

Prefazione

Tempus fugit. Ho avuto l'onore di dirigere per otto anni la Scuola di Specializzazione per le Professioni legali, convincendomi ancora di più di quanto rileggo nella prefazione (qui riportata) all'edizione precedente di questo volume. E questa convinzione nasce da un insegnamento (delle Istituzioni di diritto romano), dal quale ho difficoltà a distaccarmi, sia pure *inravescente aetate*, come al tempo stesso dall'esercizio della professione di avvocato. Due attività in me profondamente connesse. Ma a questo punto mi accorgo di ispirarmi ancora al mio Maestro, Antonio Guarino, purtroppo nel frattempo venuto a mancare, con dolore immenso per chi ha cercato, sia pure *a minore*, di seguirne il percorso.

Napoli, gennaio 2019

Prefazione alla prima edizione

Questa raccolta di studi, in parte inediti, è destinata anzitutto agli studenti del corso di Diritto romano, che da qualche anno ricopro in aggiunta a quello, “vocazionale”, di Istituzioni.

Nasce, però, molto dagli insegnamenti romanistici, in particolare quello di Fondamenti del diritto europeo, che ho tenuto alla Scuola di Specializzazione per le Professioni legali dell’Ateneo federiciano, prima di assumere nella stessa funzioni di ulteriore responsabilità.

Vorrei tanto chiamare il corso di cui sopra, quello di Diritto romano, ancora “di Pandette”; lo avvertivo forse inconsciamente da tempo, certo da prima di tenerlo. Ma lo squarcio mi si è rivelato col ricordo di Carlo Fadda che ho tenuto nella Facoltà di Giurisprudenza della Federico II.

Sono stato in dubbio se collocarlo all’inizio o alla fine di questo breve volume. Come *incipit* avrebbe potuto far luce sui discorsi tecnici a seguire, tra diritto romano e diritto attuale. Come conclusione avrebbe rappresentato agli studenti un modello ineguagliabile cui ispirarsi (con tanti altri, naturalmente) dopo il percorso universitario.

Ho scelto la seconda ipotesi. E propongo ai giovani, al termine di queste pagine, la figura del Maestro, nella sintesi che esprime tra diritto romano, orientamenti delle età successive, fino soprattutto alla sua, professione forense, impe-

gno politico. Realtà da lui vissute in maniera profondamente unitaria, reciprocamente feconda.

Difficile immaginare, nel mondo di oggi, una tale ampiezza di interessi, di esperienze; la vita, specie quella economica, potrà condurre i laureati in giurisprudenza (che rimane una “facoltà”, cioè l’oggetto della loro scelta, sperabilmente non *de residuo*) a specializzazioni anche molto (spesso: troppo) ristrette.

Ma conoscere i principi, nella loro origine, nella loro evoluzione, adoperare correttamente i concetti giuridici, la terminologia che li sottende ... farà la differenza, anche quando si dovrà applicare la legge più recente e/o più mal scritta, o interpretare il contratto più nuovo o più insolito.

L’alternativa è quella (fortunatamente scherzosa e spero mai applicabile ai nostri studi) di distinguere tra l’ortopedico del piede destro e quello del piede sinistro.

*Adempimento fittizio della condizione e interesse al mancato avveramento**

In un solo testo¹, o al più in due², per tutto il *Corpus iuris*³, sono contemplate ipotesi in cui l'adempimento fittizio della condizione «*si per eum, cuius interest condicionem non impleri, fit quominus impleatur*»⁴ è previsto per un contratto

* Pubblicato in *BIDR*. 105, 2011, p. 135 ss.

¹ Si tratta di Ulp. 11 *ad ed.* D. 18.1.50, su cui *infra*, su nt. 24.

² Mi riferisco a Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18.1.8 pr., su cui *infra*, nt. 34.

³ Fuori dalla Compilazione vi è solo Tit. Ulp. 2.4, peraltro relativo alla *manumissio testamenti*.

⁴ La regola è contenuta, con espressioni pressoché identiche, in Iul. 55 *dig.* D. 35.1.24 e in Ulp. 77 *ad ed.* D. 50.17.161:

<p>Iul. 55 <i>dig.</i> D. 35.1.24. <i>Iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem <non> impleri, fit, quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta condicio fuisset: quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt. Quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret.</i></p>	<p>Ulp. 77 <i>ad ed.</i> D. 50.17.161. <i>In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset. Quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. Quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret.</i></p>
--	---

di buona fede; per giunta sinallagmatico, fonte di *ultra citroque obligatio*: l'*emptio venditio*.

Le altre fonti, non pochissime, relative a questa *fictio* tipicamente civilistica, presentano sempre o una disposizione *mortis causa* – dalla *manumissio testamento*⁵, all'istituzione di erede⁶, al legato⁷, al fedecommesso⁸ – o una *stipulatio*⁹. Sicché il verificarsi della condizione è sempre e comunque a danno, per usare la terminologia di Scheurl¹⁰, del debitore. O meglio: il suo non verificarsi agevola un soggetto che sia

Sulla comparazione filologica dei due testi, di recente, con buone esegesi, P. STARACE, *Lo 'statuliber' e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul 'favor libertatis' fra tarda repubblica ed età antonina*, Bari, 2006, p. 188 ss. In precedenza la più compiuta lettura è probabilmente quella di G. DONATUTI, *Sull'adempimento fittizio della condizione*, in *SDHI*. 3, 1937, p. 74 ss., peraltro largamente superata e frutto del clima interpolazionistico del tempo. Per una puntuale critica, A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1966, p. 221 ss.

⁵ Che costituisce, com'è notissimo, la fattispecie primigenia della *regula* e non a caso è assai frequente nelle fonti; per l'esame delle quali rinvio al recente libro di P. STARACE, *Lo 'statuliber'*, cit., p. 101 ss. e *passim*.

⁶ Elencata nei testi di Giuliano e di Ulpiano riportati alla nt. 4.

⁷ Cfr. Pap. 8 *resp.* D. 35.1.78 e, forse, Paul. 16 *ad Plaut.* D. 35.1.45.

⁸ Scaev. 4 *resp.* D. 33.1.13 pr.; per il *fidecommissum libertatis* Pap. 9 *resp.* D. 40.5.23.4.

⁹ Menzionata ancora nei testi base sulla *regula* e sulla sua graduale espansione: D. 35.1.24 e D. 50.17.161, sulla cui genuinità quanto al riferimento alla *stipulatio* non vi è ragione di dubitare. Ai rilievi, sul punto, di A. MASI, *Studi*, cit., p. 221, può aggiungersi che l'avversa opinione di G. DONATUTI, *Sull'adempimento*, cit., p. 75 s. (per cui il testo originario avrebbe previsto solo un'ipotesi di *stipulatio praetoria*), sembra poggiare su una petizione di principio. Quella che la regola derivi da un'interpretazione *ex voluntate*, la quale però non sarebbe possibile per la *stipulatio* classica.

¹⁰ G.A. VON SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, vol. II/2 *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften*, Erlangen, 1871, p. 160 ss.

debitore in senso stretto (come nella *stipulatio* o nel legato ad effetti obbligatori) o che comunque riceverebbe un danno da una fattispecie negoziale sottoposta a condizione in caso di suo avveramento. L'erede perderebbe uno schiavo, nel caso dello *statuliber*; o vedrebbe comunque ridotto quanto spettantegli di fronte ad un legato ad effetti reali; e così via¹¹.

In sostanza, a prescindere dalla costruzione del *quid* sottoposto a condizione come negozio condizionato o rapporto condizionato¹², fin dal momento in cui la condizione è apposta appare chiarissimo chi possa essere controinteressato al suo verificarsi e contro chi. L'erede rispetto allo *statuliber*; lo stesso rispetto al legatario sotto condizione; l'onerato (erede, legatario, altro fedecommissario) rispetto all'onorato di un fedecommissario *sub condicione*; il *promissor* rispetto allo *stipulans*.

Sicché le indagini sulle fonti romane in tema di adempimento fittizio della condizione, sia a fini dogmatici¹³, sia nei diversi quadri storiografici che si sono susseguiti, dall'interpolazionismo¹⁴ alla dottrina degli anni '60 del secolo

¹¹ Per l'istituzione d'erede condizionale dovrebbe naturalmente pensarsi ad un impedimento provocato dal *substitutus* o dal chiamato *ab intestato*; ma mancano esempi nelle fonti.

¹² Cfr., su queste tematiche, W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990, p. 120 ss.

¹³ F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. SCIALOJA, vol. III, Torino, 1891, p. 176 ss.; e soprattutto G.A. VON SCHEURL, *Beiträge*, vol. II/2, cit., pp. 160-180; ma le citazioni della Pandettistica potrebbero essere numerosissime, per arrivare a B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. di C. FADDA e P.E. BENZA, vol. I, rist. Torino, 1930, p. 313 s.

¹⁴ Nel cui filone può già collocarsi (dotato, però, anche di accentuati interessi sistematici) il lavoro di F. VASSALLI, *'Dies vel condicio'*. *Linea-*

scorso¹⁵, fino agli ultimi studi¹⁶, hanno posto problemi che si muovono appunto in questo ambito. La progressiva estensione della regola dalla *manumissio* testamentaria sotto condizione agli altri negozi *mortis causa* ed a quelli *inter vivos*¹⁷; il suo fondamento, còlto (una volta estesosi il campo al di là della *manumissio testamento*¹⁸) nella presupposizione che il

menti della dottrina romana della condizione, in *BIDR.* 27, 1914, p. 192 ss., poi in *Studi giuridici*, vol. I, Milano, 1960, p. 223 ss. Un'impostazione siffatta è in G. GROSSO, *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione*, Torino, 1930, e *Sulla volontarietà dell'impedimento al verificarsi della condizione*, in *Ato.* 65, 1930, p. 455 ss. (p. 1 ss. estr.). Alla costruzione concettuale è dedicata invece la monografia, pressoché coeva, dal titolo *La finzione di adempimento della condizione*, Modena, 1930, la quale segue di un solo anno il lavoro di P. KRÜCKMANN, *Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt*, in *AcP.* 131, 1929, p. 60 ss. Non lontano nel tempo – e tutto di impianto interpolazionistico – G. DONATUTI, *Sull'adempimento*, cit., p. 63 ss.

¹⁵ D. DAUBE, *Condition prevented from materializing*, in *T.* 28, 1960, p. 271 ss.; A. MASI, *Studi*, cit., p. 211 ss. Limitatamente agli atti *mortis causa* vanno ricordate le opere classiche di B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, II ed., Milano, 1955, p. 536 ss.; di G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*, II ed., Torino, 1962, p. 457 ss.; e di P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II ed., vol. II, Milano, 1963, p. 596 ss.

¹⁶ Mi riferisco ancora alla monografia della Starace, centrata sulla fattispecie dello *statuliber*.

¹⁷ G. GROSSO, *La finzione*, cit., p. 4 ss.; G. DONATUTI, *Sull'adempimento*, cit., p. 64 ss.; D. DAUBE, *Condition*, cit., pp. 271 ss., 274 ss., 281 ss.; A. MASI, *Studi*, cit., p. 220 ss.; ed ora P. STARACE, *Lo 'statuliber'*, cit., p. 187 ss.; il tutto non senza divergenze di opinioni, come già visto in tema di *stipulatio* (nt. 9) ed ulteriormente si dirà alla nt. 18.

¹⁸ Sulla regola decemvirale cui fa cenno Tit. Ulp. 2.4 e sul suo carattere “fondante”, almeno in origine, della finzione in tema di *manumissio testamento*, ricollegata di frequente (per tutti, G. GROSSO, *La finzione*, cit., p. 3 ss.) al *favor libertatis*, altre volte (G. DONATUTI, *Sull'adempimento*, cit., p. 64 ss.) all'interpretazione della volontà testamentaria, si v. P. STARACE, *Lo 'statuliber'*, cit., p. 107 ss. e *passim*.

controinteressato non avrebbe turbato il normale verificarsi della condizione¹⁹; ancora, il profilo soggettivo dell'azione (o omissione) impeditiva dell'evento condizionale: dolo, forse, specifico (almeno) per i giustinianei²⁰.

Non è stato posto invece un altro problema: nei contratti da cui scaturiscono obbligazioni a carico di ambo le parti chi è il controinteressato all'adempimento della condizione? E questo interesse contrario va colto nel momento della conclusione del contratto o può essere anche successivo?

Risposte non facili, anche nei sistemi codificati, dall'inizio del secolo XIX. Ché il passaggio della regola sull'adempimento fittizio, ben evidenziata nel *Corpus iuris*, in testi normativi che la riproducono pressoché inalterata²¹ sconta, per così dire, il fatto che la sua formulazione nasceva quale sintesi di fattispecie, come si è visto, con un ben determinato controinteressato. L'*emptio venditio* non figurava negli esempi che illustrano le definizioni gemelle di Giuliano in D. 35.1.24 e di Ulpiano in D. 50.17.161.

¹⁹ *In nuce* già in G.A. VON SCHEURL, *Beiträge*, vol. II/2, cit., p. 160 ss., spec. 162 s. Lo sviluppo più coerente è quello ipotizzato da G. GROSSO, *La finzione*, cit., *passim*, spec. p. 12 ss.: sorta come principio di diritto positivo, ispirato al *favor libertatis* e che nella volontà del *de cuius* trova soltanto un limite (ove, cioè, il comportamento non collaborativo dell'erede sia esso stesso *in condicione*), la regola si fonda poi sull'idea che il testatore aveva presupposto il non porre ostacoli da parte dell'erede nei cui confronti lo *statuliber* doveva effettuare la *datio*. Di qui, su questo fondamento, la graduale estensione ad altre fattispecie, anche non *mortis causa*.

²⁰ È la tesi di G. GROSSO, *Sulla volontarietà*, cit., p. 461 ss. (p. 7 ss. estr.); diversamente G. DONATUTI, *Sull'adempimento*, cit., p. 64; D. DAUBE, *Condition*, cit., p. 273 e nt. 1, 274, 281; contro le interpolazioni ravvisate dal Grosso, soprattutto A. MASI, *Studi*, cit., p. 212 ss. (a proposito di Paul. 1 *ad Ner.* D. 40.7.38, di Ulp. 27 *ad Sab.* D. 40.7.33 e di Scaev. 4 *resp.* D. 40.5.41.1).

²¹ *Infra*, spec. nt. 48.

Peraltro, tale passaggio veniva, potrebbe dirsi, agevolato dalla collocazione, a partire dal Code Napoléon, della disciplina della condizione nell'ambito delle obbligazioni, non dei contratti²². Sicché avveniva, almeno concettualmente²³, una scissione dei rapporti obbligatori derivanti dal contratto.

Torniamo ai due testi dei *Digesta* in tema di *emptio venditio*.

Ulp. 11 *ad ed.* D. 18.1.50. *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.*

Notissimo, anche in studi recenti particolarmente autorevoli²⁴, sotto il profilo della concezione labeoniana del contratto e, dunque, della genuinità dell'*actio praescriptis verbis*, fino a non molti anni fa sostituita con un'*actio in factum*²⁵ o

²² All'art. 1178, inserito nella sezione delle obbligazioni condizionali, la prima del capo relativo alle diverse specie di obbligazioni.

²³ Ma le esigenze della prassi contrattuale sono evidentemente diverse: *infra*, su nt. 46.

²⁴ R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo, 1983, p. 109 ss.; M. SARGENTI, *La nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura* 38, 1987, p. 66 s.; A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, vol. I, Milano, 1988, p. 34; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *'Contractus' e 'pactum'. Atti del convegno internazionale di diritto romano* (Copanello, 1-4 giugno 1988), Napoli, 1990, p. 90; F. GALLO, *'Synallagma' e 'conventio' nel contratto. Corso di diritto romano*, Torino, 1992, p. 192 ss.; C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *Iura* 64, 2010, p. 94 ss.

²⁵ Così ancora A. MASI, *Studi*, cit., p. 223.

con l'*actio doli*²⁶, il passo è stato letto con minore interesse nella sua parte finale, in tema appunto di finzione di adempimento²⁷.

In questa sede la ricchezza delle elaborazioni dottrinali sulla prima tematica è evidentemente estranea alla nostra indagine; richiamerei tuttavia un pensiero di Gallo²⁸, che mi sembra felice, per cui la compravendita condizionata restava pur sempre una compravendita senza divenire un negozio atipico. Sicché l'agire *praescriptis verbis* derivava da una volontà di Labeone di riempire un vuoto dell'ordinamento in un caso in cui appunto la condizione non si era verificata per una colpevole inerzia del compratore.

Ciò rafforza l'opinione²⁹ secondo la quale Ulpiano esporrebbe effettivamente un'idea profondamente diversa da quella di Labeone, anche se non in contrasto con la stessa, almeno se l'*etiam*³⁰ possa intendersi come previsione di un'azione, quella *ex vendito*, ulteriore rispetto all'azione proposta dal giurista augusteo, peraltro non esclusa da quello severiano.

In ogni caso siamo di fronte ad una condizione mista (non potestativa, né meramente potestativa)³¹, nell'interesse

²⁶ Lo sostiene, da ultimo, M. SARGENTI, *La nascita*, cit., p. 66 s.

²⁷ Così, esplicitamente, C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., p. 94, nt. 164, non privo peraltro, sul punto, di acute osservazioni.

²⁸ F. GALLO, *Synallagma*, cit., p. 194 s.

²⁹ D. DAUBE, *Condition*, cit., p. 283. Diversamente G. DONATUTI, *Sull'adempimento*, cit., p. 72, e A. MASI, *Studi*, cit., p. 223 s., che giustamente rileva trattarsi di sfumature.

³⁰ *Etiam* nel senso, dunque, di "anche", riferito all'azione, più che in quello di "anche qualcosa in più", "perfino", nel senso di passare dall'*actio praescriptis verbis* a quella *ex vendito*.

³¹ Secondo C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., p. 94: «la condizione stessa risulta descritta come potestativa, e puramente potestativa: se *ego* chiederà all'autorità amministrativa di vendergli il locale ove porre la biblio-

del solo venditore³², il quale ha un interesse “morale” ad una determinata collocazione della biblioteca oggetto del negozio. Il che, peraltro, non significa che il compratore sia controinteressato all’avveramento della condizione. Se ha concluso l’*emptio*, è evidentemente interessato all’acquisto, sia pure sotto una condizione non priva di onerosità per lui: al prezzo della biblioteca da versare al *venditor* deve “sommare” quello dei locali che egli dovrà corrispondere ai *decursiones Campani*.

Ma presumibilmente il compratore cambia idea: se proprio di interesse deve parlarsi, si tratta di un controinteresse sopravvenuto. Il passo, ad ogni modo, si esprime sostanzialmente nel senso di una sanzione a carico della parte che impedisce l’avveramento della condizione. Ai profili del *favor libertatis*, della *voluntas testantis*, esplicitamente o implicitamente presenti nelle altre fattispecie di adempimento fittizio, centrate comunque (e il discorso vale pure per la *stipulatio*) su un controinteresse cristallizzato *ab origine*, si sostituisce, appunto, quello di una sanzione che l’applicazione della regola rende più efficace della proposta labeoniana.

Se si dovesse trarre dal testo un’idea in tema di controinteresse, sarebbe quella che chi impedisce l’adempimento della condizione è controinteressato appunto perché lo impedisce. Ma – per quanto la considerazione non sia decisi-

teca, egli la otterrà senza dubbio. Il fatto è che *ego* non fa le sue diligenze per ottenere il locale, sicché la condizione rimane pendente ...». Che questa sia la vicenda è fuori discussione, ma ciò non toglie alla condizione il suo carattere misto: salvo che qui al comportamento del terzo non si arriva nemmeno, stante l’inerzia dell’*emptor*, che non prende neppure contatto con lo stesso.

³² Condizione unilaterale, dunque, nel senso adoperato attualmente in sede dogmatica, ma non senza confusioni con la tematica dell’interesse nella finzione di adempimento: *infra*, nt. 50 ss.

va³³ – il passo dell’interesse non parla affatto; né Ulpiano, nel testo dove riporta la formulazione generale della regola, vi include, come si è detto, l’*emptio venditio*.

Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18.1.8 pr. *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.*

Ai fini del nostro discorso i temi, anche questi molto studiati, che si riferiscono alla compravendita di cosa futura³⁴ ed alla retroattività della condizione³⁵ non hanno particolare rilievo. Importante è viceversa stabilire se effettivamente la proposizione finale *sed-posse* concerna la finzione di adempimento. Tra le varie opinioni contrapposte mi sembra preferibile quella affermativa³⁶, non essendo convincenti le opinioni che fondano diversamente l’*actio empti*³⁷. Non riterrei

³³ Ché in realtà i testi che menzionano fattispecie varie alle quali applicano la regola non menzionano l’*interesse*, se non appunto quelli che contengono le enunciazioni generali.

³⁴ Soprattutto V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, vol. I, II ed., Napoli 1956, r.a. 1987, p. 117 ss.; M. SARGENTI, *Appunti sulla esperibilità dell’azione contrattuale nella compravendita*, in *Studi Arangio-Ruiz*, vol. II, Napoli, 1953, p. 242 s.; M. KASER, *Erbschafts Kauf und Hofnugs Kauf*, in *BIDR.* 74, 1971, p. 48 ss.; W. FLUME, *Rechtsakt*, cit., p. 106.

³⁵ Che è la prospettiva di A. MASI, *Studi*, cit., p. 158 s.; dall’angolazione dell’adempimento fittizio il passo è riesaminato a p. 224 s.

³⁶ A. MASI, *Studi*, cit., p. 224 s.

³⁷ Non lo sono, a mio avviso, quella di D. DAUBE, *Condition*, cit., p. 286 ss., e quella di V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* vol. I, II ed., cit., p. 118, nt. 5. Il primo sembra operare una certa confusione tra l’interesse del compratore e l’esercizio dell’*actio empti*. Arangio-Ruiz nota giustamente come alla regola della finzione non si faccia cenno; questa, però, è chiaramente, seppur implicitamente, presupposta.

invece di ascrivere a Sabino la tesi sull'adempimento fittizio, sostenuta ipotizzando un *Sabinus ait* come soggetto e verbo reggente dell'ultima proposizione³⁸. Più probabile appare invece che l'aggiunta finale sia di Pomponio e che sia caduto un *puto*³⁹.

Quanto al profilo dell'interesse, qui più che mai la regola applicata ci convive male. Il problema, a mio avviso, non sta tanto nel particolare interesse che si è ravvisato nel compratore⁴⁰ e che in realtà non mi sembra sussistere. Bensì, dovendoci invece porre sotto l'angolazione dell'interesse contrario, nella paradossale situazione del venditore. Il suo impedire che nascano i nuovi capi di bestiame o che le piante fruttifichino è un comportamento in realtà contro il suo stesso interesse: quei *partus* e quei *fructus* non li venderà a nessuno.

Anche qui è soltanto quella sanzionatoria la chiave di volta per comprendere l'applicazione del principio.

In definitiva, l'esame delle fonti induce a ritenere l'applicazione della regola alla compravendita per un verso abbastanza tarda⁴¹, per un altro sostanzialmente sganciata dalla tematica dell'interesse, o meglio del controinteresse; certo non compresa, l'*emptio venditio*, nelle elencazioni che seguono la formulazione della *regula*.

Recepita, quest'ultima, nelle codificazioni ottocentesche, le quali – adoperando espressioni modellate sul codice na-

³⁸ Così invece A. MASI, *Studi*, cit., p. 225.

³⁹ Il periodo finale «*sed – posse*» appare infatti più un'aggiunta di Pomponio che lo sviluppo del pensiero di Sabino in tema di *emptio venditio* «*sine re quae veneat*». Ma il testo non è certamente impeccabile, con i *fructus* prima menzionati e che poi scompaiono.

⁴⁰ D. DAUBE, *Condition*, cit., p. 287.

⁴¹ Sembrerebbe, infatti, ignota a Iul. 3 *ad Urs. Fer. D.* 18.1.41: M. SARGENTI, *Labeone*, cit., p. 66, nt. 68, e già D. DAUBE, *Condition*, cit., p. 272 ss.

poleonico⁴² – non distinguono contratti con prestazioni corrispettive; anzi, come si è detto, collocano il principio nelle obbligazioni e non nei contratti. Scompare il discorso dell'interesse ed assurge a figura dominante quella del debitore che ha impedito l'adempimento.

Ma, al contempo, nella dogmatica pandettistica e successivamente si afferma una costruzione capace di unificare non solo le due entità in esame, ma anche l'ulteriore ipotesi di finzione di avveramento, quella cioè di rifiuto di cooperazione da parte del terzo nelle condizioni miste⁴³. Ignota, invece, quest'ultima, ai codici di stampo francese e recuperata, per le disposizioni testamentarie, nel § 2076 del B.G.B.⁴⁴.

Mi riferisco, naturalmente, alle teorie che configurano come espressioni di una presupposizione le fattispecie della *regula iuris*, dalla metà dell'800⁴⁵ almeno fino ai fondamentali lavori di Grosso, agli inizi degli anni trenta del secolo scorso.

⁴² Il cui articolo 1178 è così formulato. «La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement». Fra le tante versioni successive, mi limito a citare l'art. 1169 del codice civile italiano del 1865: «La condizione si ha per adempita, quando lo stesso debitore obbligato sotto condizione ne abbia impedito l'adempimento»; l'art. 1119 del codice spagnolo del 1889: «Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento» (sulla cui storia L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II *Las relaciones obligatorias*, IV ed., Madrid, 1993, p. 359 ss.).

⁴³ Sulla quale, per l'esperienza romana, A. MASI, *Studi*, cit., p. 227 ss.

⁴⁴ § 2076 «(Bedingung zum Vorteil eines Dritten): Bezweckt die Bedingung, unter der eine letztwillige Zuwendung gemacht ist, den Vorteil eines Dritten, so gilt sie im Zweifel als eingetreten, wenn der Dritte die zum Eintritte der Bedingung erforderliche Mitwirkung verweigert», sul cui rapporto con la casistica delle fonti romane G. GROSSO, *La finzione*, cit., p. 55 ss.

⁴⁵ *Supra*, nt. 19.

Presupporre che le parti si comporteranno correttamente, che il debitore non impedirà l'adempimento della condizione, che il terzo non farà mancare la sua collaborazione significa poggiare tutto su "Voraussetzungen" unificanti.

Ma una siffatta prospettiva non risolve il problema in esame, nemmeno dove, come si è accennato, la regola è inserita nella parte generale delle obbligazioni.

Se prendiamo ad esempio l'esperienza francese, dove è ancora vigente lo stesso codice del 1804, le tematiche più frequenti nella giurisprudenza dei tribunali attengono a compravendite sottoposte a condizione dell'ottenimento di un mutuo da parte del compratore⁴⁶. Un debitore controinteressato al verificarsi della condizione e dunque degli effetti del contratto evidentemente non c'è, almeno *ab origine*; il compratore potrà aver cambiato idea per qualunque ragione e non adoperarsi per ricevere il prestito occorrente all'acquisto. Non c'è in realtà un solo debitore, ché entrambe le parti sono obbligate ad una prestazione.

Non mancano accentuazioni di doveri di buona fede, come nel B.G.B., che, collocando la disposizione⁴⁷ nella di-

⁴⁶ Cfr. *Code civil. Enrichi d'annotations tirées des bases de données juridiques*, Paris, 1995-1996, p. 785 ss.

⁴⁷ § 162 «(Unzulässige Einwirkung auf die Bedingung): Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten. Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt». L'assai più recente codice portoghese, del 1966, colloca la norma (art. 275, «Verificação e não verificação da condição», comma 2: «Se a verificação da condição for impedida, contra as regras da boa fé, por aquele a quem prejudica, tem-se por verificada; se for provocada, nos mesmos termos, por aquele a quem aproveita, considera-se como não verificada») nell'ambito del "negócio jurídico"; con una recezione molto evidente del codice tedesco, sia sistematica, sia in tema di buona fede, sia per la finzione di non avveramento.

disciplina del “Rechtsgeschäft”, contempla pure l’ipotesi inversa, di non adempimento fittizio della condizione, e cristallizza il comportamento del controinteressato – quello cioè che avrebbe un “Nachteil” dall’avveramento – come “wider Treu und Glauben”, se è in grado di produrre la finzione.

E siffatti profili si colgono pure dalla lettura congiunta, se possibile, degli artt. 1358 e 1359 del codice civile italiano⁴⁸, fedele traduzione, quest’ultimo, dei testi romani che prevedono la regola in generale e cristallizzano il momento dell’interesse. Rispetto a queste norme le opinioni sono varie⁴⁹, 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.

Ma il disagio, per così dire, permane. E ne sono testimonianza gli orientamenti giurisprudenziali che talora confondono il profilo dell’interesse di cui all’art. 1359 con quello tipico delle condizioni unilaterali, nell’interesse cioè di una

⁴⁸ Art. 1358 «(Comportamento delle parti nello stato di pendenza): Colui che si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell’altra parte»; art. 1359 «(Avveramento della condizione): La condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all’avveramento di essa», sui quali, da ultimi nella manualistica, F. BOCCHINI ed E. QUADRI, *Diritto privato*, IV ed., Torino, 2011, p. 767 ss.

⁴⁹ Una stretta connessione, sia pure esplicitamente nel senso che la seconda norma sia sanzione della prima, è nella Relazione al Re, n. 620. Nel senso, invece, di una netta distinzione della domanda giudiziale *ex art. 1358* da quella *ex art. 1359* e dunque dei diritti rispettivamente fatti valere, Cass. 2 luglio 2006, n. 16961.

sola parte⁵⁰; talaltra assumono che il principio della retroattività degli effetti della condizione operi anche ai fini dell'interesse di cui alla regola in esame⁵¹: il che finisce con lo svuotarla di qualunque applicazione pratica – una sorta di *interpretatio abrogans* –, proprio perché in tema di contratti non “unilaterali” un interesse contrario iniziale non c'è mai: altrimenti il contratto non verrebbe concluso.

Per buona fortuna, non mancano altre decisioni, le quali, nell'ipotesi forse più frequente nella prassi italiana, di condizione avente ad oggetto vicende urbanistico-edilizie, fanno puntuale applicazione della regola senza troppo insistere sulla tematica del controinteresse⁵².

⁵⁰ È il caso, fra le varie sentenze, di App. Genova 18 marzo 2004, che esclude l'operatività dell'art. 1359 «per l'ipotesi di condizione bilaterale, posta nell'interesse di entrambi i contraenti, in quanto non sarebbe possibile ipotizzare da parte di questi un interesse contrario all'avveramento». Così già Cass. 22 aprile 2003, n. 6423, ove una sorta di *summa*, fra cui il principio che, in mancanza di elementi espressi o impliciti che inducano a ritenere che la condizione sia nell'interesse di una sola parte, la stessa va ritenuta in quello di entrambe.

⁵¹ Così ancora Cass. 22 aprile 2003, n. 6423.

⁵² Così Cass. 27 febbraio 1998, n. 2168.

*Acquisto per altri e trasmissione della proprietà **

La problematica in esame (acquisto per altri e trasmissione della proprietà) si presenta molto ampia, anche a volerne escludere una serie di temi contigui, come la storia del mandato e della *negotiorum gestio*, istituti a cui peraltro qui si fa qualche cenno. Tanto da indurmi ad una preliminare, seppur rapida, indagine, la quale – rovesciando l’ordine delle parole “per altri” – si ponga l’interrogativo: chi è “altro” e che cosa significa agire “per” l’altro.

Alla prima domanda verrebbe spontaneo rispondere che “altro” è soggetto terzo rispetto ad una vicenda (sia pure in senso lato) negoziale, che non lo vede parte della medesima. Prospettiva presente, vedremo, nelle fonti romane, ma senza che possa ricavarsene né l’unicità, né una consapevole elaborazione, se non – come è frequente – per casi specifici o per angolazioni particolari, centrate peraltro più sulla peculiarità dei rapporti, ancorché non strutturalmente potestativi, ad esempio tra il *procurator* ed il suo preponente, che non sulla terzietà di quest’ultimo rispetto alle parti di una vicenda giuridica.

* Pubblicato in *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica*. Convegno Università di Roma Tre, 15-17 novembre 2007, a cura di A. PADOA SCHIOPPA, Jovene, Napoli, 2010, p. 287 ss.

La terminologia lo conferma¹: *tertius*, lungi dall'aver assunto una caratterizzazione ipostatizzante nel senso indicato, è semplicemente il terzo soggetto di fattispecie svariate, dai *parentes manumissores* dell'*emancipatio* (ove rappresenta, appunto, il terzo tra loro)², ad un ulteriore confinante in una tematica di rapporti di vicinato³, al terzo erede, dopo che ve ne siano già due⁴. Segue, così, nelle esemplificazioni dei giuristi, a *primus* e a *secundus*, senza che possano cogliersi posizioni differenziate per il terzo.

Né molto più penetrante l'uso di *alius*⁵, forse (per gli atti negoziali⁶) compiutamente nel senso indicato solo in una costituzione di Diocleziano e Massimiano, del 290, riportata

¹ D'obbligo il rinvio ai consueti lessici per ulteriori contesti, diversi da quello richiamato, ma neppure questi di particolare interesse ai nostri fini. Più interessante, ma neanche qui nella prospettiva in esame, il profilo del "terzo arbitro" che ha una caratterizzazione particolare proprio perché terzo dopo (o con) altri; la quale rileva ai fini della formazione del collegio, del suo carattere "perfetto", del contenuto delle determinazioni che quest'ultimo assume: Ulp. 13 *ad ed.* D. 4.8.17.5,7 (con Celso); D. 4.8.27.3 (con Giuliano). *Amplius* M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, Milano, 1958, p. 138, nt. 221.

² Così nel noto *Gai Ep.* 1.6.3.

³ Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.6 pr., ove l'opinione di Sabino ed in cui il "*tertius vicinus*" non sembra alludere altro che al proprietario di un terzo fondo, oltre quello del protagonista della fattispecie e del suo primo vicino.

⁴ Hermog. 3 *iuris epit.* D. 28.5.88(87). In altre fonti *tertius* è *heres* o anche *substitutus*, riguardo comunque ad altri due soggetti, eredi o sostituti loro stessi: Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.2.3.5; 7 *ad Sab.* D. 28.5.15.1; 4 *disp.* D. 28.6.24; 41 *ad ed.* D. 37.11.2.5,8.

⁵ Cfr. ad es. Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.2.7.10, in cui l'*alius* che gestisce l'altrui *negotium* non è né *procurator*, né *tutor*, né *curator*.

⁶ Quanto agli effetti della sentenza rispetto agli *alii*, nel senso appunto di terzi ai quali *non obest*, celebri Mod. 12 *resp.* D. 44.1.10 e Macer 2 *de appell.* D. 42.1.63.

in versioni sufficientemente simili nei *Vaticana* e nel *Codex Iustinianus*.

Frag. Vat. 286, Diocl. et Max. *Iuliae Marcellae* <Quoties donatio ita conficitur, ut post tempus> id quod donatum est alii restituatur, veteris iuris auctoritate rescriptum est>, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur stipulatus non sit, placiti> fide non servata, ei qui liberalitatis auctor fuit vel heredibus eius condictionis> persecutionem competere. Sed cum postea benigna iuris interpretatione divi principes ei qui stipulatus non sit <utilem actionem iuxta donatoris voluntatem> decernendam esse admiserint, actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis> ageret, potuit decerni, si <quae proponis vera sunt, tibi> adcommodabitur.

CI. 8.54(55).3, Diocl. et Max. *Iuliae Marcellae*. Quoties donatio ita conficitur, ut post tempus id quod donatum est alii restituatur, veteris iuris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur stipulatus non sit, placiti fide non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit vel heredibus eius condictionis persecutionem competere. Sed cum postea benigna iuris interpretatione divi principes ei qui stipulatus non sit utilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserint, actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur [a. 290].

Si tratta evidentemente di una donazione onerata da un *modus* in favore di una persona determinata, l'*alius*; sulla quale dovremo tornare⁷ a proposito della trasmissione, *post tempus*, del donato al terzo beneficiario finale.

Altre volte, però, è *alter* a designare non tanto un soggetto terzo rispetto alle parti negoziali, quanto differente da quello che in una fattispecie bilaterale, ma da cui scaturiscono obblighi a carico di una sola parte (unilaterale in que-

⁷ *Infra*, su nt. 37 ss.

sto senso, secondo una terminologia ormai desueta), dovrebbe essere il beneficiario esclusivo. Rispetto a quest'ultimo il diverso beneficiario è *alter*, l'altro tra due, cioè⁸.

Il pensiero corre al celebre testo muciano (Quintus Mucius Scaevola *l. sing.* ὄρων in D. 50.17.73.4. *Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest*, in tema di *stipulatio* e di *pactum*), sul quale mi limito a richiamare, ai nostri fini, esegesi antiche e recenti⁹, che collegano un riferimento alla *mancipatio* nel *legem dicere*, riferimento scomparso, con tanti, nella Compilazione. In una struttura tutta caratterizzata dall'enfasi sul compratore (Lantella), la *lex* imposta dal *mancipio dans* non può far sorgere diritti per terzi, probabilmente perché limiterebbero quelli dell'acquirente¹⁰. E mentre si è supposto, molto autorevolmente (Kaser¹¹), che lentamente l'*actio ex stipulatu incerti* potesse aver limitato l'incidenza del divieto della *stipulatio alteri*, per la *mancipatio* la sua storia e la sua decadenza dovrebbero indurre alla tesi contraria.

Naturalmente – è appena il caso di citare Archi¹² – il dato

⁸ Infinitamente più frequenti, naturalmente, gli impieghi di *alter* per designare il secondo delle due parti di una fattispecie negoziale o addirittura entrambe (*alter ... alter*: p.e. Iul. 15 *dig.* D. 18.5.5 pr.; Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.52 pr., etc.).

⁹ Sul tema, di recente, S. RANDAZZO, 'Leges mancipii', Milano, 1998, p. 153 ss., v. pure 20, nt. 54.

¹⁰ Il punto più avanzato nella loro incisione potrebbe essere stato la *lex ut manumittatur*, se relativa alla *mancipatio servi*; ma gli studi più recenti tendono ad escludere il collegamento: S. RANDAZZO, 'Leges mancipii', cit., p. 114 ss.

¹¹ M. KASER, *Zur Interessenbestimmung bei den sog. unechten Verträgen zugunsten Dritter*, in *Festschrift Seidl*, Köln, 1975, p. 75 ss., spec. 82 ss.

¹² *Il negozio sotto condizione sospensiva nella Compilazione di Giustino*, in *Studi Betti*, vol. II, Milano, 1962, p. 36.

terminologico interessa per quanto svela di sostanziale: nel senso cioè che la scarsità degli spunti indicati, per giunta in testi spesso di contenuto negativo, o almeno problematico, conferma l'opinione, che si insegna nella manualistica (per tutti Guarino¹³), di un tendenziale esclusivismo dell'agire negoziale.

A questo punto, a seguire l'impostazione romana, l'accento va posto non su chi agisce per altri, ma su chi si avvale dell'opera di altri. Allo stesso modo, la trasmissione della proprietà si pone non nell'ottica di chi ha agito e dovrà trasferire ad altri, ma in quella di chi dovrà acquistare da chi ha agito.

La tematica è centrale in tema di possesso, con tutti i dubbi che sollevano il mutilo Gai 2.95 e la successiva costituzione di Severo e Caracalla in CI. 7.32.1¹⁴. Mentre, ai fini della trasmissione della proprietà, nel tema in questione assume rilievo assoluto la figura del *procurator*¹⁵. Quasi inter-

¹³ *Diritto privato romano*, XII ed., Napoli, 2001, p. 403 ss.

¹⁴ Gai 2.95. *Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est, quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse. Tantum de possessione quaeritur, an per extraneam personam nobis adquiratur*; CI. 7.32.1. Imp. Sev. et Ant. AA. Attico. *Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem et, postquam scientia intervenerit, usucapionis condicionem inchoari posse tam ratione utilitatis quam iuris pridem receptum est.* [a. 196]. Sui testi, di recente, P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1998, pp. 61, nt. 3, 84 e nt. 20, 89 e nt. 39, 90 e nt. 43 ove la prec. bibl., 91 nt. 45.

¹⁵ D'obbligo il rinvio all'opera classica di F. SERRAO, *Il 'procurator'*, Milano, 1947, *passim*, cui *adde* P. ANGELINI, *Il 'procurator'*, Milano, 1971. Coevi o immediatamente posteriori a questo lavoro i volumi di F. BRIGUGLIO, *Studi sul 'procurator' I L'acquisto del possesso e della proprietà*,

media tra liberi e sottoposti, non nel senso giuridico, ché – anche trattandosi spesso di un liberto – è pur sempre un *sui iuris*, che acquista, generalmente, per sé. Quanto invece sotto il profilo sociale, col suo esser preposto a sfere anche vastissime delle attività patrimoniali di un titolare sostanziale dei rapporti che egli va a concludere per conto di questi.

Dovremo tornare tra breve su questa figura, con la quale si correlano (e, stando alle fonti, in maniera prevalente rispetto alle ipotesi in cui chi agisce non è “il” *procurator*) tematiche proprie del mandato e della *negotiorum gestio*, assieme a peculiarità anche tecniche che si radicano nella storia del *procurator*. E che offrono spunti agli sviluppi successivi verso profili di “rappresentanza diretta”, proposti da fonti le quali spostano un po’ l’accento da impostazioni autorevoli, espresse appunto relativamente alla trasmissione della proprietà dal *procurator* al *dominus*.

Tutto il resto (i modi di circolazione dei beni, a seconda della *res Mancipi* e *nec Mancipi*; il doppio trasferimento dall’altra parte negoziale a chi agisce per altri e da costui all’altro, il terzo; o, almeno la mera *traditio* di *res Mancipi* a quest’ultimo, con la conseguente tutela publiciana, fino all’usucapione): tutto ciò – dicevo – possiamo ritenerlo abbastanza noto, salvo a tornarvi nella prospettiva che vedremo.

Intendo concentrare, allora, queste pagine per un verso sul *procurator*, nelle fattispecie “atipiche” cui si è fatto cenno. Per un altro, su qualche ipotesi in cui il terzo si ponga come beneficiario ulteriore rispetto a negozi intercorsi tra

Milano, 2007, di M. MICELI, *Studi sulla ‘rappresentanza’ nel diritto romano*, Milano, 2008, e di G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo ‘iussum domini’ alla ‘contemplatio domini’*. Contributo allo studio della storia della rappresentanza. Corso di diritto romano, Milano, 2008, dei quali non ho potuto ovviamente tenere conto, ma di cui sono ora lieto di registrare l’alto livello; nonché di notare l’interesse sempre vivo per questa tematica.