possibilità di costruire il meccanismo anche come condizione sospensiva della compravendita, l'impostazione prevalente fra gli stessi giuristi romani sembra essere quella di chi ritiene che essa consista in un *pactum sub condicione* che accedeva ad un'*emptio pura*³²³. Il secondo problema in ordine logico riguarda la struttura del sinallagma nel caso in cui una delle obbligazioni caratteristiche della compravendita (il pagamento del prezzo) venga dedotta in condizione: può l'obbligazione del venditore sorgere solo in conseguenza dell'adempimento dell'obbligazione del compratore? Può la condizione addirittura alterare lo schema causale della compravendita?

2.1. In D. 41.4.2.3, Paolo³²⁴ dà atto della possibilità di costruire il meccanismo in due modi distinti e separati:

D. 41.4.2.3 (Paul. 54 *ad ed.*): *Sabinus, si sic empti sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia. Sed videamus, utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, magis resolvetur quam implebitur.*

Il brano riguarda l'usucapibilità della *res* tradita a seguito della conclusione di una compravendita cui doveva accedere una *lex commissoria*³²⁵ e – in effetti – chiarisce che la questione è strettamente connessa con l'altra (preliminare) relativa alla struttura di tale clausola: se la si dovesse ritenere condizione sospensiva degli

³²³ Si consideri, infatti, che il titolo terzo del libro 18 del Digesto, dedicato alla trattazione della *lex commissoria* si apre con un brano di Ulpiano tratto dal ventottesimo dei libri *ad Sabinum* che si riporta per ragioni di convenienza: *Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emptio quam sub condicione contrahi videatur*. Il «*magis est*», dunque, esprime, da un lato la preferenza di Ulpiano, ma anche, dall'altro, che la configurazione in termini di condizione sospensiva apposta alla stessa compravendita era ben possibile.

³²⁴ Così come Ulpiano, d'altronde, nel brano menzionato nella nota precedente.

³²⁵ Ancorché la *lex* non venga menzionata espressamente, non pare potersi dubitare del fatto che Paolo stia facendo riferimento proprio a tale meccanismo. Sul punto, già E. NICOSIA, *In diem addictio' e 'lex commissoria'*, cit., 191 e spec. in nota 363.

obblighi del venditore, allora la cosa non avrebbe potuto essere usucapita finché non si fosse verificata la condizione (vale a dire nel caso in cui, allo spirare di un certo termine, il compratore avesse pagato l'ultima rata del prezzo); se, al contrario, la compravendita fosse da considerarsi pura, allora la *res* avrebbe dovuto essere già venduta con il consenso e, dunque, il termine dell'usucapione sarebbe dovuto decorrere a partire dalla conclusione del contratto³²⁶.

Ebbene, Masurio Sabino certamente aderisce alla prima opzione³²⁷ perché chiarisce che «*non usucapturum nisi persoluta pecunia*». Ed allora, stando alle parole di Paolo, nell'opinione dell'illustre giurista l'effetto pratico tipico della *lex commissoria* doveva essere quello di subordinare la nascita dell'obbligazione del venditore al pagamento integrale del prezzo da parte del compratore.

È lo stesso Paolo, però, ad introdurre, servendosi di un «*sed videamus*», il principio per cui è necessario indagare sulla struttura della *lex commissoria*, prima di poter offrire una risposta al quesito relativo all'usucapibilità. Delle due l'una: o la *lex commissoria* è una condizione o è una *conventio* («*utrum condicio sit hoc an conventio*»).

Due sono i dati che emergono dall'analisi del passo: a) che se si poneva un problema di usucapibilità, certamente ciò significava che anche nel caso in cui la vendita fosse stata sospensivamente condizionata, la *traditio* al compratore doveva avvenire al momento della conclusione del contratto³²⁸; b) che nulla esclude che la configurazione fosse astrattamente possibile nei due modi, e ciò nonostante il

³²⁶ Parte della dottrina, tuttavia, ha ritenuto che il brano non potesse aver fatto riferimento alla condizione sospensiva in quanto, nel descrivere gli effetti che le parti avrebbero voluto raggiungere, in esso si fa riferimento al fatto che la cosa dovesse considerarsi *inempta* («*si sic empti sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret*»). A tal proposito, si cfr. B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., 330 ss. A tali osservazioni, tuttavia, la Nicosia (*In diem addictio' e 'lex commissoria'*, cit., 192 e spec. in nota 364) risponde, acutamente, che il termine «*inemptus*» rende sia il significato di 'invenduto' che quello di 'non più venduto'. A prescindere dalla formulazione adottata nel testo, dalla quale risulta che l'evento è quello, negativo, dell'inadempimento alla scadenza (al quale, in effetti, sembra più aderente la soluzione paolina), la doppia negazione («*nisi – inemptus*») rende astrattamente configurabile la clausola anche in positivo («*si pecunia intra diem certum soluta esset, empti res fieret*»).

³²⁷ Così come confermato, del resto, dal tenore del passo che nella compilazione giustiniana precede quello analizzato. D. 41.4.2.2 (Paul. 54 *ad ed.*): *Si sub condicione emptio facta sit, pendente condicione emptor usu non capiat. Idemque est et si putet condicionem extitisse, quae nondum exstitit: similis est enim ei, qui putat se emisse. Contra si exstitit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur quam opinionem, usucapere eum. Est tamen nonnulla diversitas, quod ibi, cum rem putat alienam, quae sit venditoris, affectionem emptoris habeat, at cum nondum putat condicionem extitisse, quasi nondum putat sibi emisse. Quod apertius quaeri potest, si, cum defunctus emisset, heredi eius tradatur, qui nesciat defunctum emisse, sed ex alia causa sibi tradi, an usucapio cesset.*

³²⁸ Cosa che, in effetti, avrebbe anche giustificato le difficoltà interpretative. Molto significativi in questo senso sono pure quei brani che analizzano il problema della percezione dei frutti da parte del compratore (D. 18.3.5; D. 18.3.4.1).

giurista severiano sembra aver voluto dare maggiore risalto (forse, solo *ad opponendum*) alla costruzione della *lex dicta* in termini di *conventio* («*si conventio est, magis resolvetur quam implebitur*»)³²⁹.

Il medesimo risalto è offerto anche da un brano di Ulpiano:

D. 18.3.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emptio quam sub condicione contrahi videatur.*

Se un fondo sarà venduto con una *lex commissoria* è preferibile che l'acquisto sia ritenuto risolto sotto condizione piuttosto che non contratto sotto condizione.

Di nuovo, dunque, è solo preferibile che la *lex commissoria* sia considerata una *conventio*³³⁰.

Ma a che cosa è dovuta tale preferenza? Per focalizzare con chiarezza i termini della questione è – a mio avviso – necessario tener presente, che con ogni probabilità, la *lex commissoria* presentava una vocazione unitaria, sia che fosse stata

³²⁹ Il periodo, tuttavia, pur essendo abbastanza chiaro nel significato, non lo è altrettanto grammaticalmente. Qual è il soggetto che regge i due verbi «*resolvetur*» e «*implebitur*»? Il Mommsen (*Ed. maior, ad h.l.* in nota 1) aveva proposto di inserire, prima del «*quam*», la parola *emptio* la quale, dunque, avrebbe dovuto considerarsi, più 'risolta' che non 'adempita'. Pare preferibile, però, seguire ancora una volta Eleonora Nicosia (*In diem addictio* e '*lex commissoria*', cit., 192 s.), che – argomentando in ordine al fatto che il soggetto dei periodi precedenti sia la *res empti* e mai la *emptio* – opta, piuttosto, per far reggere il periodo alla parola *conventio* che compare poco prima. A sostegno di tale ricostruzione pare deporre anche il fatto che venga adoperato pure il verbo *implere*, che, com'è ormai noto, è un verbo tipicamente rivolto all'avveramento della condizione, sicché la contrapposizione tra la risoluzione e l'adempimento avrebbe avuto come scopo proprio quello di sottolineare la diversità di effetti tra il patto aggiunto e la condizione sospensiva.

³³⁰ Secondo parte della dottrina più recente, l'affermazione di Ulpiano sarebbe stata volta ad eliminare ogni possibile indagine sul contenuto concreto della volontà delle parti (C. PENNACCHIO, *Note in tema di 'lex commissoria': a proposito di D. 18.3.8 (Scaev. 7 'dig.')*, in *TSDP*. 10 (2017), edizione online: http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2017/contributi/2017_Contributi_Pennacchio.pdf, ove citato pure O. SACCHI, '*Lex commissoria*' e divieto del patto commissorio. *Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?*, in *Ius Antiquum* 19 (2007), edizione online: http://www.dirittoestoria.it/iusantiquum/articles/Sacchi-Ius-Antiquum-19-2007.htm#_ftn9, il quale recepisce la posizione per cui l'indagine sulla volontà delle parti, da effettuarsi caso per caso «stante il sospetto pressochè unanimemente condiviso in dottrina di gravi alterazioni di D. 18.2.2 pr. (cfr. *Index Int.* 319), è da considerare se non un glossema, una posizione dell'epoca giustinianeae»). Vi è di contro da notare che non mancano autori che ritengono che fosse plausibilmente classica la necessità dell'indagine sul concreto atteggiarsi del negozio in relazione agli interessi manifestati dalle parti. Su tutti, B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., 328 e U. BABUSIAUX, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteivillens im klassischen römischen Zivilprozess* (München, 2006), 180 s. e 189. Per più ampia bibliografia si cfr. E. NICOSIA, *In diem addictio* e '*lex commissoria*', cit., 27 s. in nota 50.

accessoria ad una compravendita, sia che lo fosse stata ad un *pignus*³³¹. Quei motivi, dunque, vanno ricercati nelle maggiori tutele che una simile costruzione avrebbe dato alle parti (ed in particolare al venditore), se queste avessero voluto porre in essere una compravendita cui fosse stata del tutto estranea la funzione di garanzia.

Il *pactum sub condicione* meglio si adattava allo scopo di rafforzare la posizione del *venditor*, al quale, verificandosi l'inadempimento, sarebbe spettata non solo l'*actio venditi* volta ad ottenere adempimento, ma anche il potere di risolvere unilateralmente il contratto stesso³³².

Il ruolo che gioca la volontà del venditore nell'attuazione del patto³³³, tuttavia, deve indurre a ritenere che, piuttosto che di condizione risolutiva³³⁴, si fosse trattato di un meccanismo che oggi definiremmo 'clausola risolutiva espressa', in cui l'effetto del condizionamento al patto aggiunto non comporta (nel caso del verificarsi della circostanza) l'automatica risoluzione del contratto, ma unicamente la nascita di un diritto potestativo che consente al venditore di sciogliere unilateralmente³³⁵ (e con effetto retroattivo³³⁶) il contratto posto in essere, ed al

³³¹ Sul punto, già A. BISCARDI, *La «lex commissoria» nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II (Milano, 1962), 575, che così si esprimeva: «fa una certa impressione – e non credo a me solo – che la dottrina romanistica moderna (non così quella civilistica, diligentemente passata in rassegna del Bianca nel suo recente studio sul divieto del patto commissorio) sia pressoché unanime (sporadiche sono infatti le eccezioni rappresentate da Emilio Costa e dallo Steiner) nel considerare la cd. *lex commissoria* del pegno e la cd. *lex commissoria* della vendita come due singoli istituti del tutto, o quasi, indipendenti l'uno dall'altro».

³³² Il Biscardi (*La «lex commissoria»*, cit., 579 e spec. in nota 13) ritiene che da alcuni testi (in particolare, D. 18.3.4 pr. e D. 18.1.6.1) possa dedursi la possibilità di adoperare l'*actio venditi* anche per ottenere la restituzione del bene venduto, oltre che dei frutti ed il ristoro dei danni eventualmente patiti.

³³³ Sulla quale, in particolare, insiste E. NICOSIA, *'In diem addictio' e 'lex commissoria'*, cit., 157 ss.

³³⁴ È ancora una volta nel giusto E. NICOSIA, *'In diem addictio' e 'lex commissoria'*, cit., 17 s. quando sostiene che il *pactum* non dovesse essere stato adoperato con funzione di condizione risolutiva. Non mi sento di seguirla, invece, quando per avvalorare la tesi appena esposta, adopera, come argomento, il fatto che la condizione risolutiva fosse conosciuta al diritto romano classico e che, se i giuristi avevano sentito di non adoperare l'espressione tecnica *ad condicionem*, invece della altrettanto tecnica *emptio quae sub condicione resolvitur*, fu perché essi non intesero farlo. Sono d'accordo sulle premesse, ma non sulla conclusione che da esse è tratta: se è vero che l'espressione *ad condicionem* non viene utilizzata in questo caso, deve probabilmente essere stato perché la condizione risolutiva nascente dal negozio stesso (e non da un patto aggiunto) venne impiegata solo per anticipare la sorte di rapporti – per definizione – temporanei. Sul punto si veda quanto già argomentato *supra*, a pagina 32 s.

³³⁵ A tal proposito, A. BISCARDI, *La «lex commissoria»*, cit., 578 discorre di «riserva di recesso». La definizione, però, mi sembra togliere potere al diritto del venditore, il quale avrebbe potuto ottenere non solo l'unilaterale scioglimento dal vincolo contrattuale *ex nunc*, ma anche i frutti nel frattempo percepiti dal compratore, a meno che quest'ultimo, non avesse già pagato una parte del prezzo (la circostanza è testimoniata dalle parole di Ulpiano che riferiscono l'opinione di Nerazio in

quale – probabilmente – doveva essere stato dato quantomeno un principio di esecuzione.

Inoltre, un brano di Pomponio chiarisce che esigenze equitative dovevano indurre a ritenere che il *periculum* del fortuito perimento della cosa ricadesse sul compratore. Cosa, quest'ultima, che non sarebbe stato possibile conciliare tanto facilmente con una costruzione della clausola in termini di condizione sospensiva.

Si legga:

D. 18.3.2 (Pomp. 35 *ad Sab.*): *Cum venditor fundi in lege ita caverit: "si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit", ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset.*³³⁷

Quando il venditore del fondo in una clausola avrà stabilito: "se entro un certo termine la pecunia non sarà stata pagata, allora il fondo sarà invenduto" («*cum venditor fundi in lege ita caverit: "si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit"*»), essa va interpretata nel senso che il fondo resti invenduto se il venditore manifesta una volontà in tal senso («*ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit*»), poiché la *lex commissoria* è stata disposta in favore del venditore («*quia id venditoris causa caveretur*»): infatti, se la clausola fosse interpretata diversamente, incendiata la villa presso il futuro compratore («*exusta villa in potestate emptoris futurum*»), non adempiendo, questo avrebbe potuto rendere invenduto il fondo, di cui il pericolo è suo («*ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset*»).

In altri termini, poiché il verificarsi della condizione è in potestà del compratore, su di lui deve ricadere il pericolo del perimento della cosa per caso fortuito, perché, altrimenti, egli avrebbe il potere di rendere il fondo *inemptus* a sua convenienza.

D. 18.3.4.1). Ebbene, persino la possibilità offerta al compratore di trattenere i frutti percepiti a concorrenza di quanto già versato a titolo di prezzo, mi pare che sia fondata su una logica perequativa di risoluzione, piuttosto che non di recesso unilaterale.

³³⁶ Ancora, sul punto si cfr. D. 18.3.4.1 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Sed quod ait Neratius habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium quod numeravit perdidit: igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit.*

³³⁷ Si cfr., peraltro, O. LENEL, *Palingenesia*, II, 147, da cui risulta che il libro 35 *ad Sabinum* di Pomponio doveva essere in tema di fiducia e, più in generale, di garanzie dell'obbligazione.

Tale regime, necessario per ragioni di tutela della parte nel cui favore la *lex commissoria* è stata pattuita, si diceva, mal si concilia con la sua impostazione in termini di condizione sospensiva.

Al contrario, però, quando la *lex commissoria* consente di trasformare una compravendita in una vera e propria *emptio in causam obligationis*³³⁸, essa, pur continuando a convenire al venditore/debitore, che mediante la clausola avrebbe potuto riottenere la *res* oppignorata, deduce come evento un fatto di questi.

Pertanto, poiché è l'adempimento del venditore (certamente ben accolto dal compratore/creditore) che gli avrebbe consentito di riottenere l'oggetto della garanzia, il *periculum* sarebbe potuto pacificamente ricadere su di lui.

Anche rispetto alla necessità della manifestazione della volontà per l'attivazione del meccanismo commissorio, il capovolgimento della protasi comportava un capovolgimento della prospettiva: si imponevano, in questo caso, ragioni di tutela del venditore/debitore, che non poteva restare alla mercé del suo compratore/creditore nell'ottenere la restituzione della cosa concessa in garanzia.

Dunque, da un lato la non necessità dello spostamento del *periculum* sul compratore, dall'altro la convenienza per il venditore dell'automatismo degli effetti della clausola, comportavano che – per le *emptiones in causam obligationis* – le esigenze delle parti sarebbero state tutelate probabilmente più da una condizione sospensiva che non da un patto di risoluzione sospensivamente condizionato³³⁹.

Si legga, d'altra parte, un noto passo di Elio Marciano:

D. 20.1.16.9 (Marcian. *l.s. ad form. hypoth.*): *Potest ita fieri pignoris datio hypothecaere, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. Et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.*

Con la frase «*si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem*» non v'è dubbio che il giurista tardo severiano stia descrivendo una *lex commissoria*.

³³⁸ Cosa possibile con una certa facilità capovolgendo la protasi della clausola in «*si ad diem pecunia soluta sit, ut fundus inemptus sis*». Il *solvere*, tuttavia, stavolta non deve avvenire ad opera del compratore che deve pagare il prezzo al venditore, ma del venditore il quale ha concesso la *res* in garanzia e deve restituire quanto versatogli a titolo di mutuo dal compratore, per far sì che quella cosa gli ritorni. Sul punto, A. BISCARDI, *La «lex commissoria»*, cit., 579, nonché, più recentemente, O. SACCHI, *Lex commissoria*, cit., § 3.

³³⁹ A. BISCARDI, *La «lex commissoria»*, cit., 580, ove citati alcuni brani, tra cui quello che di qui a breve sarà riportato nel corpo del testo. Tra gli altri: D. 18.1.81 pr.; D. 20.5.12 pr.; Vat. Fr. 9.

D'altra parte, però, risultano alcune peculiarità: anzitutto il fatto che nella protasi resti cristallizzato l'inadempimento come comportamento determinante la nascita del diritto del creditore a possedere *iure emptoris*; in secondo luogo – appunto –, il fatto che sia piuttosto chiaro che all'inadempimento è condizionata la produzione di un certo tipo di effetto, così come accade tipicamente per la condizione sospensiva.

Il «*quodammodo*» che accompagna la definizione in termini di vendita condizionale dell'operazione negoziale («*condicionalis esse venditio*») si spiega perché il brano è in tema di un patto aggiunto ad un pegno ovvero ad un'ipoteca. Il regime, dunque, è solo “in qualche modo” quello della vendita condizionale.

2.2. Seguendo la possibilità di configurare la vendita con *lex commissoria*, quantomeno in alcune ipotesi, come vendita condizionale, si pongono a questo punto tutti i problemi di definizione del regolamento di quella vendita, alcuni dei quali sono stati già analizzati con un percorso logico argomentativo *a contrario* (dalla diversità degli aspetti regolamentari, si è dedotto che la struttura negoziale dovesse essere differente).

Certamente non si può dire che, in questo caso, la condizione alteri il sinallagma (come sarebbe invece accaduto se la nascita dell'obbligazione del venditore fosse stata postergata all'integrale pagamento del prezzo da parte del compratore³⁴⁰): l'evento dedotto in condizione, difatti, è un evento esterno rispetto alla tipica obbligazione di una delle due parti (e consiste nella ripetizione da parte del venditore di quanto già versato a titolo di prezzo); sicché, nonostante una delle due obbligazioni nascenti dal contratto consensuale sia sospesa, essa non lo è all'adempimento dell'altra.

Ma si può dire che il condizionamento incida comunque sulla causa del negozio cui afferisce? I punti controversi sono in realtà moltissimi, ma quelli che si pongono con più immediata evidenza all'attenzione del lettore sono probabilmente attinenti all'applicabilità anche alle *emptiones in causam obligationis* del divieto del patto commissorio costantiniano, nonché alla spettanza dell'*actio furti* al compratore *pendente condicione*.

³⁴⁰ G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., 193 parla, a tal proposito, di «sinallagma condizionale».

Il divieto del patto commissorio, com'è noto, è contenuto in CTh. 3.2.1 e, in maniera pressoché identica (salvo che per un «*pignorum*» di troppo e qualche modifica di scarsa rilevanza sostanziale³⁴¹), da CI. 8.34.3:

CTh. 3.2.1: Imperator Constantinus A. ad populum.
Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recipere quod dederunt. Dat. prid. kal. Febr. Serdic(ae) Constantino A. VII et Constantio C. cons.

Alla luce della formulazione contenuta nel *Codex Theodosianus* (che – si ripete – non limita espressamente l'applicabilità del divieto alle sole *commissoriae cautiones* accessorie ad un *pignus*), risulta che la nullità avrebbe coinvolto non solo la clausola, ma anche l'intero negozio, come pare evidente da quel «*re amissa*» che induce a pensare che il creditore non solo, per effetto del divieto avesse perduto il diritto a possedere *iure emptoris*, ma anche che avesse perduto la garanzia³⁴².

Ebbene, tale nullità, quantomeno in una prima fase di applicazione del divieto, andava riferita probabilmente anche alle *emptiones in causam obligationis*, come sembrerebbe testimoniare l'interpolazione additiva delle parole «*iusto pretio tunc aestimandam*»³⁴³ contenuta in D. 20.1.16.9³⁴⁴. Mi sembra, infatti, doversi seguire

³⁴¹ Compare, nella versione giustiniana, un «*repellit*» in luogo di «*depellit*» ed un «*recuperare*» in luogo di «*recipere*». L'interpolazione additiva del «*pignorum*» farebbe pensare a che Giustiniano avesse voluto restringere la portata applicativa del divieto.

³⁴² S.v. *amitto*, in *VIR.*, I, 415 ss. e spec. 417, ove appare riferito al *dominium* in soli quattro brani, tutti di Ulpiano, vale a dire D. 6.1.54 (Ulp. 6 *op.*); D. 13.1.12 (Ulp. 38 *ad ed.*); D. 47.2.14.17 (Ulp. 29 *ad Sab.*); D. 47.4.1.6 (Ulp. 38 *ad ed.*), e mai con riferimento alla perdita del solo *dominium* e non anche della *possessio*. Molto più cospicuo, al contrario, è l'uso del termine con riferimento al solo possesso. Descrivendo i dati offerti dalle fonti, in definitiva, si potrebbe dire, in termini matematici, che il verbo *amittere* sia stato adoperato con riferimento ad ogni punto dell'insieme *possessio*, inclusi quelli contenuti nella sezione intersecata con l'insieme *dominium*, ma non con riferimento ai punti dell'insieme *dominium* diversi da quelli contenuti nell'intersezione. La voce *Amittere*, in *VCI.*, 495 s., invece, oltre alla nostra costituzione richiama CI. 5.37.28.1, CI. 5.66.2, CI. 7.26.5.1, CI. 8.50.18, CI. 10.30.2. Tra i brani, solo la costituzione di Gordiano, contenuta in CI. 7.26.5.1, è in tema di possesso e si riferisce proprio alla spoliazione «*[...] priusquam in domini potestatem perveniat [...]*».

³⁴³ Si cfr. E. LEVY, E. RABEL, *Index interpolationum*, I, 387 ove citati, tra gli autori che hanno rilevato l'interpolazione, O. Lenel, J. C. Naber, E. Costa, E. Rabel, B. Biondi, H. Krüger, A. Steiner, M. Fehr, S. Sollazzi, G. von Beseler, E. Albertario, A. Guarneri-Citati, W. W. Buckland. Nota giustamente A. BISCARDI, *La 'lex commissoria'*, cit., 585 e spec. in nota 26, che essi erano stati preceduti da alcuni esponenti della Scuola Culta, già segnalati dall'indice di L. PALAZZINI FINETTI, *Storia della ricerca delle interpolazioni nel 'Corpus Iuris' giustiniano* (Milano, 1953), 476.

l'opinione di chi afferma³⁴⁵ che i compilatori giustinianeî debbano necessariamente essere partiti dal presupposto che, in assenza della correzione, l'inserzione del brano nel Digesto sarebbe stata irrimediabilmente in contrasto con la recezione del divieto del patto commissorio.

Ma allora, se cosî fosse, la causa dell'intera operazione negoziale sarebbe stata abbondantemente influenzata dalla clausola condizionale, in quanto proprio attraverso la condizione avrebbe potuto attuarsi quello schema di garanzia, espressione degli interessi concreti delle parti. Correttamente, dunque, Costantino avrebbe ritenuto di non poter separare la *lex commissoria* dal negozio cui accedeva.

Ancora un aspetto peculiare della disciplina della compravendita sospensivamente condizionata in funzione di garanzia doveva essere quello relativo alla legittimazione del compratore all'*actio furti* ancora *pendente condicione*.

Si legga:

D. 47.2.49 pr. (Gai. 10 *ad ed. provinc.*): *Interdum accidit, ut non habeat furti actionem is, cuius interest rem salvam esse. Ut ecce creditor ob rem debitoris subreptam furti agere non potest, etsi aliunde creditum servare non possit: loquimur autem scilicet de ea re, quae pignoris iure obligata non sit.*

Il brano, nell'analisi che ne fa il Biscardi³⁴⁶, sarebbe funzionale all'affermazione che – in realt  – anche la stessa *emptio in causam obligationis* avrebbe potuto essere costruita come compravendita con patto di recesso. Ma procediamo con ordine.

La traduzione dovrebbe essere grosso modo la seguente: talvolta accade che colui nel cui interesse   stabilito che la cosa sia salva («*is, cuius interest rem salvam esse*»), non ha l'azione di furto («*ut non habeat furti actionem*»). Ad esempio, il creditore non pu  agire contro il furto della cosa del suo debitore che gli fu sottratta («*ecce creditor ob rem debitoris subreptam furti agere non potest*»), bench , d'altronde, non possa preservare il suo credito («*etsi aliunde creditum servare non possit*»): ci  a meno che la cosa non sia stata vincolata con funzione di garanzia («*loquimur autem scilicet de ea re, quae pignoris iure obligata non sit*»)³⁴⁷.

³⁴⁴ Riportato *supra*, a pagina 145.

³⁴⁵ Tra i molti, H. STEINER, *Datio in solutum* (München, 1914), 106 ss. e A. BISCARDI, *La 'lex commissoria'*, cit., 584 s.

³⁴⁶ A. BISCARDI, *La 'lex commissoria'*, cit., 581 s.

³⁴⁷ A favore della traduzione con il senso generale di 'compravendita con funzione di garanzia' depone la ricostruzione del Lenel (*Palingenesia iuris civilis*, I, 215), che ha collegato il brano con D. 18.1.35, ove Gaio aveva trattato della compravendita consensuale.

Anche alla luce della ricostruzione palinogenetica del Lenel, sarebbe lecito ritenere, come fa peraltro il Biscardi³⁴⁸, che il tema del brano fosse stato essenzialmente quello trattato da Ulpiano in:

D. 47.2.14 pr. (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse banc actionem Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conditionem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit: quae sententia vera est, et ita et Iulianus. Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.*

In presenza di una compravendita per la quale non è stata ancora effettuata la *traditio*, l'*actio furti* compete al venditore ancorché il *periculum* ricada senza dubbio sul compratore. Ciò, a meno che la vendita non abbia avuto funzione di garanzia, nel qual caso l'*actio furti* sarebbe spettata al compratore in probabile analogia con quanto stabilito dallo stesso Gaio nel manuale istituzionale³⁴⁹.

L'argomento, tuttavia, non mi sembra decisivo per concludere per una differente struttura della compravendita con funzione di garanzia, e ciò essenzialmente per una ragione: la spettanza dell'*actio furti* mi sembra collegata alla *traditio*, piuttosto che alla modalità della clausola. Infatti, chiarisce Ulpiano che, anche se il *periculum* ricade sul compratore (e così certamente sarebbe stato se la vendita fosse stata *perfecta*), i rimedi contro la sottrazione della *res* non avrebbero potuto essere attivati che dal venditore che non avesse ancora effettuato la consegna.

A ciò si aggiunga che per le compravendite di garanzia l'eccezione potrebbe essere stata giustificata da una consuetudine per cui la *traditio* dovesse essere effettuata anche in pendenza della condizione³⁵⁰: non è difficile pensare che tale circostanza convenisse ai creditori/compratori, i quali avrebbero agevolmente potuto pretendere la consegna contestualmente alla dazione della somma a mutuo, similmente a ciò che sarebbe avvenuto per un pegno³⁵¹.

³⁴⁸ *Loc. cit.*

³⁴⁹ Gai 3.204: *Vnde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse; adeo quidem, ut quamvis ipse dominus, id est ipse debitor, eam rem subripuerit, nibilo minus creditori competat actio furti.*

³⁵⁰ Si cfr. quanto detto *supra* a pagina 141 ed ivi in nota 328.

³⁵¹ Ciò, oltretutto, spiegherebbe anche le difficoltà nell'individuazione della struttura negoziale della *lex commissoria*. Sarebbe stato facile, infatti, comprendere se la *lex commissoria* fosse consistita in un atto di risoluzione sotto condizione o in una vera e propria condizione sospensiva, se la differenza si fosse ripercossa su un comportamento sensibilmente riconoscibile, quale l'aver consegnato

Ma, anche non volendo ammettere l'esistenza di una vera e propria regola sul tempo in cui il venditore avrebbe dovuto effettuare la *traditio*, lo stesso Biscardi³⁵² ammette che: «il duplice punto di vista potrebbe spiegarsi anche in relazione alla doppia eventualità che la *traditio* della cosa offerta in garanzia mediante contratto di compravendita fosse immediata o differita, premendo solo nel secondo caso di assicurare *ab initio* al creditore compratore, in difetto di possesso, la situazione di chi compra in base a contratto immediatamente efficace».

La clausola condizionale, ancora una volta, dunque, sarebbe entrata a definire il contenuto del negozio al punto da giustificare l'applicazione di una peculiare regolamentazione che stesse a presidio degli interessi concretamente perseguiti dalle parti.

oppure no la cosa al compratore. La confusione doveva nascere proprio dal fatto che in entrambi i casi la consegna fosse necessaria prima del verificarsi della *condicio*.

³⁵² *La 'lex commissoria'*, cit., 583 s.

3. ...segue: *P'in diem addictio* ed il *pactum displicentiae*.

Così come per la *lex commissoria*, anche a proposito dell'*in diem addictio* e – sia pure in modo più limitato – del *pactum displicentiae* le fonti presentano l'alternatività della costruzione *emptio pura quae sub condicione resoluitur* – *emptio condicionalis*³⁵³.

3.1. Ancora una volta, allora, si guardi prima di tutto ad un brano di Paolo in tema di usucapione della cosa venduta e percezione dei frutti da parte del primo compratore:

D. 41.4.2.4 (Paul. 54 ad ed.): *Si in diem addictio facta sit, id est nisi si quis meliorem condicionem attulerit, perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici et usucapionem procedere Iulianus putabat: alii et hanc sub condicione esse contractam, ille non contrahi, sed resolvi dicebat, quae sententia vera est.*

Se sia stata fatta una *in diem addictio* («*si in diem addictio facta sit*»), per tale intendendosi un accordo per cui la cosa è venduta a meno che non si verifichi il caso che qualcuno avrà offerto condizioni di vendita più vantaggiose («*id est nisi si quis meliorem condicionem attulerit*»)³⁵⁴, Giuliano riteneva («*Iulianus putabat*») che l'acquisto fosse perfetto («*perfectam esse emptionem*»), che i frutti spettassero al compratore («*fructus emptoris effici*») e che iniziasse a decorrere l'usucapione («*et usucapionem procedere*»): mentre altri sostenevano che la compravendita fosse contratta sotto condizione («*alii et hanc sub condicione esse contractam*»), Giuliano, invece, afferma che non è conclusa, ma che è risolta («*alii et hanc sub condicione esse contractam*»), che è la giusta sentenza («*quae sententia vera est*»).

L'opinione di Paolo, stavolta, è concorde in maniera piuttosto esplicita con quella di Giuliano³⁵⁵, al quale ritiene potersi ascrivere l'orientamento innovativo che intendeva la clausola come *pactum adiectum*. Gli «*alii*» che ritengono che l'*in diem addictio* possa funzionare come condizione sospensiva della compravendita, invece, sembrano essere stati in minoranza già al tempo di Paolo³⁵⁶.

³⁵³ Con qualche dubbio, però, sulla genuinità dell'espressione. Per letteratura sul tema, si cfr. E. NICOSIA, *In diem addictio' e 'lex commissoria'*, 37 s. e spec. in nota 61.

³⁵⁴ L'esplicitazione del contenuto della clausola, in realtà farebbe pensare più ad una condizione sospensiva che non ad un patto di risoluzione, in quanto introdotta da un «*nisi*». Tuttavia, come abbiamo avuto modo di verificare a proposito della *lex commissoria* (*supra* a pagina 141, in nota 326), il tenore letterale della clausola non doveva essere stato argomento decisivo per i giuristi classici.

³⁵⁵ Mentre in D. 41.4.2.3 (analizzato *supra*, a pagina 140 s.) l'opinione era decisamente più sfumata.

³⁵⁶ Sempre con riferimento al problema dell'usucapibilità da parte dell'*emptor*, della spettanza a questi dei frutti, delle accessioni, nonché del *periculum*: D. 18.2.2.1 (Ulp. 28 ad Sab.): «*Ubi igitur secundum quod distinximus pura venditio est, Iulianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et*

Senza indecisione alcuna, invece, la soluzione è prospettata a proposito del cd. *pactum displicentiae*:

D. 41.4.2.5 (Paul. 54 *ad ed.*): *Sed et illa emptio pura est, ubi convenit, ut, si displicuerit intra diem certum, inempta sit.*

Addirittura, nel testo non compare neppure alcuna menzione in tema di conseguenze della costruzione a proposito di usucapione e spettanza dei frutti.

Se, però, Paolo ci dà testimonianza dell'alternatività della costruzione rispetto all'*in diem addictio* e non lo fa in ordine al *pactum displicentiae*, ciò non significa che l'alternativa non ci fosse.

Accoglie l'impostazione probabilmente più risalente Inst. 3.23.4, ove si dà atto che «*emptio tam sub condicione quam pure contrahi potest. Sub condicione veluti "si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot."*», anche se probabilmente solo a fini di maggiore chiarezza espositiva³⁵⁷.

A proposito di *in diem addictio*, invece, Ulpiano fa risalire l'idea orientata verso la teoria dell'*emptio condicionalis* a Masurio Sabino, il quale sarebbe stato seguito poi da Pomponio³⁵⁸:

D. 18.2.4.5 (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Cum igitur tunc recedatur ab emptione (ubi pure contrahitur) vel tunc non impleatur (ubi sub condicione fit) cum melior condicio sit allata: si falsus emptor subiectus sit, eleganter scribit Sabinus priori rem esse emptam, quia non videtur melior condicio allata esse non existente vero emptore. Sed et si existat alius emptor, meliorem tamen condicionem non adferat, aequè dicendum erit perinde haberi, ac si non existeret.*

Siccome, dunque, se venga offerta una condizione di vendita più vantaggiosa («*cum melior condicio sit allata*»), o si recede dalla compravendita, quando essa è contratta puramente («*tunc recedatur ab emptione (ubi pure contrahitur)*»); oppure [la

fructus et accessiones lucrari et periculum ad eum pertinere [...]». È lo stesso Ulpiano, però, a richiamare anche l'opinione di Pomponio: D. 18.2.4 pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Ubi autem condicionalis venditio est, negat Pomponius usucapere eum posse nec fructus ad eum pertinere.*

³⁵⁷ Una semplificazione simile è compiuta nel manuale istituzionale gaiano. Gai 3.146: *Item quaeritur si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos uero singulos qui occisi aut debilitati fuerint denarii mille, quaeritur, utrum emptio et uenditio an locatio et conductio contrahatur. Et magis placuit eorum qui integri exierint locationem et conductionem contractam uideri, at eorum qui occisi aut debilitati sunt emptionem et uenditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque uenditione aut locatione. Iam enim non dubitatur, quin sub condicione res uenire aut locari possint.* Sul punto, A. GUARINO, *Il leasing dei gladiatori*, in *Index*. 13 (1985), 462 ss. ove: «nella sua operetta istituzionale, il nostro giurista è necessariamente schiavo degli schemi espositivi (e semplificativi) che egli stesso ha adottato».

³⁵⁸ A tal proposito, si cfr. il brano riportato per secondo *supra*, in nota 356.

compravendita] non si realizza, quando essa sia contratta sotto condizione («*vel tunc non impleatur (ubi sub condicione fit)*»); elegantemente Sabino scrive («*eleganter scribit Sabinus*») che se il compratore che si presenta è fittizio («*si falsus emptor subiectus sit*») la cosa è acquistata dal primo compratore («*priori rem esse emptam*»), poiché non sembra che sia stata offerta una migliore condizione quando non esiste un vero compratore («*quia non videtur melior condicio allata esse non existente vero emptore*»). Ma, se esista un altro compratore e questi non porti migliori condizioni («*sed et si existat alius emptor, meliorem tamen condicionem non adferat*»), si dovrà dire equamente che si ha situazione simile, come se questi non esistesse («*aeque dicendum erit perinde haberi, ac si non existereb*») ³⁵⁹.

Nulla viene detto espressamente rispetto alla costruzione che Sabino aveva accolto. Ed anzi, i dubbi in ordine all'adesione all'una o all'altra opzione sono giustificati a maggior ragione se si considera il fatto che Ulpiano, ad introduzione del brano, tiene ferma l'alternativa («*tunc recedatur – sub condicione fit*»); tuttavia, l'effetto della mancata presentazione di un vero acquirente sembra essere, appunto, quello di determinare l'acquisto in capo al primo *emptor* («*priori rem esse emptam*») ³⁶⁰.

Ad ogni modo, sia per l'*in diem addictio*, che per il *pactum displicentiae* ³⁶¹, la costruzione in termini di condizione sospensiva sembra, non a torto, essere stata superata: da un lato, notevoli difficoltà sarebbero sorte nell'identificazione della *melior condicio* al cui mancato presentarsi la prima compravendita sarebbe divenuta

³⁵⁹ Il brano è analizzato in due occasioni da E. NICOSIA, 'In diem addictio' e 'lex commissoria', 30 e 95 ss.

³⁶⁰ Così, anche E. NICOSIA, 'In diem addictio' e 'lex commissoria', 30.

³⁶¹ La differenza tra i due *pacta*, secondo W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* cit., 169, sta in ciò: che nel caso dell'*in diem addictio* (così come in quello della *lex commissoria*) la clausola serve a limitare l'effetto obbligatorio o nel senso di determinare l'impossibilità per il compratore di richiedere la successiva *mancipatio* finché non sia decorso il termine previsto dalla clausola oppure di bloccare il decorso del termine *ad usucapionem* nel caso in cui la *traditio* fosse stata già effettuata; al contrario, nella vendita cui accedeva un *pactum displicentiae*, la *traditio* al compratore era diretta (in via bonitaria) a fargli ottenere l'acquisto immediato sul bene, sicché il *pactum* giustificava l'esercizio di un'azione simile all'*actio redhibitoria* («*auch seit für die Fälle des *lex commissoria* und der *in diem addictio* der Kauf als unbedingt angesehen wird, bleibt es doch dabei, daß in diesen Fällen beim Verkauf von des *res Mancipi* eine *mancipatio* unterbleibt und auch die *traditio* aufgrund der Nebenabrede nicht sofortigen – bonitarischen oder quiritischen – Eigentumserwerb erfolgt, wenn auch, solange nicht die Aufhebungsabrede verwirklicht ist, der Käufer nach der *traditio* Usukapionbesitz hat. Mit der Verwirklichung der Aufhebungsabrede entfällt für den Käufer die *iusta causa* für die Ersitzung und allgemein der bonitarische Rechtsschutz. Grundsätzlich anders ist es im Fall des Kaufs mit dem sogenannte *pactum displicentiae*. Der Kauf ist unbedingt, und die *traditio* erfolgt zum sofortigen quiritischen oder bonitarischen Eigentumserwerb des Käufers. Bei Ausübung des Vorbehalts entsethet die gleiche Lage wie bei der *redhibitio*. Von einem dinglichen Rückfall ist so wenig wie bei der *redhibitio* die Rede»).*

efficace³⁶²; dall'altro si poneva un problema di conciliabilità della condizione di gradimento con la condizione meramente potestativa, nonché il problema di offrire maggiore tutela al compratore (nel cui interesse era stata apposta la clausola) mediante un giudizio di buona fede come l'*actio empti*³⁶³.

3.2. Se a proposito della *lex commissoria*, tuttavia, il superamento della teoria della compravendita condizionale non era stato definitivo, e ciò – evidentemente – perché la vendita con condizione sospensiva continuava a presentare una qualche utilità per talune fattispecie³⁶⁴, al contrario, per almeno una delle clausole ora oggetto di analisi, l'unico spazio che residuava alla definizione come condizione sospensiva doveva essere stato lasciato alla volontà delle parti.

Si legga:

D. 18.2.2 pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est. Et mihi videtur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis*³⁶⁵.

Allorché un fondo è *in diem addictus* è discusso («*quaestionis est*») se si tratti di una compera pura, ma che si risolve sotto condizione («*utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur*»), o se piuttosto non si tratti di un acquisto condizionale («*an vero condicionalis sit magis emptio*»). A me sembra che la soluzione più corretta sia di dare rilievo a che cosa sia stato deciso in concreto («*et mihi videtur verius interesse, quid actum sit*»): poiché, se è stato stabilito («*si quidem hoc actum est*») che, nel momento in

³⁶² Dalle fonti, peraltro, emerge che al venditore doveva spettare il potere di accettare o non accettare la migliore offerta. Si cfr. D. 18.2.9; D. 18.2.10; D. 18.2.11.1; D. 18.2.13 pr.; D. 18.2.14.2-3. Inoltre all'*emptor* doveva essere concessa pure la facoltà di superare la seconda offerta ottenendo in tal modo l'*addictio* (D. 18.2.7-8).

³⁶³ Si consideri, infatti, che le fonti espongono piuttosto chiaramente e senza indecisione alcuna che al compratore, al quale la merce non fosse gradita, spettava l'*actio empti* per ottenere la restituzione del prezzo (D. 18.5.6). Circostanza questa che sarebbe stata difficilmente conciliabile con l'ipotesi in cui il mancato gradimento avesse impedito l'efficacia del contratto: se si ritiene che solo con l'avveramento della condizione nascesse l'obbligo di pagare il prezzo, il compratore non avrebbe avuto bisogno di alcuna azione per ottenerne la restituzione, perché certamente, non essendovi obbligato, si sarebbe limitato a non versarlo prima del gradimento; se invece si ritiene che la condizione incidesse solo sull'obbligo del venditore, poiché l'*emptor* avrebbe comunque dovuto versare immediatamente il prezzo, da un lato la clausola non sarebbe stata a vantaggio di questi, dall'altro gli sarebbe spettata al più una *condictio*, ma non certamente l'*actio empti*.

³⁶⁴ In particolare, per le compravendite di garanzia menzionate *supra* a pagina 142 ss.

³⁶⁵ Il brano è analizzato da E. NICOSIA, '*In diem addictio*' e '*lex commissoria*', 32 e 74.

cui sia stata presentata la migliore condizione si possa recedere («*ut meliore allata condicione discedatur*»), la compera sarà pura, ma che può risolversi sotto condizione («*erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur*»): se invece è deciso («*sin autem hoc actum est*») che la compravendita si perfezioni se non vengano offerte migliori condizioni («*ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur*»), l'acquisto sarà condizionale («*erit emptio condicionalis*»).

E ancora:

D. 18.2.11 pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Quod autem Sabinus scribit fundum in diem addici non posse rursus, qui semel fuerat in diem addictus, ratione eiusmodi defendit, quia prioris, inquit, emptoris statim fit, scilicet quasi non videatur melior condicio allata, si non secure secundo emptori fundus addicitur, sed alia licitatio prospicitur. Sed Iulianus libro quinto decimo digestorum scripsit interesse multum, quid inter contraheentes actum sit, nec impedire quicquam vel hoc agi, ut saepius fundus collocetur, dum vel prima vel secunda vel tertia adiectione res a venditore discedat.*

A proposito del fatto che Sabino scrive che un fondo non si possa vendere di nuovo («*rursus*») con l'*in diem addictio*, una volta che sia stato già venduto con quella clausola («*semel fuerat in diem addictus*»), egli difende [l'opinione] per questa ragione («*ratione eiusmodi defendit*»), poiché, sostiene, la cosa diventa immediatamente del primo compratore («*quia prioris, inquit, emptoris statim fit*»), nel caso in cui non sembra che sia stata offerta una migliore condizione («*quasi non videatur melior condicio allata*»), o se il fondo non sia stato assegnato, senza alcun dubbio, al secondo compratore («*si non secure secundo emptori fundus addicitur*»), ma solo se sia stata esaminata un'altra licitazione («*sed alia licitatio prospicitur*»). Ma Giuliano, nel libro quinto dei suoi *digesta* scrisse che interessa sapere («*interesse multum*») che cosa sia stato convenuto tra i contraenti («*quid inter contrahentes actum sit*») e che non è impedito a nessuno («*nec impedire quicquam*») di agire persino in modo tale che il medesimo fondo sia venduto con lo stesso patto più volte («*ut saepius fundus collocetur*»), purché in forza del primo o del secondo o del terzo rialzo di prezzo la cosa si separi dal venditore («*dum vel prima vel secunda vel tertia adiectione res a venditore discedat*»).

Mentre per Sabino, dunque, la prima compravendita doveva intendersi perfezionata se, entro il termine stabilito, non si fosse conclusa alcuna altra

*emptio*³⁶⁶, ed integrava il verificarsi della *condicio* anche l'aver intrapreso solo trattative con il secondo compratore, che non fossero sfociate in una *emptio perfecta* (tra le quali Sabino pertanto non include una seconda *emptio* con *in diem addictio*), al contrario, Giuliano ritiene che ciò sia possibile purché risulti dalla volontà delle parti e purché l'interesse del venditore sia meritevole di tutela³⁶⁷. In altri termini, se le parti vogliono costruire la vendita come pura ed esercitare il patto di risoluzione anche in presenza di una semplice offerta o di una nuova *emptio* con *in diem addictio*, non c'è motivo per negare che possano operare in questo modo.

I dubbi sulla classicità dell'*id quod actum est*, alimentati da una pretesa necessaria postclassicità dei brani in cui compare il criterio dell'interpretazione soggettiva³⁶⁸, in realtà non sono fondati: da un lato, molti autori³⁶⁹ hanno già sottolineato che in Giuliano il criterio del vaglio dei concreti interessi perseguiti dalle parti non fosse adoperato infrequentemente, dall'altro pare assurdo negare che contratti di buona fede, consensuali e a forma libera non potessero essere configurati in ragione di quanto le parti avessero avuto interesse a stabilire³⁷⁰.

Lo stesso Ulpiano, che riporta la necessità di verificare caso per caso quale fosse il mezzo tecnico più idoneo a tutelare gli interessi posti concretamente in essere dalle parti, invece così si esprime a proposito del *pactum displicentiae*:

³⁶⁶ Anche il brano appena esaminato, dunque, riconosce che l'idea di una *emptio condicionalis* fosse propria della concezione sabiniana dell'*in diem addictio*.

³⁶⁷ La necessità di una valutazione sulla meritevolezza dell'interesse espresso da venditore mi sembra testimoniata dall'inciso «*res a venditore discedat*», con cui Ulpiano (riportando il pensiero di Giuliano) sembra dire che tanto sono ammissibili una pluralità di alienazioni con *in diem addictio*, in quanto corrispondano ad un effettivo interesse a vendere.

³⁶⁸ Alcuni autori, peraltro, pur riconoscendo la classicità di taluni brani in cui compare il riferimento all'*id quod actum est*, ritengono che l'espressione si riferisse ad un'indagine sulla forma dei negozi in concreto adoperati. Così, ad esempio F. WIEACKER, '*Lex commissoria*', in *ZSS.* 53 (1933), 63 s. Dubita, invece, dell'impossibilità di ricondurre a giuristi classici brani in cui si dà atto di dover analizzare l'*id quod actum est* A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 346 s., ove: «nelle compilazioni postclassiche e sopra tutto in quella giustinianea non mancano affermazioni nel senso che l'interpretazione *in concreto* debba prevalere su quella *in abstracto*; tuttavia, anche perché molte di queste affermazioni hanno chiaro sapore di glossemi e interpolazioni, vi è chi sostiene che la giurisprudenza classica (e ancor più quella preclassica) fu rigorosamente ligia ad una "interpretazione tipica" o "oggettiva" dei negozi [...], mentre la giurisprudenza postclassica passò ad adottare esclusivamente una "interpretazione individuale" o "soggettiva" di ogni singolo negozio [...] A nostro avviso, l'interpretazione soggettiva fu invece adottata nell'età preclassica e classica, ma lo fu con temperata prudenza, anche e sopra tutto a tutela dell' "affidamento dei terzi" [...]»

³⁶⁹ Tra i quali mi limito a citare G. GANDOLFI, *Sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano* (Milano, 1966), 132 ss.

³⁷⁰ Così, E. NICOSIA, '*In diem addictio*' e '*lex commissoria*', 27; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., 561; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, cit., 328 e U. BABUSIAUX, '*Id quod actum est*', cit., 180 s. e 189.

D. 18.1.3 (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Si res ita distracta sit, ut si displicuisset inempta esset, constat non esse sub condicione distractam, sed resolvi emptionem sub condicione.*

L'*id quod actum est*, in questo caso, non è preso neppure in considerazione, ed anzi si nega recisamente che la cosa venduta con il patto di prova sia stata «*sub condicione distractam*».

4. ...segue: *emptio rei speratae* ed *emptio spei*.

In un ordinamento che conosce il contratto di compravendita come contratto consensuale ad effetti obbligatori, la dottrina tradizionale ha creduto di poter scorgere la possibilità – peraltro espressamente riconosciuta dal diritto romano – di alienare (e, correlativamente, di acquistare) una cosa futura praticamente solo mediante la deduzione in condizione della sua venuta ad esistenza.

Ed in effetti, le fonti sembrano alludere a tale costruzione spesso in parallelo con quanto sembrava avvenire a proposito di *stipulatio rei speratae* e di legato *per damnationem rei speratae*:

D. 35.1.1.3 (Pomp. 3 *ad Q. Muc.*): *Inest autem condicio legati, veluti cum ita legamus: “quod ex Arescusa natum fuerit, heres dato” aut “fructus, qui ex eo fundo percepti fuerint, heres dato” aut “servum, quem alii non legavero, Seio dato”.*

Il brano, uno dei primi del titolo «*De condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur*», posto ad apertura del trentacinquesimo libro del Digesto, chiaramente allude a tale costruzione: deve essere ravvisata una condizione del legato («*inest autem condicio legati*»), ad esempio quando venga disposto un legato in questo modo: “sia dato all’erede ciò che da Arescusa sia nato” («*quod ex Arescusa natum fuerit, heres dato*») oppure “i frutti che da quel tale fondo saranno percepiti siano dati all’erede” («*fructus, qui ex eo fundo percepti fuerint, heres dato*») o ancora “il servo che ad altri non avrò legato sia dato a Seio” («*servum, quem alii non legavero, Seio dato*»).

Tuttavia, rileva il Grosso³⁷¹, che un brano tratto dalle *quaestiones* di Papiniano farebbe pensare che le condizioni inerenti all’oggetto non potessero spostare il *dies cedens* (e, dunque, non sarebbero state trattate da vere e proprie condizioni):

D. 36.2.25.1 (Pap. 18 *quaest.*): *“Heres meus Titio dato quod mihi Seius debet”. Si Seius pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepit nec locupletior factus est et creditor ad praesens debitum verba rettulit, quia nihil Seius debet, nullius momenti legatum erit: quod si verbo debiti naturalem obligationem et futuram solutionem cogitavit, interim nihil*

³⁷¹ G. GROSSO, *I legati*, cit., 285. L’interpretazione del Grosso è stata di recente avallata da C. MOKREJS, *Propter iuris condicionem in suspenso est: la ‘condicio supervacua’, la ‘condicio extrinsecus’ y la condición de Derecho en el Derecho romano clásico*, in *Revista de estudios histórico-jurídicos* 32 (2010), 118, edizione online: <http://www.scielo.cl/pdf/rehj/n32/a04.pdf>.

Titius petet, quasi tacite condicio inserta sit, non secus ac si ita dixisset: "Titio dato, quod pupillus solverit" vel si legasset "quod ex Arethusa natum erit" vel "fructus, qui in illo fundo nascentur". Contrarium non est, quod, si medio tempore legatarius moriatur et postea partus edatur, fructus perveniant, pecuniam pupillus exsolvat, heres legatarii petitionem habet: namque dies legati, cui condicio non adscribitur, quamvis extrinsecus expectanda sit, cedit.

Il testo è lungo e tocca una pluralità di temi, ciascuno dei quali di abbastanza difficile soluzione. La prima parte è tutta incentrata sul problema della validità di un legato il cui oggetto è quanto dovuto al *de cuius* da parte del pupillo Seio a titolo di restituzione di una somma data a questi a mutuo, senza l'*auctoritas tutoris* («*heres meus Titio dato quod mihi Seius debet*». *Si Seius pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepit nec locupletior factus est et creditor ad praesens debitum verba rettulit, quia nihil Seius debet, nullius momenti legatum erit*). In assenza di interposizione dell'*auctoritas*, e mancando un arricchimento del pupillo ovvero un riferimento ad un debito presente, il legato dovrà considerarsi *nullius momenti*, perché esso è privo di oggetto. Tuttavia, la soluzione è destinata ad essere ben diversa se con la parola 'debito' si intendeva un'obbligazione naturale e un pagamento futuro («*quod si verbo debiti naturalem obligationem et futuram solutionem cogitavit*): nel frattempo Tizio non può chiedere nulla («*interim nihil Titius petet*»), come se fosse stata apposta una condizione tacita («*quasi tacite condicio inserta sit*»), e non avrà né più e né meno che se il *de cuius* avesse detto "sia dato a Tizio ciò che il pupillo avrà pagato" («*non secus ac si ita dixisset: "Titio dato, quod pupillus solverit"*») o "se avesse legato il servo nato da Aretusa" («*quod ex Arethusa natum erit*») o "i frutti che produce quel tale fondo" («*fructus, qui in illo fundo nascentur*»). Non è contrario a ciò («*contrarium non est*») che, se nel frattempo il legatario muoia e dopo di ciò venga a luce il parto e vengano a maturità i frutti e il pupillo paghi il denaro («*si medio tempore legatarius moriatur et postea partus edatur, fructus perveniant, pecuniam pupillus exsolvat*»), l'erede del legatario abbia diritto a richiederli («*heres legatarii petitionem habet*): poiché il *dies* del legato, a cui non è apposta condizione, ancorché essa debba essere attesa dall'esterno, cede immediatamente («*namque dies legati, cui condicio non adscribitur, quamvis extrinsecus expectanda sit, cedit* »).

Malamente³⁷², poi, continua il passo palingeneticamente successivo³⁷³:

³⁷² Così, G. GROSSO, *I legati*, cit., 286, il quale accoglie con probabilità la ricostruzione per cui il testo sarebbe stato toccato da un «maestro postclassico, anziché dai compilatori». La congettura riprende quella di C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e fedecommessi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza* (Milano, 1889), 356 in nota 1,

D. 35.1.99 (Pap. 18 *quaest.*): *Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est quae tacite inesse videantur, non faciunt legata condicionalia.*

Le condizioni «*extrinsecus*», non provenienti dal testamento, quali quelle che sembrano essere contenute tacitamente, non rendono il legato condizionale. Neppure, evidentemente, per quanto riguarda il problema del *dies cedens*.

4.1. Pare, dunque, che la giurisprudenza classica abbia espresso qualche dubbio sulla configurabilità in termini di legato condizionale, anche per il legato di cosa futura, poiché talvolta sembra aver dato risalto alla condizione tacita della venuta ad esistenza della *res legata*, trattandola da vera e propria condizione, talaltra sembra averla ignorata completamente, trattando il legato come puro. Ma allora, a questo punto è opportuno analizzare i brani dai quali può intuirsi qualcosa rispetto al tema che più direttamente ci interessa, vale a dire quelli a proposito della compravendita.

Il primo è:

D. 18.1.8 pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*): *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse.*

Il frammento è molto noto ed è stato analizzato a diversi propositi³⁷⁴. Una sua traduzione potrebbe essere la seguente: non si può ritenere che ci sia una compera o una vendita («*nec emptio nec venditio [...] potest intellegi*»), se non vi è una cosa che sia venduta («*sine re quae veneat*»). Ciò nonostante, si possono comprare validamente i frutti ed i parti futuri («*et tamen fructus et partus futuri recte ementur*»), in modo che, nel momento in cui il parto sia stato completato («*cum editus esset partus*»), la vendita si intenda avvenuta («*venditio facta intellegatur*») fin dal momento in cui l'affare è stato concluso («*cum contractum esset negotium*»). Ma se il venditore avrà fatto in modo che il parto non avvenga o che i frutti non si producano, si potrà esperire l'*actio empti* («*sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse*»).

Il tenore del brano può ben essere spiegato nei due sensi: a) o si ritiene che la compravendita di cosa futura potesse essere conclusa sotto la condizione della

³⁷³ Si cfr. anche O. LENEL, *Palingenesia*, I, 851 s.

³⁷⁴ Recentemente anche da S. DI SALVO, *Adempimento fittizio*, cit., 9, ove anche bibliografia precedente, con particolare riguardo alla giustificazione dell'*actio ex empto* concessa dall'ultimo periodo.

separazione dei frutti o della nascita del figlio dell'*ancilla*, sicché nel momento del verificarsi della condizione («*cum editus esset partus*»), gli effetti della compravendita sarebbero dovuti retroagire alla conclusione del contratto; e che il comportamento doloso del venditore durante la fase di pendenza avrebbe determinato la possibilità di agire *ex empto*, in virtù di un'ipotetica estensione ai contratti di buona fede della regola '*si per eum, cuius interest condicionem non impleri, fit, quo minus impleatur*'³⁷⁵; b) oppure si ritiene che la compravendita fosse avvenuta con la conclusione del contratto e, dunque, che in quel momento fossero sorte le obbligazioni tipiche dell'*emptio venditio* anche in capo al venditore, sicché l'esperibilità dell'*actio empti* sarebbe stata giustificata con l'inadempimento imputabile dell'obbligazione già assunta dal venditore³⁷⁶.

Se la prima ricostruzione non sembra coerente né dal punto di vista del tema oggetto del frammento di Pomponio, introdotto dal periodo «*nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*»³⁷⁷, né dal punto di vista della regola in esso contenuta³⁷⁸, la seconda non spiega la precisazione per cui il contratto si debba intendere concluso «*cum editus esset partus*» ed allo stesso tempo l'*emptor* avrebbe potuto agire con l'*actio empti* anche a prescindere da quel momento.

Ebbene, la frase (che, in effetti, finisce per creare problemi all'una e all'altra ricostruzione) è stata da più di un autore³⁷⁹ sospettata di interpolazione. In particolare, l'Arangio Ruiz³⁸⁰ ha rilevato come non possa non parer strano che i due esempi che vengono menzionati nella prima parte del brano («*fructus et partus*

³⁷⁵ Così ritengono S. DI SALVO, *Adempimento fittizio*, cit., 9, e G. DONATUTI, *Sull'adempimento fittizio*, cit., 72 s. *Contra* D. DAUBE, *Condition*, cit., 286 ss. e V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*², I (Napoli, 1956), 118 in nota 5.

³⁷⁶ In questo senso, W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* cit., 117 s., che afferma che in D. 19.1.12 pr. non sia possibile scorgere alcun indizio della costruzione dell'*emptio rei speratae* come *emptio condicionalis*: «die Entscheidungen betreffs des Jagd- oder Fischfangkaufs und des Kaufs des *partus ancillae* und der Früchte sind mit dem allgemeinen Satz "*nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*" als dessen Ergänzung wohl vereinbar, wenn man einmal die sogenannte *emptio spei* und die *emptio rei speratae* anerkannt hat. Die letztere ist, wie D. 18.1.8 pr. mit Recht sagt, kein bedingter Kauf». La posizione è la stessa espressa – qualche anno prima – da V. KURZ, '*Emptio rei speratae pura' oder 'sub condicione'*', in *Labeo*. 20 (1974), 194 ss.

³⁷⁷ È chiaro, infatti, che l'oggetto della trattazione di Pomponio doveva riguardare la necessità e le caratteristiche della *merx* compravenduta.

³⁷⁸ Sembrerebbe, infatti, che il periodo «*cum editus – intellegatur*» faccia riferimento al principio di retroattività della condizione.

³⁷⁹ Oltre che dall'Arangio Ruiz (*La compravendita*, cit., 117), in questo senso si è orientato anche D. DAUBE, *Condition*, cit., 290 ss.

³⁸⁰ V. ARANGIO RUIZ, *loc. ult. cit.*

futuris) come possibili oggetti di una compravendita, misteriosamente si riducono ad uno solo (quello, appunto, del *partus*³⁸¹) nella seconda³⁸².

Espunto l'inciso sospettato, il tenore del brano muta, perché sembra voler dire che ancorché la cosa compravenduta non esista ancora, la compravendita di cosa futura è compatibile con il principio «*nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*». Ciò non toglie che le parti avrebbero ben potuto subordinare a condizione sospensiva l'efficacia di quel contratto.

Tra le due opzioni (atto incondizionato e atto condizionato), tuttavia, se ne pone una intermedia: secondo il Kurz³⁸³, difatti, i meccanismi attraverso cui si sarebbe potuta sanare l'incompatibilità tra la necessità di un oggetto nella compravendita, e la possibilità di alienare una *res sperata* sarebbero stati tre: o l'atto era considerato incondizionato o era una compravendita «mit einer unechten Bedingung, bei dem schon das in der Entstehung begriffene Objekt gekauft war», mediante la quale il *periculum* sarebbe ricaduto comunque sul venditore³⁸⁴, oppure era sottoposto ad una vera e propria *condicio*.

La seconda ipotesi (quella della 'unechte Bedingung'), che sarebbe quella accolta da Pomponio nel brano la cui analisi ci occupa, si fonda in parte anche sull'idea della classicità della frase «*cum editus esset partus*»³⁸⁵. L'acquisto, dunque sarebbe stato un acquisto incondizionato, ma con la particolarità che sarebbe stato confermato dalla nascita del figlio della schiava, evento – quest'ultimo – che sarebbe stato l'oggetto di una *condicio in praesens* (vel *in praeteritum*).

³⁸¹ Peraltro, l'esempio del *partus* è ritenuto dall'Arangio Ruiz (*loc. cit.*) e dal Masi (*Studi sulla condizione nel diritto romano*, cit., 159) meno significativo rispetto a quello dei *fructus*, la cui presa in considerazione avrebbe meritato maggiore attenzione per le conseguenze che ne sarebbero derivate a proposito della spettanza dei frutti percepiti durante la fase di pendenza.

³⁸² Il medesimo periodo apparirebbe classico e potrebbe essere spiegato come *condicio in praesens* secondo V. KURZ, '*Emptio rei speratae*', cit., 208, ove: «eine Besonderheit ist nämlich, dass Pomponius das Vorhandensein des *partus* bei Vertragsschluss durch die spätere Geburt bestätigen liess, diesen Kauf also wie einen Kauf mit *condicio praesens* (vel *praeteritum*) behandelte. Im Ergebnis ist ein solcher Kauf ein Kauf mit rückwirkender echter Bedingung, in der Konstruktion aber ein Kauf mit unechter Bedingung», ma *amplius infra* in questa pagina.

³⁸³ V. KURZ, '*Emptio rei speratae*', cit., 199.

³⁸⁴ V. KURZ, '*Emptio rei speratae*', cit., 209: «einen anderen Weg ging Pomponius in D. 18.1.8 pr. Er liess sich durch die Geburt des Sklavenkindes bestätigen, dass schon bei Vertragsschluss ein Kaufgegenstand vorhanden war und foglich der Kauf ab initio perfect war. Dieser Konstruktion liegt nicht der Gedanke an einen Kauf mit echter Bedingung und Rückwirkung des Bedingungseintritts zugrunde. Vielmehr ging Pomponius vom alten Typ der *emptio rei speratae* aus und gestaltete den Kauf als unbedingten aus, jedoch mit der Besonderheit, dass er sich die Wirksamkeit des Vertrags durch die Geburt des Sklavenkindes bestätigen liess. Heute würden wir ein solches Geschäft als Kauf mit einer unechten Bedingung bezeichnen».

³⁸⁵ V. KURZ, '*Emptio rei speratae*', cit., 208.

La plausibilità di tale ipotesi sta essenzialmente in una ragione storica: certamente, l'*emptio rei speratae* doveva essere nata per consentire l'alienazione di frutti in procinto di separarsi, ovvero nascituri nel caso di avanzata gestazione dell'*ancilla*; ipotesi in cui, in effetti, la cosa avrebbe potuto anche considerarsi esistente ed in cui, dunque, la ricostruzione in termini di vendita incondizionata doveva apparire facilmente configurabile³⁸⁶.

Lentamente, però, ci si doveva essere accorti dei difetti della costruzione, non adatta a rappresentare quelle situazioni in cui tra il contratto e la venuta ad esistenza della *res* compravenduta intercorreva un tempo tale da poter spaventare il compratore, il quale – con il contratto – si addossava il rischio del fallimento dell'operazione. Esigenze economiche, dunque, prima ancora che giuridiche, dovevano aver spinto per una costruzione diversa, in cui il *periculum* sarebbe ricaduto sul venditore mediante la condizione che il Kurz definisce 'unechte'.

La conferma di quanto detto sinora deriverebbe anche da un brano di Labeone:

D. 18.1.78.3 (Lab. 4 *post. a Iav. epit.*): *Frumenta quae in herbis erant cum vendidisses, dixisti te, si quid vi aut tempestate factum esset, praestaturum: ea frumenta nives corruperunt: si immoderatae fuerunt et contra consuetudinem tempestatis, agi tecum ex empto poterit.*

È chiaro che la vendita, nella fattispecie, non è una vendita condizionata. Ed anzi, è lo stesso venditore che ci tiene a precisare (probabilmente perché in assenza della precisazione la controparte non avrebbe affatto concluso il contratto) che il rischio «*vi aut tempestate*» competa a lui stesso; precisazione questa, che sarebbe stata del tutto inutile se la vendita fosse stata condizionata, perché la spettanza del *periculum* al *venditor* sarebbe stata conseguenza ovvia del condizionamento.

Ma vi è di più: a) innanzitutto dalla descrizione di Labeone risulta chiaro che i cereali che sono stati venduti sono «*in herbis*», e dunque, che essi sono già esistenti, sia pure in una forma del tutto embrionale; b) che neppure la garanzia prestata dal venditore sarebbe stata sufficiente ad escludere del tutto la regola per cui *periculum*

³⁸⁶ Ancorché le cose certe, nella vita, siano poche, una buona dose di ottimismo doveva aver indotto a pensare che l'evento della separazione dei frutti o della nascita, in quelle fattispecie, fosse sufficientemente sicuro, al punto da non dover essere dedotto in condizione sospensiva. In questo senso, mi sembra anche spiegarsi la giustificazione che dà Pomponio in D. 18.1.8 pr. all'*actio empti*: poiché l'evento verosimilmente si realizzerà, solo un fatto straordinario (come l'intromissione del venditore) avrebbe potuto impedirne il verificarsi.

est emptoris, perché solo «*si immoderatae fuerunt et contra consuetudinem tempestatis*», allora l'*emptor* avrebbe potuto agire contro il suo venditore, appunto, *ex empto*.

Restava esclusa, in altri termini, dalla garanzia l'ipotesi di caso fortuito ordinario.

Ma *quid iuris* se la cosa futura non fosse stata «*in herbis*», ma futura davvero?

L'analisi dei brani appena svolta continua a non escludere che l'evento della separazione dei frutti ovvero della perfezione del parto avesse potuto essere dedotto in una vera e propria condizione sospensiva, la quale però non avrebbe potuto avere effetto retroattivo (nel senso che non avrebbe consentito la spettanza all'*emptor* dei frutti non percepiti durante il corso della pendenza)³⁸⁷ e probabilmente avrebbe, in ipotesi di impedimento doloso frapposto dal venditore al suo verificarsi, consentito l'accesso alla regola dell'adempimento fittizio.

4.2. Il problema centrale, come si vede, dunque ruota intorno al *periculum* non solo per il caso di perimento della *res* (o meglio, la mancata venuta ad esistenza della *res*) per causa imputabile al venditore (che avrebbe giustificato l'*actio empti*), ma anche per caso fortuito.

In talune fattispecie, infatti, in cui l'esistenza della *res* era un evento quanto mai incerto, fu chiaro già alla giurisprudenza classica che, in assenza di una clausola condizionale, la compravendita sarebbe stata eccessivamente rischiosa per il compratore.

Falsa o non falsa che fosse la condizione (che deduceva un interesse spiccatamente interno rispetto allo schema negoziale, vale a dire, appunto, l'interesse che il compratore aveva rispetto alla *merx*), essa serviva a differenziare il grado di rischio addossabile all'*emptor* rispetto a quello che sarebbe stato lui addossabile nel caso in cui fosse stata posta in essere l'altra operazione negoziale che ha a che fare con la *spes*, vale a dire l'*emptio spei*, dalla quale altrimenti non sarebbe stata poi tanto diversa.

³⁸⁷ Anche a voler vedere in D. 18.1.8 pr. la descrizione di una vendita sotto vera e propria condizione sospensiva, l'effetto retroattivo della stessa è negato dal Masi (*Studi sulla condizione nel diritto romano*, cit., 159 s.), il quale ritiene che la formulazione del criterio della retroattività appare solo come «una concettualizzazione della situazione giuridica creata [...] da una *emptio venditio* condizionale» ed ancora, citando il Dernburg (*Pandette. Parte generale*, trad. it. F. B. Cicala, Torino, 1906, 335): «la retrodatazione della condizione non ha [...] il significato che all'avente diritto sotto condizione competano gli utili nel tempo intermedio».

La condizione, dunque, serviva a distinguere le due cause in fattispecie in cui l'incertezza era tale da poter essere facilmente essere confusa con l'alea.

Mi sembra utile, a questo punto, analizzare un brano che descrive l'*emptio spei*:

D. 18.1.8.1 (Pomp. 9 *ad Sab.*): *Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. Quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur.*

Il principio che regge l'affermazione iniziale è sempre il solito «*nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*», al quale – «*aliquando*» – è possibile derogare («*tamen et sine re venditio intellegitur*»), ad esempio, nei casi in cui si ha, per così dire, l'acquisto dell'alea («*veluti cum quasi alea emitur*»). Ciò avviene quando si comprano i pesci o gli uccelli presi con una rete o i doni che [il venditore] sarà riuscito ad afferrare nei lanci («*quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur*»); la compera, infatti, si contrae anche se nulla sia stato preso, perché è compera della speranza («*emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est*»); e se vi sarà stata evizione dei doni presi in quella circostanza («*et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit*»), nessuna obbligazione è contratta per quel titolo del compratore («*nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur*»), poiché quell'atto era stato inteso compiere («*quia id actum intellegitur*»).

Il rischio – è chiaro – stavolta è tutto sull'*emptor*, il quale nulla può neppure contro l'evizione dei doni acciuffati dal suo venditore. E, d'altra parte, se la prospettiva assunta dal *principium* riguardava la validità della vendita («*venditio facta intellegatur*») che si doveva intendere fatta correttamente dall'inizio, stavolta si guarda alla validità dell'acquisto («*emptio enim contrahitur*») nel caso in cui nulla sia stato preso.

Si tratta, allora, di due vendite incondizionate la cui causa è profondamente differente: se elementi di fatto avessero aiutato a distinguere le ipotesi di *emptio rei speratae* rispetto a quelle di *emptio spei* (la prossimità della nascita del fanciullo, ad esempio), nessuna difficoltà interpretativa si sarebbe incontrata nella definizione del regolamento da applicare al rapporto (regolamento, che peraltro, era piuttosto vicino in termini di accettazione del rischio da parte dell'*emptor*: in un caso – quello di *emptio rei speratae* – il *periculum* eccedente quello di una normale compravendita era talmente basso da indurre il compratore ad accettarlo senza difficoltà; nell'altro

– quello di *emptio spei* – il compratore acquistava proprio quella parte il rischio eccedente).

Al contrario, però, la definizione di un assetto di interessi differente, in cui il compratore non sarebbe stato disposto ad accettare rischi (neppure ordinari), avrebbe potuto essere messa in atto solo attraverso la clausola condizionale: in seno, dunque, alla grande categoria dell'*emptio rei speratae*, gli interessi che potevano in concreto manifestarsi erano diversissimi. Circostanza, questa, che spiegherebbe pure come mai le fonti parlino (anche se a proposito di legati) solo a tratti di *condicio*.

INDICE DELLE FONTI

A) FONTI GIURIDICHE PREGIUSTINIANEE

Codex Theodosianus

3.2.1 147

Gai Institutiones

1.186 35.72
2.31 112.261; 113.263; 113.266
2.200 91.215; 108
2.235 137.319
3.98 72.179; 77.188; 77.190; 80
3.146 152.357
3.179 19; 134
3.204 149.349

Pauli Sententiae

3.4b.1 72
3.4b.2 72; 74

Tituli ex corpore Ulpiani

2.4 41.101
2.5 41.101
2.6 41.101
19.7 56.134

Vaticana Fragmenta

9 145.339
50 30; 32.67; 77, 78.192
61 113.266
111 122.288
249.3 77.190

B) FONTI GIURIDICHE GIUSTINIANEE

CORPUS IURIS CIVILIS

Codex

3.34.3 113.263
3.34.4 113.266

4.48.5	62
5.37.28.1	147.342
5.66.2	147.342
6.43.3.3	14.25
6.43.3.3a	14.25
6.46.5	38.84
6.46.6	42.102
7.26.5.1	147.342
8.34.3	147
8.50.18	147.342
10.30.2	147.342

Digesta

2.13.9.3	56.137
2.14.7 pr.	59
2.14.7.1	59
2.14.7.2	56.138; 59
2.14.30.1	135
2.14.30.2	135
4.8.32.3	34.70
6.1.54	147.342
6.1.66	96
7.1.3 pr.	112.261
7.1.25.1	34.70
7.1.25.7	112.261; 113.263
7.1.32	121.284
7.1.35.1	109
7.4.1 pr.	113.266; 114
7.4.15	31.65
7.4.16	97
8.1.4. pr.	28; 77, 78.192; 115; 117
8.1.5	113.263
8.1.15 pr.	120
8.3.13 pr.	118
8.3.33 pr.	112.261; 113.263
8.3.33.1	112.261
8.4.18	35.74
8.6.11 pr.	113.263
8.6.11.1	95.232
10.2.12.2	109
10.3.7.1	113.266
11.7.34	95.231
12.1.8	36.77

12.1.36	36.77; 136.316
12.1.37	35.71; 36.77
12.5.8	77
12.6.16 pr.	36.77
12.6.23.3	56.136
13.1.12	147.342
14.6.1.1	34.70
18.1.3	157
18.1.6.1	143.332
18.1.7 pr.	81
18.1.8 pr.	160; 161.376; 162.384; 163.386; 164.387
18.1.8.1	165
18.1.35	148.347
18.1.50	64
18.1.78.3	163
18.1.81 pr.	145.339
18.2.2 pr.	52.123; 142.330; 154
18.2.2.1	151, 152.356
18.2.4 pr.	151, 152.356
18.2.4.5	152
18.2.7	154.362
18.2.8	154.362
18.2.9	154.362
18.2.10	154.362
18.2.11 pr.	155
18.2.11.1	154.362
18.2.13 pr.	154.362
18.2.14.2	154.362
18.2.14.3	154.362
18.3.1	52.123; 140.323; 142
18.3.2	144
18.3.4 pr.	143.332
18.3.4.1	141.328; 143, 144.335; 144.336
18.3.5	141.328
18.4.19	61; 62
18.5.6	154.363
20.1.13.1	97; 109
20.1.13.15	132
20.1.16.9	145; 147
20.4.9 pr.	132.307
20.4.9.1	44; 131
20.4.9.2	44; 131, 132
20.4.11 pr.	43.110

20.4.11.1	43; 131
20.5.12 pr.	145.339
21.1.43.10	34.70
23.3.7.3	122.288; 123
23.3.8	122.288
23.3.9 pr.	123.289; 125
23.3.9.1	35.74; 123.289; 125
23.3.76	57.139
24.1.3.10	56.135
26.1.14.5	27; 27, 28.52; 40.96
26.2.8.1	27, 28.52
26.2.8.2	27; 27, 28.52
26.10.3.7	27; 27, 28.52
28.2.3.2	27.50
28.2.8	34.70
28.5.38.3	41.98
28.5.46	79.197
28.7.8 pr.	76.185
29.1.15.4	27.50
29.4.1.8	81.200
30.55	26.47
30.69.1	96
30.81 pr.	98
30.114.11	38.84
31.82 pr.	40.94
33.2.30 pr.	31.65
33.3.3	111.258
33.5.14	96.233
34.3.27	34.70
34.6.2	138
35.1.1.3	158
35.1.6.1	77.190; 79.197
35.1.7 pr.	67; 68.173; 68
35.1.24	66.169
35.1.57	105, 106; 107
35.1.66	18.35
35.1.67	67
35.1.71.1	77.189
35.1.72 pr.	69
35.1.72.1	69
35.1.79 pr.	16; 36.77
35.1.79.1	16; 17
35.1.92	90.212

35.1.99	160
35.1.105	92
35.1.106	68.173; 68, 69
35.2.62 pr.	34.70
36.2.14.3	38.84
36.2.19.3	39
36.2.19.4	39
36.2.25.1	158, 159
37.9.1.5	36.77
38.16.1.8	81.200
38.17.10.1	34.70
39.5.2.5	126, 127.293
40.1.11	96.233
40.2.19	34.70
40.4.6	109
40.4.17 pr.	103
40.4.17.1	104, 105.248
40.4.33	104.244
40.4.34	104.244
40.4.44	17
40.5.46.4	81.200
40.7.4.1	102
40.7.4.4	105.250
40.7.14.1	105.250
40.7.29 pr.	108.254
40.7.39.1	105
40.7.39.3	105.250
40.7.41	105.250
40.7.42	106
40.9.3	97
40.9.16.3	108
40.9.16.4	108.253
40.9.29.1	96.233
41.1.31 pr.	56.134
41.1.43.2	34.70
41.4.2.2	62; 141.327
41.4.2.3	12.19; 52.123; 140; 151.355
41.4.2.4	12.19; 52.123; 151
41.4.2.5	12.19; 152
41.9.1.2	122; 124
42.4.11	37.80
44.7.1 pr.	56.133
44.7.31	77.188

44.7.44.1	24; 29
44.7.44.2	21; 27.50; 116.273
45.1.17	81.200
45.1.38.10	112.261
45.1.38.11	112.261
45.1.38.12	112.261
45.1.56.4	29; 29.57; 29.61; 116
45.1.56.8	36.77
45.1.61	76.185
45.1.64	45
45.1.97.2	77.189
45.1.116	36.77
45.1.134 pr.	75; 77.189
45.1.134.1	75
45.1.137.6	13.22; 73; 77.188
45.1.141.7	41.98
45.3.18.3	34.70
46.1.16.5	35.75; 36.77
46.1.72	133.309
46.2.14.1	133.309; 133.310
46.2.8.1	133.309
46.2.24	40.94
46.3.16	133.309
46.4.12	133.309
46.4.13.6	133.309
46.4.21	133.309
47.2.14 pr.	149
47.2.14.17	147.342
47.2.49 pr.	148
47.4.1.6	147.342
49.15.12.10	102.243
50.17.77	27.52; 29.62; 133.309
50.17.161	66.169

Institutiones

2.20.14	40.94
3.15.2	130.298
3.15.3	26.47; 29.59; 130.298
3.15.4	130.298
3.15.5	130.298
3.15.6	130.298
3.19.11	72.178
3.19.25	130.298

3.19.26	130.298
3.19.27	130.298
3.23.1	62
3.23.4	152

Novellae

22.43	66.170
-------	--------

C) FONTI GIURIDICHE MODERNE

Codice Civile italiano del 1942

Art. 626	79.196
Art. 634	79.196
Art. 639	70.176
Art. 1231	134.311
Art. 1354	78.195
Art. 1355	83; 83.205
Art. 1358	65.168
Art. 1359	65.168
Art. 1456	52.123
Art. 1472	82.203

Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942

§ 619	78.195
-------	--------

Giurisprudenza Cassazione Civile

Sent. n. 12921 del 3 dicembre 1991	11.16
Sent. n. 10490 dell'8 maggio 2006	54.131
Sent. n. 8941 del 15 aprile 2009	74.184

BIBLIOGRAFIA

- E. ALBERTARIO, *Il momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, in *Studi del diritto romano*, III. *Obbligazioni* (Milano, 1936) 425 ss.;
- B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano* (Palermo, 1982);
- F. ALCARO, *La condizione nel contratto tra «atto» e «attività»* (Padova, 2008);
- M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico* (Torino, 1950);
- G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato* (Padova, 1996);
- V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*², I (Napoli, 1956);
- V. ARANGIO RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷ (Napoli, 1984);
- G. G. ARCHI, s.v. *Condizione (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto (EdD.)*, VIII (1961), 750 ss.;
- G. G. ARCHI, *Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II (Bologna, 1962);
- G. G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana* (Padova, 1934);
- M. ARMGARDT, *Zur Bedingungsdogmatik im klassischen römischen. Recht und zu ihren Grundlagen in der stoischen Logik*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TR.)* 76 (2008), 219 ss.;
- U. BABUSIAUX, *Id quod actum est'. Zur Ermittlung des Parteivillens im klassischen römischen Zivilprozeß* (München, 2006);
- D. BARBERO, s.v. *Condizione (dir. civ.)*, in *Novissimo Digesto Italiano (NNDI.)*, III (1959), 1099 ss.;
- D. BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione* (Milano, 1937);
- R. BASILE, *Pactionibus et stipulationibus id efficere'. Un'ipotesi in tema di modi costitutivi di servitù (e usufrutto)*, in *'Fides' 'Humanitas' 'Ius'. Studi in onore di Luigi Labruna*, I (Napoli, 2007), 335 ss.;
- G. VON BESELER, *Romanistische Studien. Bedingte Damnationslegat und bedingte Stipulation*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TR.)* 10 (1930), 218 ss.;
- E. BETTI, *Diritto romano e la dogmatica odierna*, in *Archivio Giuridico (AG.)* 99 (1928), 129 ss., ora in *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna. Saggi di P. de Francisci e E. Betti. Appendici di E. Lombardi, G. Crifò e G. Lauraschi* (Como 1996), 25 ss.;
- E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*², a cura di G. Crifò (Milano, 1971);
- E. BETTI, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano* (Padova, 1927);
- E. BETTI, *La retroattività della 'condicio' («facti» o «iuris») in diritto giustiniano*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini* (Pavia, 1945), 477 ss.;
- E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja" (BIDR.)* 28 (1915), 3 ss.;
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (Napoli, 1994 rist.);
- B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (Corso di lezioni)* (Milano, 1946);
- A. BISCARDI, *La «lex commissoria» nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II (Milano, 1962), 575 ss.;
- P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia* (Roma, 1925);
- P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. III. Diritti reali* (Roma, 1933);
- F. BONIFACIO, *La novazione nel diritto romano*² (Napoli, 1959);

- M. BRETONE, s.v. *Statuliber*, in *Novissimo Digesto Italiano (NNDI)*, XVIII (Torino, 1978), 380 ss.;
- M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II (Milano, 1973);
- E. CAIAZZO, *In tema di servitù «ad tempus»*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law (Index.)* 25 (1997), 333 ss.;
- C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione* (Milano, 1997);
- A. CALONGE, *En torno al problema de la retroactividad de la condición en el derecho clásico*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, III (Milano, 1971), 143 ss.;
- C. A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI.)* 57 (1991), 335 ss.;
- F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto* (Roma, 1951);
- V. CECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (Intorno alla nozione di causa)*, in *Rivista di diritto civile*, I (1991), 247 ss.;
- A. CORBINO, *La causa negoziale nel diritto privato romano* (Padova, 2014);
- C. COSENTINI, *Conditio impossibilis* (Milano, 1952), 161 ss.;
- M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede* (Milano, 1989);
- M. F. CURSI, *Alle origini degli 'accidentalium negotiorum'. Le premesse teoriche della categoria moderna nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law (Index.)* 29 (2001), 301 ss.;
- T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica* (Padova, 2004);
- T. DALLA MASSARA, *La causa del contratto nel pensiero di Aristone: della necessità di un concetto*, in *Scambio e gratuità: confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo (Padova, 2011), 175 ss.;
- T. DALLA MASSARA, *Come nasce un'idea: la causa del contratto*, in *Legal Roots. The International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law (Legal Roots.)* 2 (2013), 353 ss.
- A. D'ANTONIO, *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, in *Rivista di diritto civile*, I (1970), 113 ss., ora in *Studi in onore di Santoro-Passarelli*, II (Napoli, 1972);
- D. DAUBE, *Condition prevented from materializing*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TR.)* 28 (1969), 271 ss.;
- S. DI SALVO, *Adempimento fittizio della condizione e interesse al mancato avveramento*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja" (BIDR.)* 105 (2011), 135 ss., ora in ID., *Dal diritto romano. Percorsi e questioni* (Torino, 2013), 1 ss.;
- G. DONATUTI, *Lo statulibero* (Milano, 1940);
- G. DONATUTI, *Sull'adempimento fittizio della condizione*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI.)* 3 (1937), 63 ss.;
- F. ENDEMANN, *Die Lehre von der 'emptio rei speratae' und 'emptio spei' und deren Bedeutung für das heutige Recht* (Wien, 1885);
- L. ENNECERUS, *Rechtsgeschäft, bedingung und anfangstermin* (Marburg, 1888);
- A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico* (Milano, 1941);
- A. FALZEA, s.v. *Condizione (dir. civ.)*, in *Enciclopedia Giuridica*, VII (Roma, 1988), 10 ss.;
- G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico* (Milano, 1966);

- F. FIORI, *Bona fides: formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* (Napoli, 2006);
- W. FLUME, *Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellung der römischen Klassiker*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung (ZSS.)* 92 (1975);
- W. FLUME, *Die Vererblichkeit der suspensiv bedingten Obligation nach klassischem römischem Recht*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TR.)* 14 (1935), 19 ss.;
- W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken* (Paderborn - München - Wien - Zürich, 1990);
- P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. II. Le garanzie reali* (Padova, 1963);
- F. GALLO, *«Synallagma» e «conventio» nel contratto. Corso di diritto romano* (Torino, 1992);
- G. GANDOLFI, *Sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano* (Milano, 1966);
- L. GEYMONAT, *Il problema della conoscenza nel positivismo. Saggio critico* (Torino, 1931);
- C. GIOFFREDI, *Dommatica e sistematica nello studio del diritto romano (a proposito di una recente traduzione delle Istituzioni di Gaio)*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI.)* 18 (1952), 248 ss.;
- C. GIOFFREDI, *Ius, lex, praetor*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI.)* 13-14 (1947-1948), 8 ss.;
- C. GIOFFREDI, *'Pendenzia' e 'sospensione' dalle fonti romane alla dommatica odierna*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI.)* 22 (1956), 113 ss.;
- C. GIOFFREDI, *«Pendere»: per la storia di un dogma*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, I (Roma, 1960), 325 ss.;
- M. GIORGIANNI, s.v. *Causa (Dir. Priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto (EdD.)*, VI (Milano, 1960), 547 ss.;
- G. GROSSO, s.v. *Causa, I. Causa del negozio giuridico (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del Diritto (EdD.)*, VI (Milano, 1960), 532 ss.;
- G. GROSSO, *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione* (Torino, 1930);
- G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*² (Torino, 1962);
- G. GROSSO, *Impedimento al verificarsi della condizione e finzione di adempimento*, in *Rivista di diritto commerciale*, II (1939), 52 ss.;
- G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie* (Torino, 1944);
- G. GROSSO, *La finzione di adempimento della condizione* (Modena, 1930);
- G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano* (Torino, 1969);
- G. GROSSO, *Sulla volontarietà dell'impedimento al verificarsi della condizione*, in *Memorie dell'Istituto giuridico di Torino (Ato.)* 65 (1930), 455 ss.;
- G. GROSSO, *'Servitus ad tempus' e concezione economica liberistica della proprietà*, in *Iura. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico (Iura.)* 20 (1969), 117 ss.;
- A. GUARINO, *Cinquant'anni dalla «Krise»*, in *Labeo*. 34 (1988), 43 ss., ora in ID., *Pagine di diritto romano*, I (Napoli 1993), 276 ss.;
- A. GUARINO, *Il leasing dei gladiatori*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law (Index.)* 13 (1985), 461 ss.;
- A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹² (Napoli, 2001);

- A. GUARNERI CITATI, *Legato condizionale e costituzione di servitù 'pendente condicione'*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, III (Milano, 1930), 437 s.;
- M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I (München, 1955);
- M. KASER, [Recensione a] Gian Guadalberto Archi, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung (ZSS.)* 55 (1935), 397 ss.;
- H. KUPISZEWSKI, *Osservazioni sui rapporti patrimoniali fra i fidanzati nel diritto romano classico: 'dos' e 'donatio'*, in *Ivra* 29 (1978), 114 ss.;
- V. KURZ, *'Emptio rei speratae pura' oder 'sub condicione'*, in *Labeo. Rassegna di diritto romano (Labeo.)* 20 (1974), 194 ss.;
- P. LAMBRINI, *'In diem addictio' e seconda compravendita tra le stesse parti: patto modificativo o 'nova emptio'*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, a cura di C. Russo Ruggieri III (Milano, 2010), 383 ss.;
- P. LAMBRINI, *La novazione: lineamenti romanistici e dottrine attuali* (Padova, 2006);
- P. LAMBRINI, *La novazione: pensiero classico e disciplina giustiniana* (Padova, 2006);
- P. LAMBRINI, *Novazione oggettiva e diritti reali: Iul. 54 D. 45.1.58*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja" (BIDR.)* 101 (2004), 311 ss.;
- O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I-II (Leipzig, 1889), 476
- A. LEVI, *Teoria generale del diritto* (Padova, 1950);
- E. LEVY, *West Roman Vulgar Law* (Philadelphia, 1951);
- E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht* (Weimar, 1956), 88 ss.;
- E. LEVY, E. RABEL, *Index interpolationum quae in Iustiniani digestis inesse dicuntur*, I-III (Weimar, 1929);
- C. LONGO, *La categoria romana delle 'servitutes' nel diritto romano classico*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja" (BIDR.)* 11 (1898), 281 ss.;
- F. MACIOCE, *La presupposizione*, in *I contratti in generale III. I requisiti del contratto*, a cura di G. Alpa e M. Bessone (Torino, 1991), 516 ss.;
- S. MAIORCA, s.v. *Condizione (dir. civ.)*, in *Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile*, III (Torino, 1988), 273 ss.;
- M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³ (Palermo, 2006);
- M. MARRONE, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo (AUPA.)* 42 (1992), 183 ss.;
- M. MARTINO, *L' 'expressio causae'. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale* (Torino, 2012);
- F. MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nel contratto*, in *Rivista di diritto civile*, I (1958), 69 ss.;
- A. MASI, *'Stipulatio praepostera'*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja" (BIDR.)* 63 (1960), 181 ss.;
- A. MASI, *Studi sulla condizione di diritto romano* (Milano, 1966);
- L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I (Leipzig, 1908);
- C. MOKREJS, *'Propter iuris condicionem in suspenso est': la 'condicio supervacua', la 'condicio extrinsecus' y la condición de Derecho en el Derecho romano clásico*, in *Revista de estudios histórico-jurídicos* 32 (2010), 107 ss., edizione online: <http://www.scielo.cl/pdf/rehj/n32/a04.pdf>;
- E. NICOSIA, *'In diem addictio' e 'lex commissoria'* (Catania, 2013);

- E. NICOSIA, 'Utilitas contrabentium' e 'in diem addictio', in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, II (Padova, 2007), 259 ss.;
- G. NUTI, *Dogmatica e pratica della vendita con riserva di proprietà*, in *Rivista di diritto commerciale*, I (1947), 316 ss.;
- R. ORESTANO, s.v. *Condizione (dir. rom.)*, in *Novissimo Digesto Italiano (NNDI)*, III (1959), 1095 ss.;
- S. PAGLIANTINI, *La cd. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, in *Rivista del notariato* (2010), 1211 ss., ora in *Studi in onore di Antonino Cataudella*, III (Napoli, 2013), 1599 ss.;
- S. PALAZZOLO, s.v. *Rapporto. I. Rapporto giuridico*, in *Enciclopedia del Diritto (EdD)*, XXXVIII (Milano, 1987), 289 ss.;
- A. PALMA, *Note critiche sul concetto di causa*, in *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina (Roma e America)*, 12 (2001), 321;
- A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato* (Milano, 1975);
- C. PENNACCHIO, *Note in tema di 'lex commissoria': a proposito di D. 18.3.8 (Scaev. 7 'dig.)*, in *Teoria e storia del diritto privato (TSDP)* 10 (2017), edizione online: http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2017/contributi/2017_Contributi_Pennacchio.pdf;
- P. PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri. I. La compravendita di cosa futura* (Camerino, 2010);
- G. PETRELLI, *La condizione come «elemento essenziale» del negozio giuridico* (Milano, 2000);
- F. PRINGSHEIM, 'Id quod actum est', in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung (ZSS.)* 78 (1961), 1 ss.;
- S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in ID., *Diritto Civile. Metodo - Teoria - Pratica. Saggi* (Milano, 1951), 105 ss.;
- S. RANDAZZO, *Variabilità del rischio e ricadute sistematiche nella vendita di cosa futura*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I (Padova, 2007), 249 ss.;
- P. RESCIGNO, s.v. *Condizione (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto (EdD)*, VIII (1961), 773 ss.;
- S. RICCOBONO, «Dies vel condicio» nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali (Fr. 4 D. VIII, 1), in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TR.)* 3 (1922), 343 ss.;
- S. RICCOBONO, *Formazione del dogma della trasmissibilità all'erede dei rapporti sotto condizione*, in *Studi in onore di Silvio Perozzi* (Palermo, 1925), 349 ss.;
- V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole* (Camerino-Napoli, 1985);
- P. N. ROBLES BACCA, *Contenido y alcance del concepto de cumplimiento de las obligaciones ('solutio')*, in *Revista de Derecho Privado* 31 (2016), 55 ss., edizione online: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4796/5550>;
- R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto* (Padova, 2008);
- S. ROMANO, *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana* (Padova, 1937);
- D. RUBINO, *La compravendita* (Milano, 1962), 430 ss.;
- D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari* (Milano, 1939);
- A. SALOMONE, *'Venditio donationis causa'*² (Torino, 2016);
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile* (Napoli, 1954);

- F. K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. Vittorio Scialoja, I e III (Torino, 1886-1891), 176 ss.;
- A. SCHIAVONE, s.v. *Negozi giuridico. I. Storia (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del Diritto (EdD.)*, XXVII (Milano, 1987), 907 ss.;
- V. SCIALOJA, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano nella R. Università di Roma nell'anno accademico 1892-1893 raccolto dai dottori Mapei e Nannini* (Roma, 1938);
- G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano* (Torino, 1933);
- G. SEGRÈ, 'Obligatio', 'obligare', 'obligari' nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, III (Milano, 1930), 499 ss., e ora in ID., *Scritti vari di diritto romano* (Torino, 1952), 477 ss.;
- S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali* (Napoli, 1947);
- J. F. STAGL, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts* (Böhlau Wien – Köln – Weimar, 2009);
- P. STARACE, *Lo 'statuliber' e l'adempimento fittizio della condizione* (Bari, 2006);
- G. TATARANO, *Incertezza, autonomia privata e modello condizionale* (Napoli, 1976);
- G. TATARANO, s.v. *Retroattività (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto (EdD.)*, XL (Milano, 1989), 83 ss.;
- S. A. TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi* (Milano, 1959);
- A. TRABUCCHI, *Il valore attuale della regola sabiniana*, in *Giurisprudenza Italiana*, I (1953), 844 ss.;
- V. TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile* (1966), 812 ss.;
- F. VASSALLI, «Dies vel condicio». Lineamenti della dottrina romana della condizione, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"* (BIDR.) 27 (1914), 192 ss., ora in ID., *Studi giuridici*, I (Milano, 1960), 223 ss.;
- F. VASSALLI, *L'origine della trasmissibilità ereditaria dei crediti e dei debiti condizionali*, in *Rivista Italiana per le scienze Giuridiche* (RISG.) 56 (1915), 195 ss.;
- F. VASSALLI, *Un testo romano-visigoto sulle condizioni impossibili e turpi*, in ID., *Studi giuridici*, I (Milano, 1960), 357 ss.;
- P. VOICI, *Diritto ereditario romano*², I (Milano, 1968);
- P. VOICI, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano* (Milano, 1936);
- G. VON BESELER, *Condicio impossibilis*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI.)* 7 (1941), 186 ss.;
- A. VON SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, in *Zur von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften*, II, 2 (Erlangen, 1871);
- B. WINDSHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. di C. Fadda e P.E. Bensa, I (Torino, 1930 rist.), 313 ss.;
- B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von den Voraussetzung* (Düsseldorf, 1850);
- P. ZILIO, *Vendita con 'lex commissoria' o 'in diem addictio': la portata dell'espressione 'res inempta'*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova – Venezia – Treviso, 14-15-16 giugno 2011)*, a cura di L. Garofalo, IV (Padova, 2003), 475 ss.