

Idea 65

LUIGI DE SARLO

Inv. Cl.: 95

Sign: 39

Il documento oggetto di rapporti giuridici privati

STUDIO DI DIRITTO ROMANO

CON PRAFAZIONE DEL PROF. STANISLAO CUGIA

VALLECCHI EDITORE FIRENZE

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY
STARÝ FOND 04228
č. inv.:

TUTTI I DIRITTI RISERVATI



Koupil od *fr. Lesták*
v *Prn* za Kč

inv. č. 5377

ALLA MEMORIA DI MIA MADRE

Il volume che ora vede la luce è il frutto di circa tre anni di assiduo lavoro. Ne fu presentato un abbozzo come tesi di laurea nel Luglio del 1932. Mi sembra che, sia nella parte terminologica, che gli venne da me caldamente raccomandata, sia nella parte storico-domatica, il De Sarlo pervenga più d'una volta a risultati degni di considerazione. Volendo il De Sarlo potrebbe procedere ancora oltre nelle sue indagini intorno al documento. Già in questo lavoro egli sfiora spesso il campo del diritto processuale. Non potrebbe studiare il documento quale mezzo di prova nel processo?

Così questo studio formerebbe, per il giovine e serio studioso, un punto di partenza per ricerche ancora più interessanti e difficili.

STANISLAO CUGIA.

*Sento il dovere di esprimere alla
Facoltà giuridica fiorentina tutta la
mia gratitudine per avere consentito
che questo lavoro trovasse posto fra
le Pubblicazioni della Facoltà di Giu-
risprudenza della R. Università di
Firenze.*

L. D. S.

INDICE

Prefazione	Pag.	IX
----------------------	------	----

PRELIMINARI TERMINOLOGICI

Elenchi dei testi dove i documenti indicati dai vari termini appaiono oggetti di rapporti giuridici privati	Pag.	5
Illustrazioni terminologiche		27
Appendice		77

INTRODUZIONE

§ 1. Oggetto del lavoro 103. — § 2. Cenni storici, 104. — § 3. Premesse dogmatiche : sul valore probatorio e costitutivo, e sull'elemento reale e ideale del documento, 109	Pag.	101
---	------	-----

RAPPORTI GIURIDICI REALI

I. LA PROPRIETÀ DEL DOCUMENTO.

§ 1. Confezione del documento e acquisto della proprietà di esso, 121. — § 2. La proprietà delle <i>tabulae testamenti</i> , 123. — § 3. La proprietà dell' <i>epistula</i> , 127. — § 4. La <i>traditio</i> dei documenti, 133. — § 5. <i>Traditio instrumentorum</i> sostitutiva e costitutiva, 140. — § 6. Difesa della proprietà dei docu- menti, 147. — § 7. Il condominio dei documenti, 148	Pag.	121
---	------	-----

II. PEGNO DI DOCUMENTI.

§ 1. Pegno di documenti giustificativi della proprietà, 161 — § 2. Pegno di documenti di credito, 166	Pag.	161
--	------	-----

RAPPORTI GIURIDICI OBBLIGATORII

III. I CONTRATTI AVENTI AD OGGETTO DOCUMENTI.

§ 1. Deposito di documenti, 171. — § 2. Compravendita di documenti, 183. — § 3. Trasporto di documenti, 189. — § 4. I documenti oggetti di contratto fondato su causa illecita, 193. Pag. 171

IV. LE OBBLIGAZIONI NON CONTRATTUALI DA ATTO LECITO AVENTI AD OGGETTO LA CONSEGNA DI DOCUMENTI: NEGOTIORUM GESTIO E FIGURE AFFINI - TUTELA.

§. 1. *Negotiorum gestio*, 197. — § 2. Schiavo manomesso, 202. — § 3. Curatore, 207. — § 4. Tutore, 209 . Pag. 197

V. LE VARIE IPOTESI DI CONDICITIO AVENTE AD OGGETTO DOCUMENTI.

§ 1. Delimitazione dell'argomento, 213. — § 2. La cosiddetta *condictio sine causa* di documenti, 219. — § 3. La *condictio ex causa furtiva* di documenti, 231 Pag. 213

VI. OBBLIGO DELL'ESIBIZIONE DI DOCUMENTI.

§ 1. L'obbligo di esibire i documenti nel fedecommesso, 235. — § 2. L'obbligo di esibire i documenti nella vendita, 237. — § 3. L'*actio ad exhibendum* avente ad oggetto documenti, 241. — § 4. I conti bancari e l'*actio in factum* per l'*editio* di essi, 257. — § 5. Riepilogo del capitolo, 275 Pag. 235

VII. ATTI ILLECITI COMMESSI SU DOCUMENTI.

§ 1. *Furtum instrumentorum, tabularum, cautionum, libellorum, epistularum*, 277. — § 2. *Damnum iniuria datum* avente ad oggetto documenti, 295. — § 3. *Iniuria* attuata con atti commessi su documenti, 304. — § 4. Gli atti illeciti del diritto pretorio aventi per oggetto documenti, 311 Pag. 277

RAPPORTI FAMILIARI PATRIMONIALI

VIII. IL DOCUMENTO OGGETTO DI RAPPORTI PATRIMONIALI FRA CONIUGI.

§ 1. I documenti come elementi di una dote, 323. — § 2. I documenti come *παράφερνα*, 326 Pag. 323

RAPPORTI GIURIDICI SUCCESSORII

IX. IL DOCUMENTO OGGETTO DI SUCCESSIONI E DONAZIONI.

§ 1. I documenti come elementi di un'eredità, 335. — § 2. Legati e fedecommessi di documenti, 347. — § 3. La donazione e la *mortis causa donatio* dei documenti, 359 . Pag. 335

CONCLUSIONE	369
INDICE ALFABETICO DELLE FONTI CITATE	379
INDICE ALFABETICO-ANALITICO	385

Preliminari terminologici

FONTI: Corpus iuris civilis, ed. Berlino, 1928-1929.

Fontes iuris romani anteiustiniani, ed. RICCOBONO, BAVIERA, FER-
RINI, 1909.

Codex Theodosianus, ed. MOMMSEN.

GLOSSA: Corpus iuris civilis cum ACCURSII commentariis, et doctis-
simorum virorum annotationibus. Venetiis, Bevilacqua, 1569.

Per la ricerca delle fonti mi sono avvalso anche dei vocabolarii re-
lativi:

Vocabularium iurisprudentiae romanae, iussu Instituti Savigniani
compositum, Berlino;

LEVY, Ergänzungindex, 1930;

GRADENWITZ, Index zum Theodosianus, 1925;

MAYR e SAN NICCOLÒ, Vocabularium Codicis Justiniani, 1923.

Gli elenchi che seguono raccolgono i testi in cui i vari tipi di docu-
menti appaiono oggetti di rapporti giuridici privati. Non è mio fine fare la
descrizione o la storia dei vari tipi di documenti: il mio scopo in questi
Preliminari è preminentemente terminologico. — Negli elenchi i fr. del Di-
gesto sono accompagnati dal numero e dalla rubrica della Palingenesia del
LENEL. Riproduco anche la traduzione della locuzione nei Basilici.

Ho creduto opportuno riunire poi in un'Appendice i termini indicanti
altri documenti i quali non sono nelle fonti considerati oggetti di rapporti
giuridici privati.

L'ordine seguito per la successione degli elenchi dei passi e delle trat-
tazioni relative ai vari termini è quello alfabetico, che mi sembra preferibile
per la comodità di consultazione che presenta. D'altronde gli altri ordini
di esposizione, che vantano su quello alfabetico il loro fondamento su una
base razionale, — l'ordine storico e quello logico-sistematico — urtano contro
notevoli difficoltà. L'ordine storico infatti non può essere seguito con suffi-
ciente rigore, data l'impossibilità di tener dietro alla storia esterna dei do-
cumenti romani. Quanto all'ordine dogmatico poi, esso non riuscirebbe ap-
plicabile che a pochi termini i quali abbiano e conservino un significato
ristretto, restando sempre ad indicare documenti aventi un certo contenuto.

Ho ordinato i testi sotto le singole voci secondo lo stesso criterio sistema-
tico adottato nel corso del lavoro: per le voci con maggior numero di testi ho
fatto precedere i vari gruppi di testi dall'espressa indicazione della corrispon-
dente partizione sistematica (rapporti reali, obbligatorii, successorii ecc.).

ACTA

acta restituere: D. 49, 14, De iure fisci 45, § 4. Paul 5 sent.
L. 2053.
acta delere: Paul V, 25, Ad legem Corn. test., 5.
actis uti falsis: Paul V, 25, Ad legem Corn. test., 9 (10).
Cfr. V.I.R. s. h. v.

ALBUM

quid ex albo corrumpere: I. 4, 6, De act. 12 (1).
album corrumpere: D. 2, 1, De iur., 9 Paul., 3 ad ed., L. 108.
De albo corr. — Paul., I, 13 a, De iud., 3 (qui album raserit, corruerit, sustulerit, mutaverit).
album delere mutare etc., Paul V, 25, Ad legem Corn. test., 5.
id, quod in albo propositum erit, corrumpere:
D. 2, 1, De iur., 7 pr., Ulp. 3 ad ed., L. 216, De albo corr., Bas. VII,
3, 7: τὸ προτεθὲν πρόγραμμα διαφθεῖρειν.
Cfr. V.I.R. s. h. v.

CAUTIO

Rapporti reali.

cautio quam debitor creditori pignori dedit: D. 20,
1, De pign., 20 Ulp., 63 ad ed., L. 1435, De priv. cred. Bas. XXV,
2, 20: τὸ ὑποτεθὲν γραμματεῖον.
cautionem pignori dare: C. 4, 39, De her. vel act. vend., 7,
Diocletianus et Maximianus.

(1) Secondo il FERRINI (*B. I. D. R.*, 13, 193) probabilmente desunto da Gaius, *res cott.*, e ritoccato dai compilatori.

nomina (id est feneraticias cautiones) quae extra dotem sunt dare ut loco paraphernarum apud maritum maneant: C. 5, 14, De pactis conv. tam super dote quam super don. ante nuptias et par. 11 pr. Justinianus, a. 530, Bas. XXIX, 5, 40: γραμματεῖα διδόναι ἐξώπρεια τῷ ἀνδρί.

apud maritum remanent cautiones: C. 5, 14, De pactis conv. tam super dote quam super don. ante nuptias et par. 11, § 4, Junianus, a. 530, Bas. XXIX, 5, 40: εἰσι τὰ γραμματεῖα παρὰ τῷ ἀνδρί.

Rapporti obbligatorii.

cautionem interpositam usitato more condicere: C. 2, 6, De post., 3 Gordianus a. 240, Bas. VIII, 1, 12: τὴν οἰκείαν κομίζειν ἀσφάλειαν.

cautiones exhibere (cautiones instrumentaque omnia actus sui), D. 35, 1, De cond. et dem. 82, Callistratus, 2 quaest., L. 103.

cautiones amovere (tabulas vel c.): D. 47, 2, De furtis, 27, pr. Ulp. 41 ad Sab. L. 2863, e. r. Bas. LX, 12, 27: ἀσφάλεια ὑποκλέπτειν.

cautiones delere mutare subicere subscribere (rationes acta libellos album propositum testationes chirographa epistulas): Paul., V, 25, Ad legem Corn. test. 5.

cautiones intercipere D. 2, 13, De edendo, 10, § 3, Gaius, 1 ad ed. prov., L. 59 e. r., Bas. VIII, 18, 10: ὁμολογίαν κλέπτειν.

cautiones subripere (tabulas cautionesve): D. 47, 2, De furtis 83 (82), § 3, Paulus sent., 2, 31, e. r. 32, L. 1980, Bas. LX, 12, 82: δικαιώματα κλέπτειν.

cautiones subripere aut corrumpere, D. 2, 13, De edendo, 10, § 3, Gaius, 1 ad ed. prov. L. 59. e. r. Bas. VII, 18, 10: ὁμολογίαν κλέπτειν ἢ σχίζειν.

Rapporti ereditarii. — Donazione.

cautiones hereditariae: D. 10, 2, Fam. erc., 5, Gaius, 7 ad ed. prov., L. 191 e. r., Bas. XLII, 3, 5: τὰ δικαιώματα τῆς κληρονομίας.

cautiones cedunt legato: Paul. III, 6, De leg., 59.

cautio legata: D. 33, 7, De instr. vel instr. leg. 12, § 45, Ulp. 20 ad Sab., L. 2611, e. r.

cautionem reddere: D. 2, 14, De pactis, 2, § 1, Paulus, 3 ad ed., L. 121, e. r., Bas. XI, 1, 2: τὸ γραμματεῖον ἀποδιδόναι. — C. 8, 25, De rem. pign. 7. Diocletianus et Maximianus, a. 287, Bas., XXV, 3, 17: διδόναι τὸ γραμματεῖον. — C. 4, 9, De cond. ex lege, 4, Diocletianus et Maximianus, a. 294 (reddi cautionem postulare). Bas. XXIV, 3, 4: κινεῖν τὸν τῆς ἀπαιτήσεως λόγον ἐπὶ τῷ χειρογράφῳ. Cfr. V.I.R. e V.C. s. h. v.

CHARTA

Litterae chartis cedunt: D. 41, 1, De adq. rer. dom., 9, § 1; Gaius, 2 rerum cott. sive aur., L. 491 e. r. quasi = Inst. 2, 1, De rer. div. 33, Bas. L. 1, 8: τὰ γράμματα τοῖς χάρταις εἰκουςιν.

id, quod iurisdictionis perpetuae causa in albo vel in charta propositum erit, corrumpere: D. 2, 1, De iur. 7, Ulpianus, 3 ad ed. L. 216, De albo corr.

Tabularum appellatione chartae quoque... continentur., Paul. IV, 7, De lege Corn., 6.

chartas reddere: D. 34, 3, De lib. leg., 31, § 1, Scaevola, 3 resp., L. 275. De leg. et fid., Bas. XLIV, 16, 30: τοὺς χάρτας ἀπαιτεῖν. Cfr. V.I.R. s. h. v.

CHARTULA

quod in chartulis sive membranis meis aliquis scripserit.... meum esse, quia litterae chartulis sive membranis cedunt: Gai, II, 77.

Cfr. V.I.R. s. h. v.

CHIROGRAPHUM

Rapporti obbligatorii.

chirographa apud se deposita habere: D. 19, 1, De a. e. v., 52, pr. Scaevola, 7 dig. L. 31, De empt. et vend.

chirographum vendere: D. 32, De l. et f. 59: Iulianus, 34 dig., L. 490, De leg., 3, Bas. XLIV, 3, 57: ὁ χειρόγραφον πωλῶν.

- chirographa veneunt*: D. 30, De l. et f. 44, § 5, Ulpianus, 22 ad Sab., L. 2629, De leg. 8.
- chirographa exhibere*: C. 2, 3, De p., 26: Diocletianus et Maximianus, a. 294, Bas. XI, 1, 87: τὰ χειρόγραφα παριστέναι. — C. 3, 42, Ad e. 9: Diocletianus et Maximianus a. 294. Bas. XV, 4, 29: τὸ χειρόγραφον ἀναδιδόναι.
- chirographum condicere*: C. 8, 42, De s. et l. 25: Diocletianus et Maximianus, a. 294, Bas. XXVI, 5, 133: ἀναλαμβάνειν τὸ γραμματεῖον.
- chirographum petere*: D. 39, 6, De m. c. d. et c. 18, § 2, Julianus, 60 dig., L. 748, Ad legem Cinciam: de don., Bas. XLVII, 3, 18: κινεῖν διὰ τὰ γραμματεῖα.
- chirographa restituere postulantibus*: D. 49, 14 De i. f., 45, § 4, Paulus, 5 sent., L. 2053.
- chirographi furtum*: D. 47, 2, De f. 27, § 1, Ulpianus, 41 ad Sab., L. 2863, e. r.
- chirographum interlinere*: D. 13, 6, C. v. c. 5, § 8, Ulpianus, 28 ad ed., L. 802, Ad form.
- chirographum corrumpere*: D. 11, 3, De servo corr., 11, § 1, Ulpianus, 23 ad ed. L. 703, Ad form., Bas. LX, 6, 11: φθείρειν δικαιώματα.
- chirographum delere*: D. 9, 2, Ad l. A., 40, Paulus, 3 ad ed. L. 118, De edendo, Bas., LX, 3, 40: γραμματεῖον ἀπαλείφειν. — D. 9, 2, Ad l. A. 41 pr. Ulpianus, 41 ad Sab. L. 2863, De furtis, 2, Bas. LX, 3, 41: χειρόγραφον ἀπαλείφειν.
- chirographa deleverit mutaverit subiecerit subscripserit*: Paul. V, 25, Ad legem Corn. test., 5.

Rapporti ereditarii. — Donazione.

- chirographum dare*: D. 19, 1, De a. e. v., 52, pr. Scaevola, 7 dig. L. 31, De empt. et vend., Bas. XIX, 8, 52: προκομίζειν τὰς ἀποχάς. — D. 39, 6, De m. c. d., 18, § 2, Julianus, 60 dig., L. 748, Ad legem Cinciam: de don., Bas. XLVII, 3, 18: παρέχειν τὰ γραμματεῖα. — D. 34, 3, De l. l., 3, §§ 1 e 2, Ulpianus, 23 ad Sab., L. 2653, e. r., Bas. XLIV, 16, 3: ἀναδιδόναι τὸ γραμματεῖον.
- chirographum dare (test.)*: D. 31, De l. et f., 88, § 8, Scaevola, 3 resp., L. 258 e. r.

- chirographum legare*: D. 31, De l. et f. 88, § 8, Scaevola, 3 resp., L. 258 e. r. — D. 32, De l. et f. 59, Julianus, 34 dig., L. 490, De leg., 3, Bas. XLIV, 3, 57: χειρόγραφον ληγατεύειν. — D. 30, De l. et f., 44, § 5, Ulpianus, 22 ad Sab., L. 2629, De leg., 8, Bas. XLIV, 1, 42: ληγατεύειν γραμματεῖον. — C. 8, 36, De lit., 3 pr., Gratian. Valent. et Theod. a. 380.
- chirographum donare*: D. 39, 6, De mortis causa don., 18, § 2, Julianus, 60 digest., L. 748, Ad legem Cinciam: de don.
- chirographa recepta restitutaque*: C. 8, 42, De sol. et lib., 18, Diocletianus et Maximianus, a. 294, Bas. XXVI, 5, 126: ἀνέρρουμι τὸ γραμματεῖον.
- tabulas chirographi reddere*: D. 30, De leg. et fid., 84, § 7, Julianus, 33 digest., L. 478, De his quae per damn. leg.: si ex test. agatur., Bas. XLIV, 1, 80: δίδοναι τὸ γραμματεῖον.
- chirographum reddere*: C. 8, 42, De sol. et lib., 14, Diocletianus et Maximianus, a. 293, Bas. XXVI, 5, 122: τὸ γραμματεῖον ἀναδιδόναι. — C. 8, 42, De sol. et lib., 15, Diocletianus et Maximianus, a. 293, Bas. XXVI, 5, 123 (esaminano la situazione dal punto di vista opposto): τὸ γραμματεῖον λαμβάνειν. Cfr. V.I.R. e V.C. s. h. v.

CODEX

- codicem inspicere et describere*: D. 2, 13, De edendo, 10, § 2, Gaius l ad ed. prov., L. 59 e. r. Bas. VII, 18, 10: ζητεῖν τὸν κώδικα. Cfr. V.I.R. s. h. v.

CODICILLUS

- codicilli latent*: Paul. IV, 7, De lege Corn., 5. Cfr. V.I.R. s. h. v.

CONSTITUTIO

- constitutionibus uti*: D. 48, 10, De lege Corn. de falsis et de sc. Lib., 33, Modestinus, 3 de poenis. L. 165, De poenis cap., Bas. LX, 41, 33: διατάττει χρῆναι. Cfr. V.I.R. s. h. v.

DECRETUM

porrigere decretum: D. 50, 1, Ad mun. et de inc. 36 pr., Modestinus, 1 resp., L. 282, Ad mun. Cfr. V.I.R. s. h. v.

EDICTUM

edicta proposita dolo malo corrumpere: D. 48, 10, De lege Corn. de falsis et de sc. Lib., 32 pr. Modestinus, 1 de poenis, L. 153, De poenis edict. et extr., Bas. LX, 41, 32: διαφθεΐρειν τὸ προτεθὲν διάταγμα. Cfr. V.I.R., s. h. v.

EMPTIO

emptions pignori ponere: C. 8, 16, Quae res pign. 2, Severus et Ant., a. 207, Bas. XXV, 5, 21: δίδοναι τὰ ὄνεα καὶ εἰς ἐνέχυρον. emptions legare (emptions servorum): D. 33, 7, De instr. vel instrum. leg., 12, § 45, Ulpianus, 20 ad Sab., L. 2611, De instr. Cfr. V.I.R. e V.C. s. h. v.

EPISTULA

epistolam deponere (donationis praediorum in aede sacra verbis fideicommissi non subnixam): D. 31, De leg. et fid., 77, § 26, Papinianus, 8 respons., L. 599, De fid. epistolam perferre: D. 3, 3, De proc. et def. 1, § 1, Ulp., 9 ad ed., L. 320, De proc. praef., Bas. VIII, 2, 1: ἀπαγαγεῖν ἐπιστολήν. epistolam intercipere: D. 47, 2, De furtis, 14, § 17, Ulp., 29 ad Sab., L. 2734, De cust. a vend. praest., Bas. LX, 12, 14: κλέπτειν τὴν ἐπιστολήν. epistulas delere, mutare, subicere, subscribere (in fraudem alicuius). Paul., Sent., 5, 25, Ad legem Corn. testam., 5. falsis epistulis uti (sciens dolo malo): Paul., V, 25, Ad legem Corn. test., 9. Cfr. V.I.R. s. h. v.

INSTRUMENTUM

Rapporti reali.

Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis: D. 29, 3, Test. quemadm. aper. insp. etc. 2 pr. Ulpianus, 50 ad e. L. 1219 e. r., Bas. XXXV, 6, 2: δικαίωμα τῆς διαθήκης δημοσίον ἐστίν. dare instrumenta: C. 3, 32, De rei vind., 15, § 1, Diocletianus et Maximianus, a. 293, Bas. XV, 1, 94: λαμβάνειν τὰ δικαιώματα (considerando il rapporto invertendone la prospettiva). instrumenta tradere: C. 8, 53, De donationibus, 1, Severus et Antoninus, a. 210. — C. 3, 1, De iud., 4, Alexander, a. 228. instrumentum tradere: D. 13, 7, De pign. act. vel contra, 43 pr. Scaevola, 5 digestor., L. 18, De pign. act., Bas. XXV, 1, 42: παρέχειν τὰ δικαιώματα. — D. 31, De leg. et fid., 77, § 26. Papinianus, 8 responsor., L. 599, De fid., 1. — D. 24, 3, Sol. matr., 49 pr., Paulus, 7 resp., L. 1499, De re uxoria, Bas. XXVIII, 8, 47: ἐπιδίδοναι τὸ γραμματεῖον. habere instrumenta: D. 10, 2, Fam. erc., 6, Ulpianus, 19 ad ed., L. 632 e. r. instrumenta communia: C. 2, 1, De edendo, 7, Alexander, a. 225, Bas. VII, 18, 20: ἐπίκοινα δικαιώματα. — C. 3, 38, Comm. utr. iud. tam fam. erc. quam comm. div., 5, Diocletianus et Maximianus, a. 293, Bas. XII, 3, 5: ἐπίκοινα συμβόλαια.

Rapporti obligatorii.

instrumenta commendare: C. 4, 34, Dep., 6, Diocletianus et Maximianus, a. 293, Bas. XIII, 2, 39: τὸν χάρτην δίδοναι μέσῳ τινί. instrumenta deponere: C. 4, 34, Dep. 5, Valerianus et Galienus et Valerianus C., a. 259, Bas. XIII, 2, 38: μεσεγγυᾶν συμβόλαιον. instrumenta detinere: C. 5, 48, Ut causae post pub. adsit tutor, 1, § 1, Philippus, a. 245, Bas. XXVIII, 9, 14: ἔχειν τὰ δικαιώματα. instrumentum habere: D. 2, 13, De edendo, 4, § 5, Ulpianus, 4 ad ed., L. 232 e. r., Bas. VII, 18, 4: τὸ δικαίωμα ἔχειν. — D. 2, 13, De edendo, 6, pr., Ulpianus, 4 ad ed., L. 232 e. r. instructus instrumento: D. 2, 13, De edendo, 6, § 9, Ulpianus, 4 ad ed., L. 237 e. r.

- instrumenta intervertere*: D. 4, 2, Quod metus causa, 8, § 1, Paulus, 11 ad ed., L. 199, Quod metus causa gestum, Bas. X, 2, 8: ἀφανίζειν τὰ δικαιώματα.
- instrumentum pervenit*: D. 2, 13, De edendo, 6, § 9, Ulpianus, 4 ad ed., L. 237 e. r., Bas. VII, 18, 6: ἦλθον τὰ δικαιώματα.
- instrumenta reddere*: D. 17, 1, Mand. vel contra, 8 pr., Ulpianus, 31 ad ed., L. 908 e. r., Bas. XIV, 1, 8: ἀποδιδόναι τὰ δικαιώματα. — D. 26, 7, De administrat. et per. tut., 5, § 6, Ulpianus, 35 ad ed., L. 1002 e. r. — C. 3, 42, Ad exhib., 9, Diocletianus et Maximianus, a. 294, Bas. XV, 4, 29: ἀναδιδόναι τὰ δικαιώματα.
- instrumentum reddere*: D. 12, 5, De cond. ob turpem, 2, § 1, Ulpianus, 26 ad ed., L. 773, De cond., Bas. XXIV, 2, 2: δίδοναι δικαίωμα. — C. 4, 9, De cond. ex lege, 2, Diocletianus et Maximianus, a. 293, Bas. XXIV, 3, 2: συμβόλαιον ἀναδιδόναι.
- instrumenta restituere*: C. 5, 53, De in litem iur., 1, Severus et Antoninus, a. 205, Bas. XXXVIII, 15, 1: τὰ δικαιώματα παρέχειν. — D. 49, 14, De iure fisc., 45, § 4, Paul., V, 12, De iure fisc. et pop., 13, L. 2053.
- instrumentum transferre*: D. 2, 13, De edendo, 4, § 5, Ulpianus, 4 ad ed., L. 232 e. r., Bas. VII, 18, 4: τὸ δικαίωμα μεταφέρειν.
- instrumentum edere*: D. 2, 13, De edendo, 4, § 1, Ulpianus, 4 ad edict., L. 231, e. r.
- instrumenta exhibere*: D. 19, 1, De a. e. v., 52 pr., Scaevola, 7 dig., L. 31, De empt. et v. — C. 5, 53, De in litem iur., 2, Antoninus, a. 212, Bas. XXXVIII, 15, 2: ἀποκαθιστῆναι τὰ δικαιώματα. — D. 12, 3, De in litem iur., 10, Callistratus, 1 quaest., L. 94. — C. 3, 42, Ad exhib., 4, Alexander, a. 230. — C. 3, 42, Ad exhib., 9, Diocletianus et Maximianus, a. 294. — D. 49, 14, De iure fiscali, 2, § 1, Callistratus, 2 de iure fiscali, L. 84, De del., Bas. LVI, 2, 2: δικαιώματα προκομίζειν.
- instrumentum exhibere*: D. 13, 7, De pign. act. vel contra, 43 pr. Scaevola, 5 digestor., L. 18, De pign. act., Bas. XXV, 1, 42: προκομίζειν τὰ δικαιώματα.
- instrumenta ostendere*: D. 19, 1, De a. e. v., 48, Scaevola, 2 responsor., L. 240, Empti vend.
- instrumenta praestare*: C. 6, 42, De fid. 24, Diocletianus et Maximianus, a. 293.

- instrumenta ablata*: C. 6, 2, De furtis et servo corr., 15, Dioclet. et Maximianus, a. 293, Bas. LX, 6, 32: δικαιώματα κλέπτειν.
- amovere instrumenta*: D. 47, 2, De furtis, 27, § 3, Ulpianus, 41 ad Sab., L. 2863 e. r., Bas. LX, 12, 27: ἀποκινεῖν τὰ δικαιώματα.
- instrumentum delere*: D. 9, 2, Ad legem Aquilianam, 42, Julianus, 48 digest., L. 653, De tab. exhib., Bas. LX, 3, 42: δικαίωμα ἀπαλείφειν.
- instrumentis falsum facere*: D. 48, 10, De lege Corn. de falsis, 1, § 4, Marc., 14 inst., L. 175, Ad legem Corn. de falsis.
- instrumenta invadere*: C. 3, 42, Ad exhib., 6, Philippus, a. 245, Bas. XV, 4, 26: τὰ δικαιώματα κατέχειν.
- instrumenta prodere*: D. 48, 19, De poenis, 38, § 9: Paul sentent., 5, 25, Ad legem Corn. test., 10, L. 2049, Bas. LX, 5, 34: δικαιώματα δίδοναι. — D. 47, 11, De extr. crim., 8, Ulp., 9 de off. proc., L. 2233, De variis del., Bas. XL, 22, 8: προδιδόναι δικαιώματα. — D. 48, 10, De lege Corn. de falsis et de sc. Lib., 1, § 6, Marcianus 14 inst., L. 174, Ad leg. Corn. de falsis, Bas. LX, 41, 1: προδιδόναι τὰ δικαιώματα.
- instrumentum prodere*: D. 48, 19, De poenis, 38, § 8, Paul sentent., 5, 25, Ad legem Corn. test., 8, L. 2049, Bas. LX, 51, 34: προδιδόναι δικαιώματα.
- falsum instrumentum recitare*: D. 48, 10, De lege Corn. de falsis et de sc. Lib. 13, § 1, Papinianus, 15 respons. L. 725, Ad legem Corn. de falsis et S. C. Lib.
- instrumentum falsum scribere, recitare, subicere, suppressere, amovere, resignare, delere*: Paul., sentent., 5, 25, Ad legem Corn. testam., 1.
- instrumentum falsum scribere, signare, recitare, subicere*: Instit. 4, 18, De publ. iud., 7.
- instrumenta subtrahere*: D. 19, 1, De act. empti vend., 13 § 5, Ulpianus, 32 ad ed., L. 934, De act. empti. — D. 49, 14, De iure fiscali, 2, § 1, Callistratus, 2 de iure fiscali. L. 84, De del. — C. 7, 34, In quibus causis cessat longi temp. praescri., 1, Diocletianus et Maximianus, Bas. L, 12, 1: ὑποκλέπτειν τὰ συμβόλαια. — C. 4, 19, De prob. 20, Diocletianus et Maximianus, a. 294, Bas. XXII, 1, 54: ὑφαιρείν τὰ συμβόλαια.
- instrumenta subtrahere vel interlinere*: D. 11, 3, De servo corr., 11, § 1, Ulpianus, 23 ad ed., L. 703, Ad form. Bas. LX, 6, 11: φθείρειν δικαιώματα.

tabulas instrumentorum aut subripere aut interlinere: D. 47, 2, De furtis, 31, § 1, Ulpianus, 41 ad Sab., L. 2863, De furtis, 2, Bas. LX, 12, 31: δικαιώματα ἢ κλέπτειν ἢ διαφθείρειν.
instrumenta surrepta: D. 48, 10, De lege Corn. de falsis et de sc. Lib., 16, pr. Paulus, 3 resp., L. 1461, De iud. omn., Bas. LX, 41, 16: δικαιώματα κλέπτειν.
nomen ex instrumento tollere: D. 47, 2, De furtis, 52, § 23, Ulp., 37 ad ed., L. 1042, Furti nec man., Bas. LX, 12, 52: ἀπαλείφειν τὸ ὄνομα ἀπὸ τοῦ ὄνεακοῦ.
falsis instrumentis uti: Paul sentent., 5, 25, Ad legem Corn. test., 9.

Rapporti ereditarii. — Donazione.

instrumenta inspicere: D. 28, 8, De iure del., 5, Ulpianus, 70 ad ed., L. (corr. 60 ed.), 1397 e. r.
instrumenta recipere: D. 39, 5, De don. 35, § 2, Scaevola 31 dig., L. 126, Ad legem Cinciam., Bas. XLVII, 1, 34: τὰ γραμματεῖα ἀναλαμβάνειν.
instrumenta dari mandare: C. 6, 50, Ad legem Falc., 15 Dioclet. et Maximianus, a. 294, Bas. XLI, 1, 109: συμβόλαια καταλείπειν.
instrumentum donationis causa dare: C. 5, 16, De don. inter virum et uxorem, 5, Alexander, a. 227.
instrumenta donare: C. 8, 53, De don., 1, Severus et Antoninus, a. 210, Bas. XLVII, 1, 35: δωρεῖν ὄνεακά.
 Cfr. V.C. s. h. v.

LIBELLUS

libellum tradere: D. 24, 2, De div. et rep., 7, Papinianus, 1 de adult., L. 3, De iure mar. et patris, Bas. XXVIII, 7, 13: διαζύγιον ἀποδίδναι. — C. 5, 17, De rep., 6, Diocletianus, a. 294.
dictare vel tradere libellum: D. 2, 13, De edendo, 6, 7, Ulpianus, 4 ad ed. L. 232 e. r., Bas. VII, 18, 6: ὑπαγορεύειν, ἢ ἐν χάρτῃ διδόναι.
libellum intercidere vel describere: D. 48, 10, De lege Corn. de falsis et de sc. Lib., 23, Paulus lib. singul. de poenis pag., L. 1260, De fals.
 Cfr. V.C. s. h. v.

LIBER

libros petere: Gai institut., II, 77.
surreptum librum tradere: D. 1, 2, De orig. iuris et omnium mag. et succ. prud., 2, 7, Pomp. libro sing. ench., L. 178.

LITTERAE

Litterae chartis membranisque cedunt: D. 41, 1, De adq. rer. dom., 9, 1, Gaius, 2 rerum cott. sive aur., L. 491, e. r., Bas. L, 1, 8: τὰ γράμματα τοῖς χάρταις καὶ ταῖς μεμβράναις εἴκουσιν.
Litterae chartulis sive membranisque cedunt: Gai institut., II, 77.
Litterae chartis membranisque cedunt: Inst., 2, 1, De rer. div., 33.
litteras restituere: D. 50, 1, Ad mun. et de inc., 36 pr. Modestinus, 1 respons., L. 282, Ad mun.
litteras falsas reddere: D. 48, 10, De lege Corn. de falsis 25, Ulpian., 7 ad ed., L. 299, De eo per quem factum erit, quo minus quis vad. sistat, Bas. LX, 41, 25: ἀποδίδναι πλαστὰ γράμματα.

MEMBRANA, MEMBRANULA

Litterae chartis membranisque cedunt: D. 41, 1, De adq. rerum dom., 9, 1, Gaius, 2 rerum cott. sive aur., L. 491, e. r., Bas. L, 1, 8: τὰ γράμματα τοῖς χάρταις καὶ ταῖς μεμβράναις εἴκουσιν.
Litterae chartulis sive membranisque cedunt: Gai institut., II, 77.
Litterae chartis membranisque cedunt: Inst., 2, 1, De rer. div., 33.
membranas inspicere: D. 2, 13, De edendo, 10, 2, Gaius 1 ad ed. prov., L. 59, e. r.

NOMEN

nomen dare pignori: D. 20, 1, De pign., 13, 2, Marcianus, lib. sing. ad form. hyp., L. 22 «S. p. conv. ut ea res pign. hyp. esset propter pec. deb.», Bas. XXV, 2, 13: ὑποτιθέναι γραμματεῖον.

nomina legare: D. 32, De leg. et fid., 102, Scaevola, 17 dig., L. 59, De leg. et fid., 4.
Cfr. V.I.R. s. h. v.

RATIO, RATIOCINIUM (1)

Rapporti reali.

rationum corpora: D. 40, 5, De fideicomm. libert., 37, Ulpianus, 6 fideic., L. 1903, De iur. fid., Bas. XLVIII, 4, 37: τὰ βρέβια τῶν λογισμῶν.
ratio ad me pertinet: D. 2, 13, De edendo, 6, 5, Ulp., 4 ad ed., L. 235, e. r.
rationes tradere: D. 35, 1, De cond. et dem., 50, Ulp., 1 off. cons. L. 2051, De iud. arb. dando, Bas. XLIV, 19, 49: δίδοναι τὰ δικαιώματα.
rationem possidere: D. 10, 4, Ad exhib., 3, 14, Ulp., 24 ad ed., L. 719, e. r., Bas. XV, 4, 3: τοὺς λογισμοὺς ἔχειν.

Rapporti obbligatorii.

rationes accipere: D. 40, 7, De stat. 34, 1, Papin., 21 quaest., L. 301, De lib. causa. — D. 26, 2, De test. tut., 26, 1, Pap., 4 resp., L. 509, De tut., Bas. XXXVII, 2, 24: λαμβάνειν τοὺς λόγους.
rationes dare: D. 40, 7, De stat., 31, 1, Gaius, 13 ad legem Julianam et Papiam, L. 470, De his, quae lege Papia cad. fiunt, Bas. XLVIII, 5, 32: λογοποιεῖν. — (*actus sui*): D. 40, 4, De man. test., 53, Paulus, 15 resp., L. 1574, De lib. causa, Bas. XLVIII, 3, 53: λογοποιεῖν.
rationem exigere: D. 35, 1, De cond. et dem., 72, 3, Papinianus, 18 quaest., L. 272, De leg. 3, Bas. XLIV, 19, 70: ἀπαιτεῖν λόγους. — D. 34, 3, De lib. leg., 9, Ulpianus, 24 ad Sab. L. 2260, De leg. 10 Bas. XLIV, 16, 9: ἀπαιτεῖν λόγους.
rationes exigere: D. 34, 3, De lib. leg., 28, 9, Scaevola, 16 dig. L. 57, De leg. et fid., 3, Bas. XLIV, 16, 27: ἀπαιτεῖν. — D. 26, 7,

(1) *Ratiocinium* si trova in senso equivalente a *ratio*, nella locuzione *praestare ratiocinium*, solamente in C. 3. 21. 2 (a. 423).

De administrat. et per. tut., 3, 2, Ulp., 35 ad ed. L. 999, e. r. — D. 40, 7, De stat., 26, pr. Modestinus, 9 reg. L. 275, De leg. et fid. — (*a liberto*): D. 34, 3, De lib. leg. 31, 1, Scaevola, 3 resp. L. 275, De leg. et fid.
rationes exsolvere: D. 40, 4, De man. testam., 53, Paulus, 15 respons., L. 1574, De lib. causa.
rationes offerre: D. 40, 7, De stat., 34, 1, Pap., 21 quaest., L. 301, De lib. causa. — D. 35, 1, De cond. et dem., 82, Call., 2 quaest., L. 103.
rationem petere: D. 34, 3, De liber. leg., 20, 1, Mod. 10 resp., L. 322, De fideic., 1. — D. 2, 13, De edendo, 9, 3, Paulus, 3 ad ed., L. 117, e. r.
rationes poscere: D. 34, 3, De lib. leg., 28, 4, Scaev., 16 dig. L. 57, De leg. et fid. 3. — C. 5, 37, De adm. tut. 14, Phil., a. 245 Bas. XXXVIII, 9, 28: τοὺς λόγους ἀπαιτεῖν.
praestare ratiocinium (1): C. 3, 21, Ubi agi oportet de rat. tam priv. quam publ., 2, Hon. et Theod., a. 423.
rationem reddere: D. 40, 4, De man. test., 22, Africanus, 9 quaest., L. 113, De lib. causa, Bas. XLVIII, 3, 23: λογοποιεῖν. — D. 3, 5, De neg. gestis 2, Gaius, 3 ad ed. prov. L. 88, e. r. — Inst., 3, 27, De obl. quae quasi ex cont. etc. 1 (2). — D. 26, 7, De administrat. et per. tut. 58, Scaev., 11 dig., L. 40, De tut., 2. — D. 35, 1, De cond. et demonstr., 72, 3, Pap., 18 quaest., L. 262, De leg., 3. — D. 26, 7, De administrat. et per. tut., 39, 18, Pap., 5 respons., L. 514, De tut., 2. — D. 26, 7, De administrat. et per. tut., 41, Papinianus, 7 resp., L. 588, De leg. 1. — D. 23, 2, De ritu nupt., 67, 4, Tryphoninus, 9 disputat., L. 34, De nuptiis et iure dotium, Bas. XXVIII, 5, 10: ἀποδίδοναι τοὺς λόγους. — D. 23, 2, De ritu nupt., 60, 3, Paulus libro sing. ad orat. D. Ant. et Comm., L. 1067. — D. 4, 4, De min. 32, Paulus, 1 quaest., L. 1277, e. r., Bas. X, 4, 32: τοὺς λογισμοὺς παραπιθέναι. — D. 3, 5, De neg. gestis, 18 (19), 1, Paulus, 2 ad Ner., L. 1032, De mand. et neg. gestis, Bas. XVII, 1, 19: λογοποιεῖν. — D. 26, 7, De administrat. et per. tut. 19, Ulpianus, 1 resp., L. 2394, Bas. XXXVII, 7, 18: τοὺς λόγους ἀποδίδοναι. — C. 5, 41, Ne tutor vel cur. vect. cond., 1, pr. Ant., a. 213. — C. 7,

(1) V. nota a p. 16.

(2) Secondo il FERRINI tratto da Gaius, res cott.

2, De test. man. 4 pr. Severus et Ant., a. 215, Bas. XLVIII, 3, 62: παρασχεῖν τοὺς λόγους. — C. 5, 6, De int. matr. inter pup. et tut. seu cur. lib. eorum, 6 pr., Val. et Gallienus, a. 260. — C. 6, 42, De fid., 18, Diocletianus et Max., a. 290. — C. 3, 21, Ubi agi oportet de rat., 1, Diocletianus et Max., a. 293. — C. Th., 8, 2, De tab. logogr. et cens., 2, Valentinianus et Valens, a. 370. — C. 8, 15, In quibus causis pignus vel hyp. tac., 6, Theod. et Valent., a. 439, Bas. XXV, 2, 68: τοὺς λογισμοὺς παραδίδοναι. — (actus quem viventibus dominis administraverunt): D. 3, 5, De neg. gestis, 45, 1, Ulp., 4 opin., L. 2330, e. r., Bas., XVII, 2, 45: λογισμοὺς ἀποδίδοναι (τῆς ἐν δουλείᾳ διοικήσεως).

praestare rationem: C. 5, 45, De eo qui pro tut. neg. gessit, 1 Val. et Gall. a. 259, Bas. XXXVIII, 5, 6: παρασχεῖν τοὺς λόγους.

rationem praestare: C. 5, 51, Arb. tut. 11. Diocletianus et Max., a. 294.

rationes reddere: Lex mun. Mal., 5, 29, 51. — D. 34, 3, De lib. leg., 12, Julianus, 39 dig., L. 556, De fid., 1. — D. 34, 3, De lib. leg., 8, 5, Pomponius, 6 ad Sab., L. 509 e. r., Bas. XLIV, 16, 8: λογοποιεῖν. — D. 35, 1, De cond. et dem. 111, Pomponius, 11 epistul., L. 199, Bas. XLIV, 19, 107: ἀποδίδοναι τοὺς λογισμοὺς. — D. 35, 1, De cond. et dem., 112, 3, Pomp. 12 epistul., L. 203, Bas. XLIV, 19, 108: ἀποδίδοναι τοὺς λογισμοὺς. — D. 35, 1, De cond. et demonstr., 32, Africanus, 9 quaest., L. 113, De lib. causa, Bas. XLIV, 19, 31: λογοποιεῖν. — Inst., 1, 20, De Atil. tut. et eo, qui ex lege Iulia et Titia dab., 7 = Gai, institut., I, 191. — D. 34, 3, De lib. leg. 28, 9, Scaevola, 16 dig., L. 57, De leg. et fideic., 3. — D. 40, 7, De stat. 40 pr., Scaevola, 24 digestorum, L. 107, De man. test. et fid. 2, Bas., XLVII, 5, 41: λογοποιεῖν. — D. 21, 2, De evict. et duplae stipul., 69, 4, Scaev., 2 quaest. L. 138. De modo agri et auct., Bas. XIX, 11, 65: τοὺς λόγους ἀποδίδοναι. — D. 40, 5, De fideicomm. libert., 41, 10, Scaevola, 4 respons. L. 287, De man., Bas. XLVIII, 4, 41: τοὺς λογισμοὺς δίδοναι. — D. 40, 5, De fideicomm. libert., 41, 17, Scaevola, 4 resp., L. 287, De man., Bas. XLVIII, 4, 41: δίδοναι λογισμοὺς. — D. 40, 7, De stat. 34, 1, Papinianus, 21 quaest., L. 301, De lib. causa, Bas. XLVIII, 5, 35: λογοποιεῖν. — D. 23, 2, De ritu nupt., 62, 2, Pap., 4 resp., L. 496, De iure nupt. et dotium, Bas. XXVIII, 5, 29: ἀποδίδοναι τοὺς λόγους. — D. 23, 2, De ritu nupt., 64, 1, Callistr., 2 quaest., L. 101. — D. 35, 1, De cond. et dem., 82, Call., 2 quaest., L. 103. Bas. XLIV, 19, 79: τοὺς λόγους ἀποδίδοναι. —

D. 27, 1, De exc., 31, 4, Paul., 6 quaest., L. 1340, De tut., 1. — D. 10, 2, Fam. erc., 8 pr. Ulp., 19 ad ed., L. 632, e. r., Bas. XLII, 3, 8, τοὺς λόγους ἀποδίδοναι. — D. 26, 7, De administrat. et per. tut., 5, 6, Ulp. 35 ad ed., L. 1002, e. r. — D. 27, 3, De tut. et rat., 1, 3, Ulpianus, 36 ad ed., L. 1024, De dir. act., Bas. XXXVIII, 3, 1: τὸν λόγον δίδοναι. — D. 40, 5, De fideicomm. libert., 37, Ulpianus, 6 fideicomm., L. 1903, De iur. fideic. — D. 35, 1, De cond. et dem., 50, Ulp. 1 de off. cons., L. 2051, De iud. arb. dando, Bas. XLIV, 19, 49: ἀποδίδοναι τοὺς λόγους. — D. 1, 7, De adopt. et emanc. et aliis modis quibus pot. solv., 17, pr., Ulp., 26 ad Sab., L. 2699, De adr. — D. 40, 7, De stat., 6, 7, Ulpianus, 27 ad Sab., L. 2699, e. r., Bas. XLVIII, 5, 7: λογοποιεῖν. — D. 30, De leg. et fideic. 119, Marcianus, 1 reg., L. 219, Bas. XLIV, 1, 112: ἀποδίδοναι τοὺς λογισμοὺς. — D. 40, 1, De man., 5, 1, Marcianus, 1 instit., L. 66, De tut. — D. 48, 10, De lege Corn., 1, 11 e 12, Marcianus, 14 instit., L. 175, Ad legem Corn. de falsis, Bas., LX, 41, 1: τοὺς λόγους ἀποδίδοναι. — I. 2, 20, De leg., 20 (1). — D. 35, 1, De condicion. et dem., 53, Modestinus, libro sing. de eurem., L. 78. — D. 40, 7, De stat., 26 pr., Modestinus, 9 reg., L. 275, De leg. et fid., Bas., XLVIII, 5, 27: τοὺς λογισμοὺς δίδοναι. — D. 5, 1, De iud. et ubi quisque agere vel conv., 53, Herm., 1 iuris epit., L. 5, De statu person. — C. 5, 58, De contr. iud., 3, pr. Antoninus (corr. Diocl. et Max.), a. 294, Bas. XXXVIII, 18, 3: ἀπαιτεῖν ἐπιτροπικούς λόγους. — C. 10, 70, De susc. praep. et arc., 4, Valentin. et Valens, a. 386. — (filius legatum sibi servum rogatus manumittere postea quam rationes ipsi et coheredibus fratribus reddidisset). D. 4, 3, De dolo malo, 32, Scaev., 2 dig., L. 6, e. r., Bas. X, 3, 32: ἀποδίδοναι τοὺς λογισμοὺς (ἐν τῶν παίδων μου δοῦλον ἐληγάτευσα ἐπὶ τῷ ἐλευθερῶσαι αὐτὸν μετὰ χρόνον τινὰ τοῦ ἀποδοῦναι τοὺς λογισμοὺς). — (negotiorum gestorum) D. 31, De leg. et fid., 77, 14, Papinianus, 8 resp., L. 599, De fid., 1.

rationes proferre: D. 27, 3, De tut. et rat., 1, 3, Ulpianus 36, ad ed., L. 1024, De dir. act.

rationes recipere: D. 23, 2, De ritu nupt. 67, 5, Tryphonianus, 9 disp., L. 34, De nuptiis et iure dotium, 1, Bas. XXVIII, 4, 24: λογοθετεῖν.

(1) Secondo il FERRINI (op. cit.) tratto da Marcianus inst.

- repetere rationem*: C. 5, 6, De int. matr. inter pup. et tut. seu cur. lib. eorum, 3, 1, Gordianus.
- rationem repossere*: D. 34, 3, De lib. leg. 31, 2, Scaevola, 3 disp., 28, 4, Scaevola, 16 dig., L. risp. 275, De leg. et fid. 1 e 57, De leg. et fid., 3. — C. 5, 42 De tut. vel. cur. qui satis non dedit, 2, 1, Val. et Gall., a. 260, Bas. XXXVIII, 8, 11: τὸς λόγους ἀπαιτεῖν. — C. 7, 18, Quibus ad lib. procl. non licet, 3, 1, C. Th., 4, 8, De lib. causa, 6, 1, Constantinus, a. 323.
- rationes repossere*: D. 27, 3, De tut. et rat. 9, 4, Ulpianus, 25 ad ed., L. corr., 35 ad ed., 1014, Quando tut. adm. rat. reddant. — C. 5, 53, De in litem iur. 2 Antoninus, a. 212, Bas. XXXVIII, 15, 2: ἀπαιτεῖν λόγους.
- rationem transferre*: C. 5, 48, Ut causae post pub. adsit tutor. 1, Philippus, a. 245.
- rationem edere*: D. 2, 13, De edendo, 10, 2, Gaius, 1 ad ed. prov., L. 59, e. r. — D. 2, 13, De edendo, 7, 1, Paulus, 3 ad ed., L. 116 e. r. — D. 2, 13, De edendo, 6, 3, Ulpianus, 4 ad ed., L. 234, e. r. — D. 2, 13, De edendo, 6, 5, Ulpianus, 4 ad ed., L. 234, e. r. — D. 2, 13, De edendo, 6, 9, Ulpianus, 4 ad ed., L. 234, e. r.
- rationes edere*: Lex mun. Mal., 5, 29. — D. 50, 16, De verbor. signific., 89, 2, Pomponius, 6 ad Sab., L. 509, De lib. leg. Bas. II, 2, 86: λόγους ἐκδιδόναι. — D. 2, 13, De edendo, 10, Gaius, 1 ad ed. prov., L. 59, e. r. Bas. VII, 18, 10: δίδοναι τὸς λογισμοὺς. — D. 2, 13, De edendo, 9, Paulus, 3 ad ed., L. 117, e. r. — D. 2, 13, De edendo, 4, Ulpianus, 4 ad ed., L. 231, e. r., Bas. VII, 18, 4: τὸς λογισμοὺς ἐκδιδόναι. — D. 2, 13, De edendo, 6, 1, Ulp. 4 ad ed. L. 232, e. r. — D. 2, 13, De edendo, 8 Ulpianus, 4 ad ed., L. 238, Ad form.
- rationem exhibere*: D. 40, 5, De fid. lib. 41, 17, Scaevola, 4 resp. L. 287, De man.
- rationes exhibere*: D. 10, 4, Ad exhib. 19, Paulus, 4 epit. Alf., L. Alfenus, 66, ??, Bas. XV, 4, 19: προσφέρειν τὰ δικαιώματα. — D. 35, 1, De cond. et dem., 50, Ulp., 1 de off. cons., L. 2051, De iud. arb. dando.
- rationes adulterare*: D. 11, 3, De servo corr., 1, 5, Ulp., 23 ad ed., L. 698, e. r., Bas., LX, 6, 1: τὸς λογισμοὺς πλαστεύειν.
- rationem delere*: Paul., V, 25, Ad legem Corn. testam., 5.

- rationes delere (hereditarias)*: D. 10, 2, Fam. etc. 16, 5, Ulp. 19 ad ed., L. 633, e. r., Bas. XLII, 3, 16: ἀπαλείφειν δικαιώματα (τῆς κληρονομίας).
- rationem intercidere*: D. 48, 10, De lege Corn. de falsis et de sc. Lib., 23, Paulus, lib. sing. de poenis pag., L. 1260, De fals. Bas. LX, 41, 23: λογοποιῖα.
- rationes intercidere*: D. 11, 3, De servo corr., 1, 5, Ulp., 23 ad ed., L. 698, e. r., Bas., LX, 6, 1: τὸς λογισμοὺς ἀπαλείφειν.
- rationem interlinere*: D. 10, 2, Fam. etc. 16, 5, Ulpianus, 19 ad ed., L. 633, e. r., Bas. XLII, 3, 16: δικαιώματα.
- rationem subtrahere*: D. 11, 3, De servo corr., 11, 1, Ulp., 23 ad ed., L. 703, Ad form.
- rationem turbare (r. sibi commissam)*: D. 11, 3, De servo corr., 1, 5, Ulp., 23 ad ed., L. 698, e. r. Bas. LX, 6, 1: τὸς λογισμοὺς φυρᾶν.

Rapporti ereditarii.

- rationes legare*: D. 2, 13, De edendo, 9, 1, Paulus, 3 ad ed., L. 117, e. r., Bas. VII, 18, 9: ληγατεύειν τὸς λόγους.
- rationes debitorum legato cedunt*: Paulus Sent., 3, 6, De leg., 59.
- rationem praelegare*: D. 10, 2, Fam. etc. 8, pr. Ulp., 19 ad ed., L. 632, e. r. Bas. XLII, 3, 8: τὸς λογισμοὺς ληγατεύειν. Cfr. V.I.R., V.C. e Ind. Th. s. h. v.

RESCRIPTIO

- falsa rescriptione uti*: Paul. I, 12, De iud. omn., 1.
- falsis rescriptionibus uti*: C. 9, 22, Ad legem Corn. de falsis, 4, Alexander, a. 228, Bas. LX, 41, 38: χρῆναι πλαστῶ βασιλικῶ γράμματι. Cfr. V.I.R. e V.C. s. h. v.

RESCRIPTUM

- falsis rescriptis uti*: Paul., V, 25, Ad legem Corn. test., 9. Cfr. V.I.R. s. h. v.

SCRIPTURA

eius est scriptura, cuius chartae aut pergamena fuerint: Gai, institut. Epitome, II, 1, 4.
 scripturam habere (mensae): D. 47, 2, De furtis, 27, 1, Ulp., 41 ad Sab., L. 2863 e. r.
 quantitatis indebitae interpositae scripturae conditio competit. C. 4, 5, De cond. ind. 3, Diocl. et Max. a. 293, Bas. XXIV, 1, 20: ἡ μὴ χρεωστούμενη ἐπερώτησις ἀνατρέπεται.
 Neque verbo neque scriptura quis furtum facit: D. 47, 2, De furtis, 52, 19, Ulp., 37 ad ed., L. 1042, Furti nec man., Bas., LX, 12, 52: Οὐτε λόγους, οὐτε γραφῆ γίνεται κλοπή.
 Cfr. V.I.R. e V.C. s. h. v.

TABULA

Rapporti reali.

tabulae sunt suae: D. 43, 5, De tab. exhib., 3, 5, Ulp. 68 ad ed., L. 1477, e. r.
 vindicatio tabularum: D. 29, 3, Test. quem. aper. insp. et describ. 3, Gaius, 17 ad ed. prov., L. 303 e. r.
 tabulas nancisci: D. 47, 2, De furtis, 32, Paulus, 9 ad Sab., L. 1795, e. r., Bas. LX, 12, 32: ἐφιστῆναι τῷ δικαιώματι.
 tabulas habere: D. 47, 2, De furtis, 27 pr., Ulp. 41 ad Sab., L. 2863, e. r., Bas. LX, 12, 27: ἔχειν ἀσφάλειας.
 tabulas retinere: D. 43, 5, 3, 6.
 tabulae sunt apud se: D. 29, 3, Test. quem. aper. insp. et descr., 2, 8, Ulp. 50 ad ed., L. 1222, e. r.
 penes quem tabulae sunt: D. 29, 3, 2, 8. — D. 43, 5, De tab. exhib. 1 pr., Ulp., 68 ad ed., L. 1474, e. r. — D. 43, 5, 3, 6, Ulp. 68 ad ed., L. 1478 e. r.
 tabulae testamenti manent: D. 10, 2, Fam. erc., 4, 3, Ulp., 19 ad ed., L. 632, e. r., Bas. XLII, 3, 4: τὴν διαθήκην ἀποτιθέναι.

Rapporti obligatorii.

de tabulis agere: D. 16, 3, Dep. vel contra, 1, 38, Ulp., 30 ad ed., L. 896, Ad form. in ius conc. ? — D. 22, 4, De fide instr. et amiss. eorum, 6, Ulp., 50 ad ed., L. 1225, Test. quem. aper. insp. et descr.

tabulas deponere: D. 9, 2, Ad legem Aquiliam, 42, Jul., 48 dig., L. 653, De tab. exhib., Bas. LX, 3, 42: παρατιθέναι διαθήκην. — D. 10, 2, Fam. erc., 4, 3, Ulp., 19 ad ed., L. 632, e. r., Bas. XLII, 3, 4: τὴν διαθήκην ἀποτιθέναι. — D. 16, 3, Dep. vel contra, 1, 38, Ulp., 30 ad ed., L. 896, Ad form. in ius conc., Bas. XIII, 2, 1: παρατιθέναι διαθήκην. — D. 29, 3, Test. quem. aper. insp. et descr., 2, 8, Ulp., 50 ad ed., L. 1222, e. r. — D. 22, 4, De fide instr. et amiss. eorum, 6, Ulp., 50, ad ed., L. 1225, Test. quem. aper. insp. et descr., Bas. XXII, 1, 34: τὴν διαθήκην παρατιθέναι.
 tabulas restituere: D. 47, 2, De furtis, 27 pr., Ulp. 41 ad Sab., L. 2863, e. r., Bas. LX, 12, 27 (cambiando il giro della frase): ἐπιχειναι ἀναλαβεῖν ἀσφάλειας.
 tabulas exhibere: D. 3, 3, De proc., 62, Pomp., 2 ex Plautio, L. 330, Bas. VIII, 2, 61 (sostantivando il verbo): ἡ παράστασις ἦτοι φανέρωσις τῆς διαθήκης. — D. 10, 4, Ad exhib., 3, 8, Ulp., 24 ad ed., L. 719, e. r. — D. 29, 3, Test. quem. aper. insp. et descr., 2, 8, Ulp., 50 ad ed., L. 1222, e. r. — D. 43, 5, De tab. exhib., 1, pr. Ulp., 68 ad ed., L. 1474, e. r., Bas. XXXV, 5, 1: διαθήκην παριστῆναι. — D. 43, 5, 3, 5, Ulp., 68 ad ed., L. 1477, e. r. — D. 43, 5, 3, 6, L. 1478, e. r. — D. 43, 5, 3, 10, L. 1479, e. r. — C., 8, 7, De tab. exhib., 1, Val. et Gall., a. 260. — C. 9, 31, Quando civ. actio crim. praeiud. et an utr. ab eodem exerc. potest, 1, 1 Valens Grat. et Val., a. 378, Bas. LX 62, 1 (sostantivando il verbo): ἡ φανέρωσις τῆς διαθήκης.
 tabulas amovere: D. 43, 5, De tab. exhib., 3, 6, Ulp., 68 ad ed., L. 1478, e. r. — D. 47, 2, De furtis, 27, pr., Ulp., 41 ad Sab., L. 2863, e. r., Bas. LX, 12, 27: ἀσφάλειας ὑποκλέπτειν.
 tabulas cancellare: D. 47, 2, 83 (82), 3, Paulus, 2 sent., 31, e. r., 32, L. 1980, Bas. LX, 12, 82: δικαιώματα περικλουβίζειν.
 tabulas celare: D. 43, 5, De tab. exhib., 3, 6, Ulp., 68 ad ed., L. 1478, e. r.
 tabulas corrumpere: D. 9, 2, Ad legem Aquiliam, 42, Jul., 48 dig., L. 653, De tab. exhib., — D. 4, 3, De dolo malo, 35, Ulp. 30 ad ed., L. 896, Ad form. in ius conc. ?, Bas. X, 3, 35: διαθήκην διαφθεῖρειν.
 tabulas delere: D. 9, 2, Ad legem Aquiliam, 42, Jul., 48 dig., L. 653, De tab. exhib., Bas. LX, 3, 42: διαθήκην ἀπαλείφειν. — D. 4, 3, De dolo malo, 35, Ulp., 30 ad ed., L. 896, Ad form. in ius conc. ?.

- Bas. X, 3, 35 : ἀπαλείφειν διαθήκην. — D. 47, 2, De furtis, 30, Ulp., 9 ad Sab. Lenel corr. Paul. 9 ad Sab., 1795 e. r. — D. 9, 2, Ad legem Aquiliam, 41, pr. Ulp., 41 ad Sab., L. 2863, De furtis, 2, Bas. LX, 3, 41 : ἀπαλείφειν διαθήκην. — D. 9, 2, 41, 1, L. 2863, Bas. LX, 3, 41 : τὴν διαθήκην ἀπαλείφειν.
- tabulas describere: D. 47, 2, De furtis, 52, 24, Ulp., 37 ad ed., L. 1042, Furti nec man., Bas. LX, 12, 52 : μεταγράφειν τὰ δικαιώματα.
- tabulas interlinere: D. 47, 2, De furtis, 31, 1, Ulp., 41 ad Sab., L. 2863, Bas. LX, 12, 31 : δικαιώματα διαφθερίζειν.
- tabulas legere: D. 16, 3, Dep. vel contra, 1, 38, Ulp., 30 ad ed., L. 896, Ad form. in ius conc.?, Bas. XIII, 2, 1 : διαθήκην ὑπαναγινώσκειν. — D. 9, 2, Ad legem Aquiliam, 41, Ulp. 41 ad Sab., L. 2863, De furtis, 2, Bas. LX, 3, 41 : διαθήκην ἀναγινώσκειν.
- tabulas proferre: Paul. IV, 7, De lege Corn., 3.
- tabulas subripere: D. 47, 2, De furtis 83 (82), 3, Paulus, 2 sent. 31, e. r., 32, L. 1890, Bas. LX, 12, 82 : δικαιώματα κλέπτειν. — D. 47, 2, 31, 1, Ulp., 41 ad Sab., L. 2863, e. r., Bas., LX, 12, 31 : δικαιώματα κλέπτειν.
- supprimere tabulas: Paul. IV, 7, 4. — D. 4, 3, De dolo malo, 9, 2, Ulp., 11 ad ed., L. 385, e. r., Bas. X, 3, 9 : κρύπτειν τὴν διαθήκην. — D. 5, 1, De iud. et ubi quisque agere vel conv. debeat. 53, Herm., 1 iuris epit., L. 5, De statu pers.

Rapporti ereditarii. — Donazione.

- hereditariae tabulae: D. 47, 2, De furtis, 30, Ulp., 9 ad Sab. (Lenel corr., Paulus, 9 ad Sab., 1795, e. r.), Bas. LX, 12, 30 : κληρονομαῖα δικαιώματα.
- tabulas legare: D. 30, De leg. et fid., 44, 5, Ulp., 22 ad Sab., L. 2629, De leg., 8.
- tabulae extant: D. 30, 84, 7.
- tabulae intercidunt: D. 30, 84, 7.
- tabulas reddere: D. 30, 84, 7.
- tabulae in rerum natura non sunt: D. 30, 84, 7, Jul., 33 dig., L. 478, De his quae per damn. leg. si ex test. agatur. Cfr. V.I.R. e V.C. s. h. v.

TESSERA

- Titia Seio tesseram frumentariam comparari voluit: D. 31, De leg. et fid., 87, Paulus, 14 resp., L. 1562, De fid. libertis suis tesseras frumentarias emi voluerit: D. 5, 1, De iud. et ubi quisque agere vel conv. debeat., 52, 1, Ulp., 6 fid., L. 1899, De iur. fid., Bas. VII, 5, 51 : εἶπη, ἀγορασθῆναι μοι πολιτικὸν σιτηρέσιον.
- frumentaria tessera legata sit: D. 31, De leg. et fid., 49, 1, Paulus, 5 ad legem Juliam et Papiam, L. 949, De his quae lege Papia cad. fiunt, 1.

TESTAMENTUM

- patris sui testamentum abolere: D. 48, 10, De lege Corn. de falsis et de sen. Lib. 26, Marcellus, 30 dig., L. 265, Ad legem Juliam et Papiam, 5, Bas. LX, 41, 26 : ἀπαλείφειν τὴν πατρῶαν διαθήκην.
- testamentum amovere: D. 48, 10, 2, Paulus, 3 ad Sab., L. 1634, De his quae in test. del. vel adim., Bas. LX, 41, 2 : κλέπτειν διαθήκην. — C. 9, 22, Ad legem Corn. de falsis, 14, Diocl. et Max., a. 293, Bas. LX, 41, 49 : κλέπτειν τὴν διαθήκην.
- testamentum celare: D. 48, 10, De lege Corn. de falsis et de sc. Lib. 2, Paulus, 3 ad Sab., L. 1634, De his quae in test. del. vel adim., Bas. LX, 41, 2 : διαθήκην κρύπτειν — C. 9, 22, Ad legem Corn. de falsis, 14, Diocl. et Max., a. 293, Bas. LX, 41, 49 : κρύπτειν τὴν διαθήκην.
- testamentum delere: D. 48, 10, 2, Bas. : διαθήκην ἀπαλείφειν. — D. 9, 2, Ad legem Aquiliam, 41, Ulp., 41 ad Sab., L. 2863, De furtis, 2, Bas. LX, 3, 41 : ἀπαλείφειν διαθήκην.
- testamentum eripere: D. 48, 10, De lege Corn. de falsis et de sc. Lib., 2, Paulus, 3 ad Sab., L. 1634, De his quae in test. del. vel adim., Bas. LX, 41, 2 : διαθήκην ἀρπάζειν.
- testamentum interlinere: D. 48, 10, De lege Corn. de falsis et de Sen. Lib., 2, Paulus, 3 ad Sab., L. 1634, De his quae in test. del. vel adim.
- testamentum subicere: D. 48, 10, 2, Bas. LX, 41, 2 : διαθήκην ὑποβάλλειν. — Paul., IV, 7, De lege Corn., 2.

testamentum supprimere: Paul., IV, 7, 2. — Paul., IV, 7, 3. — C. 9, 31, Quando civ. actio crim. praeiud. et an utr. ab eodem exerc. potest, l. 1 Valens Grat. et Valentin. a. 378, Bas. LX, 62, 1: κρύπτειν διαθήκην.

vivi testamentum aperire: Paul, V, 25, Ad legem Corn. Test., 7. — D. 48, 19, De poenis, 38, 7, L. 2049, Bas. LX, 51, 34: τὴν τοῦ ζῶντος διαθήκην ἀνοίγειν. — D. 48, 10, De lege Corn. de falsis et de sc. Lib. 1, 5, Marcianus, 14 inst., L. 175, Ad legem Corn. de falsis, Bas. LX, 41, 1: ἀνοίγειν τὴν τοῦ ζῶντος διαθήκην.

vivi testamentum recitare: Paul., V, 25, Ad legem Corn. test., 7. — D. 48, 19, De poenis, 38, 7, L. 2049, Bas. LX, 51, 34: τὴν τοῦ ζῶντος διαθήκην ἀναγινώσκειν.

vivi testamentum resignare: Paul, V, 25, 7, Bas.: τὴν τοῦ ζῶντος διαθήκην ὑποσφραγίζειν.

testamenta exhibere: D. 2, 12, De feriis et dil. et div. temp., 2, Ulp., 5 ad ed., L. 255, De in ius voc., Bas. VII, 17, 2: προκομίζειν διαθήκην.

Cfr. V.C. s. h. v.

TESTATIO

testationes in fraudem alicuius delere: Paulus sent. 5, 25, Ad legem Corn., test., 5.

TRANSACTIO

transactiones commendare: C. 4, 34, Dep., 6, Diocl. et Max., a. 293, Bas. XIII, 2, 39: τὸν τῆς διαλύσεως χάρτην διδόναι μέσῳ τινί.

Cfr. V.C. s. h. v.

ACTA

Acta è parola che non ha nelle nostre fonti mai applicazione nel diritto privato: per lo meno non ha mai il valore di un documento privato quanto alla sostanza e quanto alla forma. Non si trova mai in significato documentale al singolare. Nè si chiamano neanche nell'epoca postclassica *acta* i documenti che nel diritto e specialmente nella legislazione moderna ricevono la denominazione di atti pubblici. Questi spesso (p. e. quando si parla di un atto pubblico — rogato da notaio — di donazione, o di un contratto di matrimonio stipulato con atto pubblico) sono documenti di forma pubblica, ma di contenuto privato.

Gli *acta* sono dunque documenti formalmente e sostanzialmente pubblici: il che non vieta che possano avere, magari anche nei rapporti fra privati, valore di prova. Ne fa fede il § 9 (10) delle *Sententiae* di Paolo, 5, 25. In esso si parla di un uso di *falsis actis* perfettamente equipollente a quello di *falsis instrumentis.... epistulis rescriptis*: ma i rapporti a cui gli *acta* servono di prova saranno sempre, per correttezza sistematica, da assegnarsi alla classe dei rapporti giuridici pubblici. È anzi forse questa una delle ragioni per cui *acta* non è una delle parole più antiche del linguaggio giuridico romano. Il fenomeno difatti mi pare possa essere messo in connessione colla mancanza di sviluppo del documento pubblico nel diritto romano.

Il nome di *acta* è dato da D. 22, 3, 29, § 1 (Scaev. 9 dig.) ai documenti in cui un funzionario che pare fosse il *praefectus aerarii* registrava le *professiones* relative alle nascite; questi *acta* per le dichiarazioni provate hanno struttura analoga ai nostri atti dello stato civile se anche, proprio per l'inconcepibilità di un sistema giuridico delle prove nel diritto classico, sono differenti da essi quanto alla regolazione del loro valore probatorio (1).

(1) Sul tema cfr. ARANGIO-RUIZ in *Ist. Dir. rom.*, 1934, p. 47, il quale, negando recisamente che il diritto romano conosca atti dello stato civile, sembra, certo a causa della mancanza di studii in materia, avere trascurato le *professiones* di cui parlano diversi testi.

Nel diritto postclassico e giustiniano una delle applicazioni più frequenti del termine si ha in quei procedimenti che oggi si chiamerebbero di giurisdizione volontaria: ad es. nell'adozione. Così il § 12 delle Inst. 1, 11 parla di un'adozione che si fa *actis intervenientibus*: la frase è evidentemente tribonianea da *unde et nos eruditi in nostra constitutione*; l'adozione doveva ormai avvenire in un modo molto simile al moderno: adottante e adottato (perdutosi ormai il carattere classico a tinta pubblicistico-gentilizia dell'istituto) dovevano, di fronte a un funzionario pubblico (*praeses provinciae, praefectus urbi* o che so io), che in quell'occasione esplicava una funzione amministrativa, dichiarare le loro volontà. Le quali poi dovevano venire integrate da un atto di volontà del funzionario proprio come nella moderna adozione. Ora negli *acta* tutti questi momenti venivano documentati. Le stesse osservazioni valgono sostanzialmente per Inst., 1, 12, 8, in cui sempre a proposito di adozione è ripetuta la frase *actis intervenientibus*, sono richiamate le *nostrae constitutiones* e infine il funzionario è designato come *iudex*, il che fa pensare si tratti di un magistrato che compie un atto, come si direbbe oggi, di giurisdizione volontaria, cioè un atto amministrativo.

Al documento dell'emancipazione è dato il nome, presupponente una emancipazione dinanzi al magistrato che nel diritto romano è introdotta solo da Giustiniano, di *acta* in un rescritto della cancelleria diocleziana che in un modo solo è possibile spiegare (1); al tempo di Diocleziano doveva in alcune provincie essere già in uso una forma di emancipazione dinanzi al magistrato. Certo è che in epoca classica, e così nella repubblica come nei primi cinque secoli dell'impero, è riconosciuto al fine della emancipazione di un *filiusfamilias* solamente, almeno dove si applica diritto imperiale (diversamente dovevano andare le cose nelle provincie in cui vigevano consuetudini o norme locali) e nei limiti in cui esso prevale sul diritto locale, il modo che la giurisprudenza ha costruito sulla base della famosa prescrizione delle XII tavole e che è incompatibile colla documentazione negli *acta*.

La procedura d'*excusatio* della persona nominata tutore e nella compilazione giustiniana anche curatore dal pretore, come, secondo i pre-

(1) È C. 4, 21, 11 in cui la esistenza degli *acta* rappresenta il centro della fattispecie e di conseguenza è difficile ammettere un' interpolazione, sia per la classicità dei principi cui è ispirata la decisione sia perchè bisognerebbe pensare che il compilatore abbia operato un rifacimento totale del passo: resta perciò solamente la spiegazione che dà nel testo.

cetti di una *lex Julia* e di una *lex Titia*, dai magistrati delle provincie per gl' impuberi romani viventi nei rispettivi territori e nelle capitali anche dai consoli e in epoca postclassica dal *praefectus urbi*, era anch'essa almeno all'epoca di Modestino consacrata negli *acta*. A questo giureconsulto appartiene appunto D. 27, 1, 15, § 13 per quanto conserva di genuino nella redazione attuale che, non solo in virtù dell'estensione alla cura del regime delle *excusationes*, ma anche dell'uso di altre locuzioni insolite in questa sede, appare rimaneggiata; che le parole *apud acta* (le quali, inadatte al pretore, si addicono ai registri dei magistrati delle provincie) siano del classico può tuttavia essere ammesso. Anche il testo ulpiano relativo all'annotazione dei nomi dei mallevadori del tutore negli *acta*, D. 27, 7, 4, § 3 in cui Ulpiano doveva parlare degli *sponsores* in luogo di *fideiussores* e suggeriva una formula *ficticia* come se la stipulazione degli *sponsores* fosse stata conclusa (1), chiama *acta* i documenti del processo verbale redatto presso il magistrato.

In genere si può dire che già sul finire dell'epoca classica alcuni pubblici funzionari (i *praesides*) avevano adottato l'uso di far redigere in iscritto i loro atti in una specie di registri cui si dette appunto il nome di *acta*. Questi furono regolati mediante costituzioni imperiali soltanto in epoca molto più tarda (fine del IV sec. d. C.), ma in un passo di Modestino (D. 4, 6, 33, 1), che non mi pare presenti nessun indizio di interpolazione, si decide una questione interessante: *Eos, qui notis scribunt acta praesidium, rei publicae causa non abesse certum est*; come al solito anche questa specie di documento dà luogo indirettamente a questioni che i giureconsulti risolvono di volta in volta, ma è naturale che nè l'antico diritto civile nè il diritto pretorio diano in proposito una regolamentazione qualunque, giacchè questo nuovo tipo di documento sorge in un terreno diverso e in certo modo antitetico sia al diritto della *civitas* sia a quello del pretore. Mentre il passo prova che gli *acta* sono sorti in origine nelle provincie, dimostra coll'accento alle *notae* che essi spesso (se non sempre), essendo una specie di processo verbale dei procedimenti svolgentisi dinanzi al magistrato e non riuscendo quello che diremmo cancelliere a scrivere per disteso tutte le dichiarazioni e i dibattiti, erano redatti in forma stenografata; e difatti le *notae*, a quel che pare, erano rappresentazioni grafiche diverse dalle *litterae* dell'alfabeto, ma non importa al giurista conoscere il sistema tecnico di tali rappresentazioni. Da un lato solo la cosa, prescindendo dal suo interesse paleografico o

(1) Cfr. Riccobono, *Ann. Pal.* XII, 532.

archeologico o storico, ha importanza per noi, giacchè dimostra come anche il diritto romano conosca documenti in cui il mezzo di rappresentazione non è quello che comunemente s'intende per scrittura; e il carattere di documento dal punto di vista giuridico negli *acta* stenografati non è dubbio.

Circa l'essenza degli *acta*, di cui nell'ordinamento giuridico greco-romano, in cui le donazioni vennero assoggettate all'*insinuatio*, troviamo applicazione in questa materia è noto trattarsi di pubblici registri: può aggiungersi, per ricollegare la loro figura ai concetti dianzi chiariti, che questi *acta* sono documenti di forma e contenuto pubblici; la trascrizione in essi del documento della donazione dà vita ad un documento nuovo e distinto, che prova l'adempimento del requisito dell'*insinuatio*; prova cioè il compimento di un atto del privato in rapporto coll'amministrazione pubblica.

A questo punto giova assai rammentare un testo (Paul., I, 3, § 1), il quale parla sì dei modi di costituire un procuratore in generale nè quindi il solo rappresentante processuale, ma quando afferma, nel punto che ci interessa, la possibilità di costituire un procuratore (*mandari procuratio*) *apud acta praesidis et magistratus* deve alludere al *procurator* giudiziale; ciò dimostra che anche la procura giudiziale nei casi di *extraordinaria cognitio* era documentata o almeno poteva esserlo negli *acta* del preside o del magistrato competente a giudicare della lite.

I presidi delle province (che nel diritto imperiale amministrano la giustizia, nella forma della *extraordinaria cognitio* e quindi con un sistema che anche per l'influsso dei diritti provinciali ha perduto la caratteristica dell'oralità), negli *acta* i quali costituiscono i processi verbali del giudizio (1), dovevano far registrare anche le eventuali transazioni delle parti; in C. 2, 4, 28 (una costituzione di Diocleziano e Massimiano che porta la data del 294) l'interposizione di una *transactio* (prescindendo dal problema se si tratti di una stipulazione o di un patto) *apud acta rectoris provinciae* contrapposta a quella *sine actis* pare alludere appunto a una forma di transazione giudiziale conclusa dalle parti dopo che già erano comparse davanti al preside, e annotata negli *acta*. Si tratterebbe di un caso in cui gli *acta* avrebbero contenuto privato: a parte il quesito se la transazione sia un patto, o risulti sempre dall'incrocio di due stipulazioni (LA PIRA), l'essenziale per noi (per determinare, in questa sede,

(1) Tale è il carattere degli *acta*, anche quando essi si riferiscono allo svolgimento da parte dei presidi di funzioni di tipo amministrativo.

il contenuto degli *acta praesidis* che provino una transazione) consiste nel rilievo che la transazione, sia concepita come patto sia concepita come una coppia di stipulazioni, è negozio giuridico privato; e dunque si deve riconoscere che gli *acta*, nel caso in esame e sempre pel loro riferimento all'attività giurisdizionale, possono avere contenuto privato, senza perder di vista che, proprio dal momento che gli *acta* provano la transazione in virtù del loro rapporto colla *cognitio extra ordinem*, il loro generale carattere pubblico viene confermato anzichè smentito dall'ipotesi che abbiamo ora esaminato (1): direi (e dopo questi chiarimenti, almeno mi pare, non deve sembrare un giuoco di parole) che il carattere privato del contenuto di questo tipo di documento nel caso particolare dipende dalla pubblicità del suo contenuto in via generale.

Giustiniano in C. 3, 1, 13, § 2 chiama *acta* i documenti *confecta apud iudicem*, intendendo gli atti della causa in un processo contenzioso, e la spiegazione di questo ampliamento del concetto, sorto nei procedimenti amministrativi classici, sta nell'estensione dell'*extraordinaria cognitio* a tutti i processi contenziosi: tale evoluzione corrisponde alla progressiva assunzione del carattere di pubblicità da parte del processo, il quale, al termine di questa tappa di sviluppo nel diritto giustiniano, è dal principio alla fine, sparita la distinzione delle due fasi e la corrispondente struttura privatistica del processo formulare su cui non occorre davvero insistere qui, un complesso di atti posti in essere dall'organo pubblico detto giudice. Dobbiamo dunque ritenere che l'allargamento della nozione di *acta* fino a comprendere gli atti della causa in un processo contenzioso, quando sia messo in rapporto collo sviluppo del processo del diritto postclassico e giustiniano e coi suoi caratteri di pubblicità e di scrittura, riesca spiegabile nè lasci incertezza.

ALBUM

Le Istituzioni (IV, 6, § 12) parlano dell'*album praetoris*: D. 2, 1, 7 pr. (Ulp., 3 ed.) chiama, allo stesso proposito, questo documento *album*,

(1) Se il caso sia paragonato con quello di documenti che hanno per loro struttura contenuto privato, il fondamento della distinzione emerge chiaro; si pensi alla differenza esistente in diritto moderno tra l'atto di transazione, quale è rogato dal notaio e che per necessità strutturale non può non avere contenuto privato, e l'atto di transazione giudiziale redatto dal cancelliere; non c'è dubbio che in quest'ultima ipotesi il documento del processo non perde la caratteristica generale di avere contenuto pubblico.

e definisce il suo contenuto in relazione alla *iurisdictionis perpetuae* (1) *causa* indicando chiaramente il documento dell'editto pretorio. Dopo il richiamo di questi testi (che spiegano il contenuto dell'albo del pretore), il carattere dell'albo di cui tratta il D. 50, 3 al fr. 1 pr. (Ulp., 3 off. proc.), e anche al fr. 2 (Ulp., 2 opin.), appare notevolmente diverso giacchè tale albo ha per contenuto l'elenco dei nomi dei decurioni, e (ove esso venga posto a raffronto coll'albo del pretore) emerge la differenza di questo dall'altro albo e il loro punto di contatto: anche l'albo pretorio contiene oltre l'editto l'elenco dei giudici, e in quell'elenco il magistrato invita i contendenti a scegliere quando non abbiano pronto altro nome. La successiva evoluzione del linguaggio giuridico mostra, come dice il carattere degli albi del diritto amministrativo e giudiziario moderni, che il termine ha sviluppato il senso di *elenco*, mentre ha perduto quello di documento legislativo: e tuttavia ancora oggi l'affissione nell'albo, anche al di fuori dell'accezione ora ricordata, significa la pubblicità di un atto o di una notizia giuridicamente rilevante ottenuta attraverso la scrittura e l'esposizione in pubblico ufficio.

C A U T I O

Finchè la *stipulatio* non si scolorì e conservò il suo carattere di contratto verbale tipico, anche la *cautio*, il documento relativo, conservò una fisionomia ben chiara e definita. La *stipulatio* fin dall'epoca classica dette occasione al sorgere di un documento in cui erano fissati gli estremi del contratto e soprattutto l'oggetto della promessa; pur rimanendo inalterato il carattere verbale della *stipulatio* e il carattere semplicemente probatorio del documento redatto in tale occasione. Il nome di *cautio* che fu dato a tale documento è il medesimo che indica il negozio giuridico per se stesso.

Ma *cautio* in senso documentale non si trova prima di Gaio che parla (D. 2, 13, 10, 3) di *cautio surrepta aut corrupta*. Analogamente altrove (D. 10, 2, 5 Gai. 7 ed. prov.) le *cautiones hereditariae* sono documenti facienti parte del complesso del patrimonio ereditario e atti a provare l'esistenza e il contenuto di *stipulationes* in cui naturalmente era *stipulator* il *de cuius*, giacchè, come vedremo, i documenti di credito in genere come *res* fanno parte del patrimonio del creditore. È facile dal quadro terminologico ricavare analoghi esempî. La frase *cautiones debitorum* è forse

(1) Probabilmente Ulpiano scrisse: *iuris dicundi*; cfr. *infra*, p. 315.

dovuta al fatto che la dichiarazione di volontà contenuta nel documento (la dichiarazione di risposta) appartiene al debitore, a colui che dalla *stipulatio* risulta obbligato (1). Un dubbio su questa perfetta corrispondenza fra *cautio* e *stipulatio* può sorgere leggendo il § 1 delle *Sententiae* di Paolo, 5, 16: *sine cautione commodat aut deponit* in cui sembra che la *cautio* sia un documento atto a provare anche commodati o depositi, ossia contratti del tutto diversi dalla *stipulatio* tipica (2).

Il termine *cautio*, come ci dimostrano anche altri esempi oltre questo citato ora delle *sententiae* di Paolo, onde è fatta manifesta la generalità del fenomeno (così il dubbio sull'autenticità di tutti tali testi non sarebbe fondato), già nel finire dell'epoca classica, al tempo (come pare) di Paolo, è esteso al di fuori della *stipulatio*, a designare documenti di contratti diversi, nel modo che abbiamo visto nel testo che ha richiamato la nostra attenzione.

C H A R T A

Il primo significato di *charta* è, com'è naturale, anche nel linguaggio giuridico, quello puramente materiale: prima della *carta scritta* c'è, direi, la *carta bianca*. Così Gaio, in un frammento (D. 41, 1, 9, 1) che ha la sua importanza anche in fatto di proprietà del documento, distingue fra le *litterae* (= caratteri) e le *chartae membranaeque*. Le prime, egli afferma, accedono alle seconde: ciò che si scrive diventa proprietà del proprietario di ciò su cui si scrive: qui nè le *litterae* nè le *chartae membranaeque* sono documenti. È documento ciò che risulta dall'insieme di esse, il tutto di cui le *litterae* e le *chartae membranaeque* sono parti; che *charta* qui significhi proprio un pezzo di carta bianca è molto chiaro.

(1) Un'altra spiegazione possibile della espressione sarebbe: «documenti (delle stipulazioni) rilasciati dai debitori»; l'aggiunta del genitivo *debitorum* può anche esser dovuta al fatto che, nella massa dei documenti delle stipulazioni i quali si trovano nel patrimonio del creditore, il nome e la persona del debitore sono l'elemento differenziale più caratteristico di una *cautio* dall'altra. Infine quell'aggiunta (nelle *Sent.* di PAOLO, 3, 6, 59) potrebbe essere semplicemente un portato dell'antitesi colle *rationes servorum*, e non avrebbe quindi la frase per sè presa un grande valore.

(2) Un precetto che dal punto di vista processuale è perfettamente identico a questo detta una costituzione di Diocleziano e Massimiano del 294 (C. 9, 41, 15); e in essa, pur menzionandosi espressamente i casi di deposito e comodato, di nessuna *cautio* (come del resto di nessun documento in genere) è fatta parola. Altrettanto è a dire per un'altra costituzione degli stessi imperatori e dello stesso anno (C. 4, 20, 8) che si presenta ancora più schematica e non fa alcuna esemplificazione.

Tutto ciò è detto concisamente dal BRUNNER (1): « La parola *carta* (ὁ χάρτης), che prima indica solo il materiale dei documenti, è così come la parola *cartula* predominante più tardi in Italia, specialmente nel periodo bizantino, molto spesso usata come equivalente di *instrumentum* »; è doveroso aggiungere che il fenomeno rilevato dal B. si verifica anche prima del periodo bizantino, nell'epoca postclassica.

Nell'alto medioevo poi — è anche questa un'osservazione del B. — viene a contrapporsi il chirografo, redatto in forma soggettiva (in prima persona) dalla controparte del destinatario, documento di tipo romano antico, alla *carta* redatta obbiettivamente (in terza persona), documento di stile neoromano e longobardo; ma è probabile che queste distinzioni siano da attribuire ad un periodo relativamente avanzato, giacchè gli stessi bizantini non avrebbero probabilmente avuto difficoltà a chiamare *carta* lo stesso chirografo, data la generalità del termine.

CHARTULA

Solo nella età postclassica (e di più nell'età giustiniana come, per citare una delle costituzioni in cui appare il termine, in C. 4, 21, 21 pr. di Giustiniano [530]), la parola *chartula* diventa indicativa di un documento secondo la linea evolutiva seguita dalla parola *charta* (2); nella *chartula* (secondo il BRUNNER la cui opera costituisce un'ottima guida per noi) si dovrebbe vedere (anche nella costituzione giustiniana da noi citata) niente più che un termine equivalente all'*instrumentum* della lingua classica. Assai incerta sembra l'assoluta equivalenza della *chartula* all'*instrumentum*: a questa incertezza dà luogo la espressione del testo, *instrumentum vel aliam chartulam* (da cui pare esclusa una perfetta coincidenza), che suggerirebbe di ritenere (nel pensiero, almeno, dell'imperatore Giustiniano), non già i due concetti equivalenti, ma piuttosto quello di *chartula* come più generico e comprendente in sé varie specie, di cui una e forse la più importante è quella indicata col termine *instrumentum*. La conseguenza di questa interpretazione sarebbe, in relazione a quanto diremo sull'*instrumentum*, che la *chartula* abbraccerebbe indifferentemente, oltre ai documenti di contenuto e forma privati, se pure

(1) Zur Rechtsgeschichte der röm. und germ. Urkunde, 53.

(2) Tale è il parere del BRUNNER, che si limita a rilevare come il termine *chartula* predomini in Italia più tardi dell'altro.

possa ritenersi che in diritto post-classico e giustiniano questi soli siano compresi nel concetto di *instrumentum* (1), anche quelli di contenuto e forma pubblici: Giustiniano (colla costituzione che abbiamo citato) pare riconosca all'*instrumentum* il carattere privato del contenuto se non quello della veste.

Per chi legga un testo classico, ad es. Gai. ,II, 77, la parola *chartula* appare in tutt'altro senso, non, come nei testi postclassici e giustiniani, in quello di documento: « Quod in *chartulis* sive *membranis* meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae *chartulis* sive *membranis* cedunt »; vi è chiaro il senso diverso da quello di documento della parola *chartula*: essa indica il materiale del documento; e questo materiale, il pezzo di carta, può anzi divenire il sostrato anche di uno scritto che non sia documento nel senso giuridico di questa parola.

CHIROGRAPHUM

Il nome di *chirographum* fino dal terzo secolo è dato a documenti di mutuo, ove il carattere formale del chirografo sta nell'essere redatto dal debitore e (2), se indaghiamo un po' più intimamente la struttura di questo tipo di documento, il fondamento della sua forza probante riposa, anzichè nell'intervento di testimonii, nella scrittura di propria mano dell'interessato: onde i moderni contrappongono i documenti *testimoniali* ai *chirografi*. La caratteristica del chirografo è la redazione *in forma soggettiva*, e quando concorrono, come in D. 2, 14, 47, § 1 (di Scaevola) in cui il contenuto del documento è un riconoscimento di debito, la redazione da parte del debitore sulla quale riposa il fondamento della forza probante, e la forma soggettiva cioè in prima persona della redazione, i classici, come risulta dal citato passo di Scaevola, parlano di chirografo: non pare rigorosamente necessario, per questo rilievo, che il contenuto del documento sia, in quanto si voglia rimanere nel concetto di chirografo, una delle manifestazioni di volontà che costituiscono tipi

(1) Se il diritto postclassico e giustiniano abbiano allargato il significato di *instrumentum*, è questione esaminata a proposito di questo termine; ma ad essa l'unica risposta possibile rimane incerta dati i contrasti fra gli stessi testi giustiniani, contrasti i quali sono dovuti probabilmente ad oscillazioni concettuali che fruttificheranno nell'evoluzione posteriore; non occorre, a questo punto del lavoro, tenerne più ampio discorso.

(2) D. 22, 1, 41 § 2, Mod. 3 resp.

chiamati contratti dalla giurisprudenza. Certo è poi che la fine del chirografo riferito da Scevola non è relativa se non ad un patto di non chiedere il cui documento è redatto dal creditore; questi nella specie è la controparte del destinatario, colui cui le dichiarazioni contenute nel chirografo sono sfavorevoli.

C O D E X

Come tutte le denominazioni di documenti derivanti dall'elemento materiale, anche *codex* indica dapprima il materiale dei documenti, e poi, come in D. 2, 13, 9, § 2 (Paul. 3 ed.), l'intero documento. La medesima accezione hanno i *codices* di I. 2, 10, 13 che indicano, nel modo che emerge da una lettura anche affrettata, i documenti ciascuno autonomo e per sé completo in cui uno può, per assicurarsi contro la perdita di uno di essi, redigere il testamento; ma ormai in questo passo giustiniano il *codex* si presenta sfornito di caratteri proprii, come quelli che nel diritto classico ne facevano un tipo di documento particolare: il *codex accepti et expensi*, il libro cioè in cui il *paterfamilias*, dai così detti *adversaria* (gli appunti da lui presi giorno per giorno relativamente alle entrate e alle uscite), aveva l'abitudine di riportare tutte le partite di dare e avere. Il *codex* è usato poi nel senso di libro dei conti di un banchiere: il *codex rationum argentariae*, data l'analogia di contenuto e di struttura dei due tipi (1), non implica un eccessivo allargamento della nozione primitiva. Ma è certo che il senso di puro materiale dei documenti, accanto a quello di documento vero e proprio, si conserva in epoca classica (2).

Si discorre anche in taluni testi, ad e. nella costituzione di Giustino *Deo auctore* al § 13, di *codicis textus* con riferimento al *codex* nel significato di compilazione delle *leges*: e sembra che la nozione di documento sia applicabile a questo *codex* data la efficacia legislativa del contenuto che non ha solamente carattere scientifico (3); ma si urta (e non solo, come riesce evidente a tutti, per questa accezione di *codex* bensì per tutti i documenti a contenuto legislativo) contro la difficoltà, più dogmatica che altro, se si possa chiamare documento una cosa rappresentativa di una norma giuridica; dove non è lecito parlare di prova

(1) Sul tema cfr. *infra*, p. 258.

(2) Cfr. specialmente ULPIANO, D. 13, 6, 5 § 8 escerpito dall'opera *ad edictum*, I. 28, e la esegesi del frammento nel § sul furto dei documenti, p. 281 segg.

(3) La cosa è troppo nota perchè occorra illustrarla.

nel senso processuale moderno giacchè la norma giuridica non è *tema di prova*, ma è lecito parlarne in un senso generale poichè la difficoltà accennata ha carattere positivo pel diritto moderno (1).

C O D I C I L L U S

Il codicillo è quel documento che, mentre ha per contenuto disposizioni di ultima volontà (escluse, in quanto darebbero vita ad un testamento, l'istituzione ad erede e la diseredazione), quanto alla forma non presenta nel diritto classico caratteristiche proprie: i primi imperatori dai quali venne riconosciuta efficacia giuridica solo ai codicilli che, così come i testamenti, fossero stati redatti coll'intervento di un numero determinato di testimoni, e ne recassero le sottoscrizioni, furono Costantino e Teodosio II mentre Giustino ritenne sufficiente un numero di testimoni minore che nei testamenti. Allora il carattere della libertà di forma del codicillo disparve mentre Scevola, accordando al documento riferito in D. 32, 37, § 2 il nome di codicillo nonostante la formula di saluto *Lucius Titius Seiae heredi suae quam pro parte dimidia institui salutem*, aveva ammesso che rientrassero nel concetto di codicillo anche documenti in forma di lettere.

E P I S T U L A

L'*epistula* ha dapprincipio solo lo scopo di trasmettere una dichiarazione di volontà od una notizia. Nella maggioranza dei casi l'intenzione di creare al destinatario uno strumento di prova, cioè, se vogliamo usare il linguaggio moderno, il carattere di documento *precostituito*, è del tutto assente, ma ciò non esclude che si possa parlare di documento: perchè si abbia dinanzi un documento giuridico, è necessario e sufficiente che il contenuto, il quale può essere il più vario ed il più intricato (2), abbia giuridica rilevanza.

(1) Nella trattazione presente io tengo conto, per l'inquadramento dei vari tipi di documenti nel concetto generale di documento, degli studii che il CARNELUTTI ha dedicato al documento in rapporto al suo contenuto e alla sua funzione probatoria, ma i loro risultati (per la mia ricerca che è di diritto romano) sono utilizzabili solo in quanto non si fondino su principii di diritto positivo moderno ignoti o inconcepibili per la giurisprudenza romana. Cfr. anche BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, Modena, 1928.

(2) Cfr. D. 32, 37 § 1 (Scaev. 18 dig.) che tratta di una lettera scritta alle fedecommissarie in vita e per volontà del testatore da uno nominato legatario e onerato di un fedecommesso: nella lettera l'autore promette di eseguire *secundum voluntatem testatoris* i fedecommissi.

L'*epistula* è redatta — gli esempi nelle fonti sono copiosissimi — soggettivamente cioè in prima persona: nella forma riferita, per es., in D. 31, 75, Pap. 6 resp. (il contenuto, *scire te volo donare me tibi octingentos*, è interpretato come un fedecommesso a favore della destinataria). Ma la caratteristica formale più spiccata è la formula di saluto con cui la lettera ha inizio e che consiste nei nomi del mittente in nominativo e del destinatario in dativo seguiti dalla parola *salutem*; quando una tale soprascritta è omessa in passi in cui dichiarazioni scritte sono riportate sotto l'indicazione di *epistulae*, il giureconsulto non può averla trascurata perchè essa non fosse universalmente adottata, ma perchè non gli premeva, dato lo scopo del suo discorso e della trattazione, metterla in rilievo (1), mentre l'uso di questa formula a noi è attestato da parecchi passi fra cui cito D. 16, 3, 26, § 2 (in cui il contenuto della lettera è il riconoscimento di un debito e la affermazione di alcuni crediti del mittente), escerpito dal quarto libro dei responsi di Paolo, che ci presenta la soprascritta *Titius Sempronius salutem*. Quanto alla formula di saluto delle lettere scritte in greco, essa corrisponde a quella delle *epistolae* latine salvo la sostituzione di *salutem* con $\chi\alpha\lambda\upsilon\sigma\tau\epsilon\upsilon$ (D. 17, 1, 60 § 4, Scaev. 1 resp.).

Talora il nome del destinatario è seguito dall'indicazione del suo rapporto di parentela col mittente, come ad es. si può constatare nell'*epistula fideicommissaria* riferita da D. 32, 37, § 3 (Scaev. 18 dig.), la cui formula iniziale suona *Lucio Titio filio suo salutem*, e, a quanto mi pare, sottintende il nome del padre mittente. Altre volte il nome del destinatario è seguito dal pronome *suo* come nella lettera di *Caecilius Candidus*, D. 16, 3, 28 (Scaev. 1 resp.), contenente la dichiarazione del depositario d'aver ricevuto la somma depositata. Quanto al nome del mittente, esso può essere seguito in taluni casi dall'apposizione di una qualifica (D. 14, 3, 20, Scaev. 5 dig.), la quale è in rapporto col contenuto della lettera: nell'esempio citato la qualifica *rem agens Octavii Felicis* è collegata al riferimento della dichiarazione contenuta all'attività bancaria che per conto del patrono il mittente esercita.

Gli esempi di lettere riferiti nelle fonti contengono spesso la dichiarazione che l'*epistola* è stata scritta di propria mano dal mittente: che,

(1) L'opinione accolta nel testo, che la forma di lettera debba presupporre in tutti i passi in cui, come, per citarne uno, in D. 13, 5, 5, § 3 (Ulp. 27 ed.), sotto l'indicazione di *epistola* è riportata una dichiarazione scritta omettendosi la soprascritta, è quella del BRUNS, *Kl. Schriften*, 2, p. 98 sgg.

quando il contenuto prova un obbligo del mittente verso il destinatario, il fondamento della forza probante sia (cfr. p. 35) l'autografia, discende dal carattere chirografico della lettera; e che, proprio in quelle ipotesi in cui il contenuto dell'*epistola* è sfavorevole al mittente, il requisito dell'autografia sia rilevato lo provano testi come D. 16, 3, 24 (Pap. 9 quaest.), che riporta una dichiarazione del depositario di avere ricevuto la somma affidatagli dal deponente. Appunto in quest'ultima direzione, l'autografia della lettera è menzionata anche nell'*epistola* riferita da D. 17, 1, 62, § 1 (Scaev. 6 dig.), con cui il mittente dà mandato al destinatario di prestare fideiussione per un terzo, rendendosi mallevadore per l'ipotesi che il debitore non paghi; e pertanto, potendo anche in questo caso il contenuto della lettera costituire una fonte di prova contro il mittente, venne avvertito che il fondamento della sua forza probante riposava sull'effettiva provenienza della dichiarazione dal mittente, e poté quindi essere intuito che tale provenienza era in certo senso come confermata dall'espressa affermazione dell'autografia (1).

In questo studio sul termine *epistula*, la questione se la data viene dai classici considerata elemento costitutivo di essa merita un cenno (2). La *epistula* esiste giuridicamente come tale benchè la data cioè il *dies et consules* non sia stata apposta; ed ai fini della soluzione della questione proposta è irrilevante la eventuale inefficacia della dichiarazione o attestazione contenuta a causa della impossibilità di fissare il momento in cui venne ad esistenza.

Ulpiano chiama *epistola* anche il documento delle istruzioni dell'imperatore ai magistrati, dando appunto questo nome al documento di cui tratta in D. 1, 12, 1: si tratta di una *epistola* del divo Severo al *praefectus urbi* Fabio Cilone. Il contenuto di tale documento è l'estensione della competenza del *praefectus urbis* in materia criminale; la *epistola* stabilisce appunto per quali crimina il *praefectus urbi* sia competente a giudicare, purchè commessi nel raggio di cento miglia da Roma (3).

Anche altrove il documento delle istruzioni dell'imperatore ai magistrati è chiamato *epistola*: in D. 1, 16, 6, § 3, dove destinatario di esse

(1) Cfr. la frase *manu mea scripta*, che si riscontra, appunto, negli esempi citati.

(2) SCEVOLA, D. 20, 1, 34 § 1 dove, di fronte ad una lettera, il cui contenuto è la dichiarazione di un debitore, che intende concludere una *conventio pignoris* col suo creditore, si discute della sua efficacia giuridica in rapporto alla mancanza di data; e si risponde che, per quanto *dies et consules additi non sint*, la *conventio* si ritiene conclusa.

(3) Cfr. § 4 h. l.

è il proconsole; *epistola* ha in questi casi il significato di un documento avente contenuto giuridico pubblico. E nell'*epistola* riferita da Callistrato nel quarto libro *de cognitionibus* (D. 22, 5, 3, § 1), relativa alla valutazione della prova testimoniale nel processo, è il legato della provincia di Cilicia il destinatario (l'istruzione è dell'imperatore Adriano) del documento imperiale.

I N S T R U M E N T U M

Come molte altre parole del linguaggio giuridico, il termine *instrumentum* è anche termine del linguaggio comune: in questo ha un significato che è come il primo anello della catena dei vari significati della parola. Nel linguaggio volgare *instrumentum* significa *strumento*, *mezzo*, *ordigno*, *arredo*. E il primo significato tecnico-giuridico, il più vicino a quello comune, è quello di *corredo*, *pertinenza*. Le fonti parlano di *instrumentum domus* (D. 33, 7, 16, Alf. 2 dig. a Paul. epit.), *instrumentum villae*, *instrumentum fundi* (D. 33, 7, 8 pr., Ulp. 20 Sab.), e analogamente di *instrumentum cauponium* (Pauli sentent., 3, 6, 61), *instrumentum medici* (ibid. 62), *instrumentum pictoris* (ibid. 63) ecc. ecc. La rilevanza giuridica di tali espressioni emerge in materia di legati (a legati aventi per oggetto una cosa *cum instrumento* si riferiscono le regole interpretative del titolo del Digesto de instructo vel instrumento legato, 33, 7). Senonchè questo significato del termine ha per noi un'importanza solamente indiretta in quanto serve a illuminarci sull'origine degli altri significati giuridici che più da vicino c'interessano. Dall'uno all'altro di tali significati il passaggio è graduale e avviene attraverso sfumature talora insensibili: ciò non impedisce però che spesso la coesistenza di più significati generi, almeno a prima vista, un senso di disorientamento.

Instrumentum, abbiamo detto, ha il valore di *mezzo*, *strumento*; ed ecco che, attraverso una serie di passaggi che procedono dal concreto all'astratto, si arriva all'*instrumentum causae*, che diventa poi, senza aggiunta specificativa, *instrumentum*. Ecco la definizione che ne è attribuita a Paolo (D. 22, 4, 1): *Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: et ideo tam testimonia quam personae instrumentorum loco habentur*. Non sembra il caso di riferire il passo, come fa lo STEINWENTER (1), a sostegno della definizione del MITTEIS « alles,

(1) S. v. *Instrumentum* nella « Real-Encyclopädie » del PAULY-WISSOWA-KROLL.

was als urkundliches Beweismittel dienen kann», giacchè se rientrano nei mezzi di prova *documentali* i *testimonia* — come interpretano i Basilici: testimonianze redatte in iscritto — non vi rientrano sicuramente le *personae*, che (a qualunque figura processuale il passo alluda) sono senza dubbio i mezzi di prova *non documentali*. Le *personae* diventano nella versione dei Bas. (22, 1, 30) *μάρτυρες* e i *testimonia* *ἐμαρτύρια*.

La definizione così comprensiva di *instrumentum*, data in questo frammento, non potè non stupire BALDO DEGLI UBALDI (1), il quale si domanda: *nunquid data dilatione ad producendum instrumenta poterunt produci testes?* Con questa osservazione egli si richiama a un'espressione non infrequente nelle fonti: la *instrumentorum gratia dilatio*. Ulp. in D. 50, 16, 99, 2: *Instrumentorum appellatione quae comprehendantur, perquam difficile erit separare: quae enim proprie sint instrumenta, propter quae dilatio danda sit, inde dinoscemus*. § 3 *Si in praesentiam personae, quae instruere possit, dilatio petatur (puta qui actum gessit, licet in servitute, vel qui actor fuit constitutus), putem videri instrumentorum causa peti dilationem*. — La *dilatio* di cui si tratta presuppone un processo nello stadio *apud iudicem* del tutto regolato da norme giuridiche ed equivale, sembra, al *rinvio* del diritto processuale odierno. L'unica differenza fra i due istituti starebbe nel fatto che per la *dilatio* è necessario un determinato motivo (l'impossibilità di fornire seduta stante le prove dei fatti affermati) mentre per il *rinvio* il motivo non ha rilevanza giuridica ma rimane nel campo pregiuridico; senonchè anche tale diversità è in fondo più apparente che reale, giacchè nello stesso caso della *dilatio* avrà potuto la parte, per ottenere la *dilatio* medesima, vantare la sussistenza di prove, di cui poi, scorsa la *dilatio*, sia emersa l'inesistenza.

Senonchè è concepibile questo istituto della *dilatio* nel diritto classico? Nel processo formulare esso è inconcepibile come istituto processuale. È noto infatti come l'attività del giudice privato non fosse vincolata a speciali norme giuridiche, essendo invece lasciata al discernimento pratico di lui. Ecco perchè a tutta prima si potrebbe essere indotti a dubitare dell'attribuibilità ad Ulpiano del passo in discussione; le norme sulla *dilatio*, e in genere le norme che regolano l'attività del giudice e delle parti nel processo, sono da riportare alla scomparsa della distinzione delle due fasi e del giudice privato.

(1) BALDI, in *secundam Digesti veteris partem, Venetiis, apud Iuntas, 1615, ad h. l.* (p. 181). Mi sono servito per le citazioni sempre di questa edizione, salvo indicazione diversa.

Ma è difficile dubitare seriamente della paternità ulpiana del passo; in tal caso non si dovrebbe attribuire ai compilatori la semplice interpolazione di qualche parola, ma l'intero frammento. Per salvare la genuinità di esso e insieme per non tradire le caratteristiche del processo formulare, non c'è, mi pare, che una via, indicataci fra l'altro dall'*inscriptio* del passo: *libro primo de officio consulis*. (LENEL 2054 De dilatio-nibus). Questo scritto si riferiva certo, come afferma il BONFANTE (1), alla competenza del magistrato, nella cui sfera rientrava il potere di decidere in alcune cause, affidate da Augusto ai consoli, colla procedura *extra ordinem*; è noto come in questo sistema, che gradualmente poi si sostituì al vecchio procedimento formulare, sparisse la distinzione delle due fasi e parallelamente la caratteristica figura del giudice privato; il processo è ormai sempre più regolato, sotto questa forma, da norme giuridiche, fra cui non mi par dubbio si debba annoverare anche quel gruppo di esse su cui si fonda la *dilatio propter instrumenta*. Essa è dunque al tempo di Ulpiano concepibile soltanto in quel ristretto numero di cause (p. e. fedecommissarie) per cui si segue il procedimento *extra ordinem* presso i consoli (2), e solo successivamente, coll'estendersi e col generalizzarsi della nuova procedura, anche questo istituto acquistò un'importanza che certo non aveva nel diritto classico, e che conservò nel diritto intermedio, assumendo senza dubbio l'aspetto di un precedente, come accennai di sopra, dell'odierno *rinvio*.

Ma non è mio compito approfondire le vicende dell'istituto in parola, su cui ho creduto necessario diffondermi un po' semplicemente per vedere se è ulpiana — e in che senso — un'accezione generica del termine *instrumentum*. Ora questa parola nel frammento può dar luogo, mi pare, a due interpretazioni diverse: 1^a) *instrumentum* comprende anche la prova della *persona, quae instruere possit* — cioè una prova tutt'altro che scritta, anzi squisitamente orale, com'è la prova testimoniale; 2^a) *instrumentum* non comprende il mezzo di prova orale, ma per analogia, o, se si vuole, per una *benigna interpretatio*, il giureconsulto è d'avviso che si possa chiedere la *dilatio propter instrumenta* anche *in praesentiam personae, quae instruere possit*. Secondo la prima interpretazione a *instru-*

(1) Storia del diritto romano, vol. I, 3^a ed., p. 395.

(2) Gai institut. II 278: *fideicommissa vero Romae quidem apud consulem vel apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit, persequimur, in provinciis vero apud praesidem provinciae*.

mentum è attribuito un senso generico, che gli è invece negato stando all'altra interpretazione. Pare che dai glossatori sia stata accolta proprio la seconda concezione: *Glossa dicit, quod testes appellatione instrumentorum continentur* INTERPRETATIVE. (BAROLO (1)). Il commentatore però soggiunge: *Certe non placet... quia dicitur instrumentum quod instruit causam* (e cita D. 22, 4, 1, dal cui studio abbiamo preso le mosse) *et sic testes*. BAROLO è portato quindi alla prima interpretazione dal testo di Paolo o comunque a Paolo attribuito. Io propendo per l'altra anche per una ragione formale: se fosse stato pacifico il significato generico di *instrumentum*, Ulpiano non avrebbe probabilmente espresso la sua opinione in forma dubitativa: *putem videri*.

Un altro passo relativo alla *dilatio propter instrumenta* è il D. 2, 12, 7 dello stesso Ulpiano, e tratto dalla stessa opera *de officio consulis*. Scarso però è il valore del frammento per la terminologia relativa a *instrumentum*. Ad ogni modo non c'è dubbio che questo termine ha riferimento all'*instrumentum* come documento, con esclusione, pare, delle prove orali (i Bas. traducono *δικαιώματα*). Ciò in fondo non contrasta con l'interpretazione che del passo dà BALDO (2), come a prima vista potrebbe apparire: *Instrumentorum id est probationum causa; nam largo vocabulo instrumentorum omne genus probandi continetur; stricto autem et proprio vocabulo non continetur nisi probatio scripta*. Si può infatti pensare, come per il passo dianzi interpretato, ad una estensione analogica dell'istituto della *dilatio* alle prove orali, più che a una interpretazione estensiva; ma questa è terminologia moderna e modo di ragionare classico, e BALDO, per giustificare l'applicazione della *dilatio* alle prove orali, deve necessariamente pensare a un significato più largo del termine *instrumentum*, di fronte a cui, si noti, il significato stretto di *probatio scripta* è anche il significato proprio.

Anche nel D. 49, 1, 28, 1 (*Scaevola libro vicensimo quarto digestorum*) si parla di un' *instrumentorum gratia data dilatio*, e gli *instrumenta* per la cui produzione è accordata la dilatio (pare anche qui un caso di *extraordinaria cognitio*, giacchè si accenna a un *praeceptum praesidis provinciae*, organo amministrativo del tutto estraneo al processo formulare) sono le *rationes*, ossia, come vedremo ampiamente più tardi, i libri dei conti;

(1) BARTOLUS in secundam ff. novi partem, Venetiis, apud Iuntas, 1570, ad h. l., p. 247. Di questa edizione mi son servito per le citazioni di BAROLO, salvo naturalmente indicazione diversa.

(2) Ed cit., ad h. l.

trattandosi quindi di un *quid* che rientra nel concetto specifico di *instrumentum* come documento, non c'è occasione di discutere, come altrove, sull'estensione del provvedimento ai testimoni e sulla natura di tale estensione. I Basilici, al solito, traducono *instrumentum* con *δικαίωμα*.

Tanto giusta è questa interpretazione che trova conferma in una costituzione di Diocleziano e Massimiano del 294, C. 3, 11, 1 pr. Siamo giunti al punto in cui la *cognitio extraordinaria*, e con essa la *dilatatio*, sono divenuti istituti di applicazione generale e non più ristretti a poche categorie di processi. Nella costituzione in esame si trova la frase, dal punto di vista terminologico molto significativa: *instrumentorum vel personarum gratia dilationem*. Ciò vuol dire, se non sbaglio, per ciò che riguarda l'istituto processuale, che la *dilatatio* si estese, com'era logicamente necessario, a qualunque mezzo di prova e quindi anche alla prova orale (testimoniale: *persona*), ma insieme, dal punto di vista terminologico, l'aggiunta di *vel persona* (Bas. 7, 17, 11: *συμβόλαια ἢ πρόσωπα*) mostra come la prova orale o testimoniale non rientrasse nel termine *instrumentum*. Tanto quest'ultimo conservò poi nel diritto intermedio, e perfino restrinse, il suo significato classico, che BALDO (1) ci parla addirittura, con locuzione molto più comprensiva, di *dilatatio probatoria*, e BARTOLO (2) di *dilatatio quae datur ad probandum*.

Citerò un ultimo passo a sostegno della mia interpretazione del significato specifico di *instrumentum* nella locuzione *dilatatio instrumentorum causa*. È la costituzione di Costantino del 314, che si trova in C. Th. 2, 7, 1 e in C. I. 3, 11, 2. C'è perfetta rispondenza col frammento esaminato poc'anzi; anche qui si equiparano, e esplicitamente si contrappongono, gl' *instrumenta* ai *testes* (Bas. 7, 17, 12: *δικαιώματα ἢ μάρτυρας*).

È stato necessario questo cenno all'istituto della *dilatatio* perchè mi è parso di grande interesse ai fini della indagine terminologica studiare l'ampiezza del significato del termine *instrumentum* in questa locuzione, che, specie nelle fonti postclassiche, è frequentissima. Ci fummo indotti dalla domanda che istintivamente si rivolgeva BALDO (3) commentando il passo D. 22, 4, 1 da cui prendemmo le mosse: *quaero, nunquid data dilatione ad producendum instrumenta poterunt produci testes?* A tale domanda, dopo l'indagine fatta finora, noi crediamo si debba rispondere affermativamente, non perchè nella locuzione in esame *instrumentum*

(1) Ed. cit., ad h. l.

(2) Ed. cit., ad h. l.

(3) Loc. cit. in nota a p. 41.

abbia il significato che ha nel passo attribuito a Paolo, ma perchè ben presto, fin dal tempo di Ulpiano, quando ancora la *dilatatio* e la procedura *extra ordinem* cui si collegava erano istituti limitati a poche categorie di processi, si sentì il bisogno di una saggia interpretazione analogica, che estendesse a tutti i mezzi di prova le norme sancite prima per le sole prove scritte.

Di fronte a questa specie di antinomia del D. 22, 4, 1 colla gran massa di passi in cui *instrumentum* ha significato specifico, i commentatori sono naturalmente stati indotti a ritenere un doppio uso del termine *instrumentum* — generico e specifico — la cui sussistenza mi pare però alquanto dubbia: *instrumentorum est genus, et species: sumptum pro genere, praedicatur de omni specie probationis*. Non fa capolino qui la impressione che BALDO avvertisse il carattere eccezionale di questa accezione generica, di fronte a quella specifica, infinitamente più usuale? *Sumptum*, continua BALDO, *pro specie, praedicatur solum de scriptura legitima et probatoria*.

Comunque questo frammento rappresenta per noi una difficoltà non facilmente superabile. È veramente di Paolo? E, se sì, fu da Paolo scritto in questa forma? (1). Dall' *Index interpolationum* non risulta che alcuno abbia sospettato della sua genuinità, ma a me sembra che un doppio ordine di ragioni inducano a dubitarne. Anzitutto poteva Paolo parlare di una *causa* che *instruitur*? Nel diritto classico, ho già avuto occasione d'accennarlo, non esiste un'attività processuale del *iudex* di cui si possa dire che *instruit causam*; meno che mai la frase è applicabile al magistrato per la fase *in iure*. Di una *instructio causae* (2) tutt'al più si poteva parlare nella *extraordinaria cognitio*; ma nella ricostruzione della redazione visigotica il passo in esame appare sotto la rubrica *Ex empto et vendito*, e al tempo di Paolo qualunque controversia nascente da compravendita dava luogo a un tipico procedimento formulare, non mai a una *extraordinaria cognitio* (3). In secondo luogo non mi sembra

(1) Per le interpolazioni della redazione visigotica cfr. da ultimo un recente lavoro del LAURIA, *Pauli Sent.* Si noti poi che il frammento in questione manca in quella redazione e non ci è conservato che dalla compilazione giustiniana.

(2) Risulta dal *Voc. iur. rom.*, s. v. *causa*, che nel Digesto e in genere nei *iura antejustiniani* a noi noti non esiste la espressione *instructio causae*; la frase *causam instruere* appare solamente una volta, appunto nel frammento in parola.

(3) Forse un'unica riserva va fatta a quest'affermazione: è possibile che dessero luogo a *extraordinaria cognitio* le controversie nascenti da vendite del fisco, in cui entra un indubbio elemento di pubblicità. Senonchè non sarebbe conforme all'ordine della sistematica romana che un giureconsulto trattasse di rapporti del genere promiscuamente

persuasiva l'etimologia assegnata a *instrumentum* da Paolo o da chi per lui; l'*instrumentum*, prima che *instrumentum causae*, è un mezzo volto a corroborare un rapporto giuridico sostanziale, indipendentemente, se anche in previsione, da eventuali contestazioni giudiziarie.

In D. 42, 1, 35 (*Papirius* 2 const.) i *nova instrumenta* sono senza dubbio nuovi documenti prima smarriti e poi ritrovati o comunque ritornati alla luce, e molto difficilmente si potrebbe trovare un'allusione a mezzi di prova non documentali, nel qual caso la singolarità dell'ipotesi avrebbe richiesto una più chiara e diffusa illustrazione. Così l'intendono anche i Basilici (9, 3, 35) che traducono καινὰ δικαιώματα. Così l'intende BARTOLO che nel commento al passo in questione parla di *instrumenta de novo reperta*, locuzione che non può non riferirsi a un *quid* di corporale, giacchè i mezzi di prova diversi dai documenti non sono *cose* che possano reperirsi.

La frase *nova instrumenta postea reperta* si trova in una costituzione di Gordiano (C. 7, 52, 4): *Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum res iudicatas restaurari exemplo grave est*. Anche qui, per le ragioni addotte dianzi, che per brevità non ripeto, gli *instrumenta* sono senza dubbio *documenti*. I Basilici (9, 3, 74) specificano anzi maggiormente, traducendo καινῶν συμβολαίων μετὰ ταῦτα εὐρεθέντων: συμβόλαιον è infatti il *documento del contratto*.

Vi è poi una quantità di passi che ci parlano di *falsa instrumenta* e che hanno il loro centro e la loro sede naturale nei titoli delle fonti, giustinianee e antegiustinianee, nei quali si commenta la *lex Cornelia de falsis*, ma si trovano anche, più o meno sporadicamente, in titoli diversi, specie in materia di procedura (es. *De effectu sententiarum et finibus litium*, che è il titolo 5a del 5° libro delle *Sententiae* di Paolo, sotto cui al § 10 si parla di *falsa instrumenta* da cui è stata *circumducta* la *religio iudicis*). In questi passi non par dubbio il significato ristretto di *instrumentum* (= documento) giacchè, non essendovi alcun caso in cui con sicurezza si possa ritenere *falsum instrumentum* = mezzo di prova falso, si è autorizzati a concludere per l'accezione più frequente e specifica. C'è poi, a sostegno di questa interpretazione, un argomento esegetico: Paolo

coi puri rapporti privati di compravendita, dal momento che il criterio di esposizione dei rapporti sostanziali è fornito dal mezzo processuale relativo e che un'eventuale *extraordinaria cognitio* presenterebbe caratteri così nettamente differenti dalle *actiones empti et venditi*, da impedirne a un giureconsulto romano la riunione in un'unica trattazione.

(Sent. 5, 25, 1) parla di *qui testamentum quodve aliud instrumentum falsum.... scripserit*; ora quale altro mezzo di prova si scrive se non soltanto proprio (mi si perdoni l'apparente giuoco di parole) la prova scritta, cioè il documento? Si potrebbe pensare ai mezzi di prova orali, redatti in iscritto come atti processuali; ma anzitutto ciò non ha senso per il processo classico che è un *processo senza carta*, e poi le testimonianze, perizie, confessioni ecc., dal momento che sono redatte in iscritto, danno vita a una categoria di *cose* che sono senz'altro documenti; e lascio qui impregiudicata la questione, da esaminarsi più sotto, se essi rientrano o no nel concetto di *instrumentum*, quando fanno la loro apparizione e poi dominano nettamente nel diritto processuale postclassico e giustiniano.

Stabilito così che, anche in materia di falso, *instrumentum* rappresenta sempre un documento, resta da vedere se esso abbia un significato ancora più limitato, se si riferisca cioè a una speciale categoria di documenti. È anzi questa la questione che ora ci dobbiamo porre in generale per esaurire l'indagine terminologica su *instrumentum*, una volta assodato che i classici, quando usarono questo termine in senso tecnico, vollero sempre dire *documento*. Paul. Sent. 5, 25, 9: *Qui falsis (testamentis quibusve aliis) instrumentis [actis epistulis rescriptis]... usus fuerit...* Dico subito che l'elenco non mi pare attribuibile a Paolo; questi dovette dire semplicemente, come nel 5, 25, 1: *testamentum quodve aliud instrumentum*. Comunque, non è forse inutile esaminare l'enumerazione, da cui si può trarre qualche conseguenza proficua. La conseguenza mi sembra questa: per i compilatori, *instrumentum* rappresenta, in antitesi ad *acta*, *epistulae*, *rescripta*, il documento di contenuto privato, ossia il documento di un negozio giuridico, in opposizione agli *acta* (documenti amministrativi e giudiziari), alle *epistulae* (che sono, mi pare, non le *epistulae* private, ma le *epistulae* imperiali, emanazioni e documenti del potere pubblico), ai *rescripta* (documenti racchiudenti i pareri del principe su punti controversi di diritto), tutti, come si vede, documenti pubblici. Finchè il diritto romano non ebbe documenti pubblici da contrapporre ai documenti privati, s'intende che *instrumentum* fu parola atta ad indicare ogni e qualunque documento.

Tanto è vero ciò, che l'esempio tipico di *instrumentum* è il testamento, il documento di uno dei più caratteristici negozi giuridici romani. Non tradisce affatto il pensiero classico la frase dei Bas. 60, 41, 57, nella versione del C. 9, 22, 23 (Valens, Grat. et Valentin., a. 376): *συμβολαίου τινός, οἷον διαθήκης ἢ τινος ἐτέρου*.

L'antitesi fra *instrumentum* e *acta* nel senso da me sopra accennato risulta spesso dalle fonti postclassiche, giustinianee e dai commenti del diritto comune: BALDO, commentando la costituzione di Giustiniano C. 4, 21, 21, ci parla di *copia... instrumenti descripta in actis*. A tal proposito s'impone poi un'altra osservazione. La pubblicità degli *acta* rilevante nella contrapposizione agli *instrumenta* è la pubblicità del contenuto del documento, niente vietando che nel diritto postclassico, giustiniano e comune si chiami *instrumentum* quel documento che, relativo a negozi giuridici, sia redatto in forma pubblica (da notaio): proprio nel commento alla stessa costituzione BALDO, nella sua sottile casistica, usa l'espressione *instrumentum publicum in forma*, e l'altra *instrumentum solenniter publicatum*: la forma pubblica non fa perdere la qualifica di privato al documento che dispone su rapporti giuridici privati, al documento del negozio giuridico, di cui aumenta, in tutti i regimi processuali, dal postclassico al moderno, la forza probante. L'*instrumentum solenniter publicatum*, cioè descritto *in actis*, dà origine a un nuovo documento, pubblico non solo per la forma, ma anche per il contenuto; il primo però non cessa di esistere come documento privato. Anche nel commento di BARTOLO, *instrumentum* appare distinto e implicitamente contrapposto a documenti sostanzialmente pubblici del diritto intermedio (*instrumentum, vel sententiam, vel praeceptum*). Altrettanto si rileva dall'antitesi stabilita, fra *instrumenta* da una parte e *gesta* e *acta* dall'altra, da una costituzione di Valentiniano e Valente dell'a. 370 (C. Th. 11, 30, 35) e ribadita nel commento di GOTOFREDO che abbozza anche una distinzione generale: 1. *Instrumenta, inquam, omnia, quae iudiciis offeruntur*: 2. *Acta item ante habita apud iudicem, seu monumenta*: in cui però è visibile nella generalità della definizione di *instrumenta* l'influsso della famosa l. 1 del D. 22, 4 di cui ampiamente ho discusso sopra.

Ristretto così il significato di *instrumentum* a quello di documento del negozio giuridico (sostanzialmente privato), non ci riesce difficile scorgerne ampia conferma in una quantità di locuzioni delle fonti. Nella costituzione di Diocleziano e Massimiano dell'a. 294, C. 3, 42, 9: *chirographa tua, ... et instrumenta ad eum contractum pertinentia*. Il fatto che si parli disgiuntamente dei chirografi (una forma particolare di documento del negozio) e degli *instrumenta* non significa affatto che i due termini rappresentino due entità assolutamente diverse; vuol dire anzi che nel termine più lato (*instrumenta*) è compreso il più ristretto (*chirographum*, tipo di documento avente caratteristiche sue proprie, che

non sono comuni a tutte le specie di *instrumenta*). Gli *instrumenta ad eum contractum pertinentia* poi, che sono documenti di un contratto redatti in forma diversa dalla chirografia (1), ci danno una delle tante riprove del nostro assunto che *instrumentum* è documento di un negozio giuridico (BALDO nel commento alla c. in esame parla di *instrumentum debiti*).

Per individuare l'*instrumentum*, si hanno nelle fonti diverse locuzioni. Una è il genitivo che specifica *instrumentum* mediante l'indicazione dell'autore di esso: es. *instrumentum debitoris* (C. 5, 16, 5, Alexander, a. 227), che equivale a *documento di contratto redatto dal debitore*. Altri esempi: D. 39, 5, 35, 2 Scaev. 31 dig. (*instrumenta debitorum*); D. 32, 92, 1 Paul. 13 resp. (*instrumenta debitorum*).

Un'altra frase frequentissima è quella per cui *instrumentum* è specificato mediante il genitivo del nome del negozio cui il documento si riferisce. Es. C. 8, 53, 1 (Sev. et Ant., a. 210): *emtionum mancipiorum instrumenta* (Bas. 47, 1, 35: *ὄνευκα οἰκετῶν*). Altri esempi: C. 4, 19, 20 (Diocl. et Max., a. 294): *emtionis instrumenta*; D. 13, 7, 43 pr. Scaev. 5 dig. (*instrumentum emtionis*, generalizzato dal BRISSON in *instrumenta originis auctoritatis fundorum et praediorum* e parafrasato da BALDO, che parla di *instrumentum per quod potest probari latitudo iuris*); C. 4, 19, 4 (Alex., a. 222): *instrumentum emtionis*. C. 3, 1, 4 (Alex., a. 228); C. 10, 3, 3 (Gord., a. 239): *instrumenta emtionis*. Nessun esempio ci è offerto dalle fonti di questi *instrumenta*, che dovevano esser redatti in una forma qualunque a cura dei contraenti (nel diritto postclassico anche a mezzo di tabelliones e nel diritto comune di notai), purchè contenessero gli estremi del contratto di compravendita concluso dalle parti.

Numerosi esempi sono forniti dalle fonti di casi in cui è adoprata l'espressione *instrumenta donationum*: C. 8, 55, 2 (Probus., a. 277), *Vat. fragm.*, 297 Diocl., a. 285 (*donationis instrumenta*), 314 Diocl. et Max. et Const. et Gal., a. 294 (*donationum instrumenta*); C. 8, 53, 23 Diocl. et Max., a. 294 (*donationis instrumentum*, Bas. τὸ... γινόμενον ἐπὶ τῇ δωρεῇ συμβόλαιον), C. Th. 3, 7, 3 = C. I. 5, 4, 22 Theod. et Valentin., a. 428 (*instrumenta dona-*

(1) La locuzione *instrumenta ad eum contractum pertinentia* può far pensare anche che si tratti, anzichè dei documenti del contratto (rappresentati dai *chirographa*), di documenti in qualche modo relativi al contratto, atti cioè a provare fatti aventi col contratto una relazione di accessorietà. Vien fatto di pensare a documenti relativi alla proprietà della cosa o a precedenti rapporti sullo stesso oggetto o a un rapporto di garanzia (p. e. a un'ipoteca costituita a garanzia del creditore).

tionum ante nuptias vel dotis), *Vat. fragm.* 268 [incertus auctor resp.] (*instrumenta donationis*). Questi documenti di donazione erano di solito documenti di forma privata, per quanto nel diritto postclassico venissero spesso redatti anche dai *tabelliones* o *tabularii*; si aggiunse ben presto, e fu poi minuziosamente regolata, l'*insinuatio*, una cerimonia analoga alla nostra trascrizione.

È fatta menzione in due costituzioni del codice, entrambe di Diocleziano e Massimiano, di un *manumissionis instrumentum* (C. 7, 16, 26), e di *instrumenta manumissionis recte factae* (C. 7, 16, 25, Bas. συμβόλαια περι τῆς ἐλευθερίας). Nel commento a questi passi BALDO parla di *instrumentum collatae libertatis*. Mi pare che tali frasi vadano riferite a un documento che sarà stata consuetudine redigere — consuetudine sempre più diffusa — all'atto in cui avveniva la manomissione in uno dei modi usuali, antichi o recenti (esclusa naturalmente la *manumissio testamento*); ad ogni modo non viene da ciò infirmata la mia tesi dell'equivalenza di *instrumentum* a documento di un negozio giuridico, giacchè la manomissione del diritto classico meno antico (a parte la forma della *manumissio censu*) è senza dubbio una dichiarazione privata di volontà diretta a fini tutelati dall'ordinamento giuridico, ossia più brevemente un negozio giuridico.

Ulpiano in un passo (D. 29, 3, 2, pr.), che sarà più ampiamente esaminato a suo tempo, adopera la frase *tabularum testamenti instrumentum* (Bas. 35, 6, 2: δικαίωμα τῆς διαθήκης).

Analogamente Costantino in una costituzione del 326 (C. Th., 4, 4, 1) usa la locuzione *instrumentum codicilli*.

Vi sono poi espressioni formate facendo seguire o precedere il termine *instrumentum* da un aggettivo che ha riferimento al negozio provato dal documento. Es. C. 5, 11, 1 (Alexander a. 231): *nuptiale instrumentum* (Bas. 29, 1, 81 nel κατὰ πόδας: τῶ γαμικῶ συμβολαίῳ). Si tratta certamente di un documento che si redigeva all'atto della costituzione di dote; se nonchè questa non è nella concezione romana un negozio giuridico a sè, e i negozi giuridici che servono a perseguire tale fine economico sono nel diritto classico, oltre la *datio dotis* che qui non viene in considerazione, la *dotis dictio* e la *dotis promissio*, il primo un contratto verbale a sè stante e il secondo una stipulazione (vi sono poi modi relativi alla costituzione in dote di diritti di credito e alla loro estinzione). Ora il rescritto in esame usa le espressioni *promissa dos* e *dotem dare promiserit*, che farebbero andare all'idea di una *dotis promissio*; ma è da tener presente che il termine tecnico per designare il documento della stipulazione è *cautio*,

che raramente è sostituito da *instrumentum*. Raramente; c'è infatti un passo delle Sentenze di Paolo (5, 7, 2), che, dopo aver dichiarato la necessità della presenza delle parti nella stipulazione, aggiunge: *quod si scriptum fuerit INSTRUMENTO promississe aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit*. Queste parole si ritrovano identiche nelle *institutiones* giustinianeae, 3, 19, 17. Se può senza difficoltà attribuirsi a Paolo la prima parte del §, di sapore prettamente classico (*verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur*), fu notato che la frase riferita più sopra, anche intesa come un'aggiunta e non come una limitazione della prima (intesa cioè nel senso che, una volta provata la presenza delle parti, il documento sostituisce la prova della domanda e della risposta solenne), è da ricollegarsi all'indirizzo postclassico, che culminò nella riforma giustiniana, per cui la stipulazione non è più vincolata all'avverarsi della domanda e risposta solenni, ma si incentra nell'*animus stipulandi*, che si manifesta tipicamente in un documento (chiamato da Giustino *instrumentum*, I. 3, 19, 12), che fa piena prova e contro cui è ammessa la prova non già della non avvenuta *stipulatio* (di cui si è ormai perduto l'esatto concetto classico di contratto verbale), ma della non presenza delle parti, o di una di esse, nel luogo e nel giorno *quo conficiebatur instrumentum* (si noti lo spostamento del momento conclusivo del contratto dalla domanda e risposta solenni alla confezione del documento) (1). Essendo quindi postclassico il passo delle *Sent.* di Paolo, nessuna meraviglia che sia usata la parola *instrumentum* anche nel senso dell'antica *cautio*, tanto più che oramai la *stipulatio*, perdute le sue caratteristiche classiche, si differenzia pochissimo da qualunque altro contratto, caduta com'è nella sostanza la tipicità dei negozi giuridici.

Ritornando al *nuptiale instrumentum* del C. 5, 11, 1, si deve forse pensare che già nel 213 (anno della c. in esame), caduto il sistema della tipicità dei negozi, la dote si costituisse mediante convenzione non solenne, e quindi in pratica mediante il documento? È questa una delle

(1) Cfr. per la sistematica sostituzione giustiniana dell'*instrumentum* alla *stipulatio* in una quantità di casi, RICCOBONO, *Traditio ficta* in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, XXXIV, *Rom. Abt.* p. 182, studio che anche per questo riguardo, come per tanti altri, è di fondamentale importanza. Quello che ho detto fin qui, circa il valore di *instrumentum*, dimostra, anche senza una discussione più minuta, come io non riesca a concordare col Maestro nella ricostruzione che del significato classico e giustiniano del termine egli offre in *Stip. ed instr. nel dir. giust.* Z.S.S. 35 e 42.

ipotesi possibili; più difficile è ammettere un' interpolazione nell'ultima frase (*sed... dare promiserit*), giacchè, se l'espressione *nuptiale instrumentum* si trova in questo solo frammento, spesso s'incontra invece l'altra equivalente *dotale instrumentum*, come vedremo subito, ed è assai improbabile che i compilatori abbiano sostituito questa frase a qualche altra terminologicamente più esatta del classico o dell'imperatore. È poi possibile un'ultima congettura: che dai classici si adoperasse *instrumentum* in questo senso convenzionale in materia dotale, pur volendo indicare il documento di un contratto verbale tipico (la *dotis dictio*) o di una forma di stipulazione (la *dotis promissio*).

Per la frase *dotale instrumentum* possono ripetersi le osservazioni fatte e le questioni poste or ora. Il C. 5, 14, 5 (*Diocletianus et Maximianus*) che parla di un *pactum interpositum instrumento dotali* (Bas. 29, 5, 35: προικιμαίω συμβολαίω) fa propendere per l'ipotesi della costituzione mediante convenzione non solenne, giacchè in un contratto verbale sarebbe stato impossibile introdurre patti. La medesima ipotesi sembra confermata dalla costituzione degli stessi Diocleziano e Massimiano, C. 5, 11, 4, in cui si tratta certo di una *dotis datio*, fatta, sembra, senza le forme solenni del diritto classico di trasferimento della proprietà, mediante redazione di un *instrumentum dotale* (Bas. 29, 1, 84: προικῶν συμβολαίω). Altri esempi che corroborano la stessa ipotesi: C. 6, 44, 5 (*Diocletianus et Maximianus*), C. Th. 9, 42, 15 (*Arcad. et Honor.*), nel quale gli *instrumenta dotalia*, anche secondo l'interpretazione di GOTOFREDO, sono i documenti che si redigono all'atto della costituzione di dote: *instrumentis saepe*, annota appunto GOTOFREDO, *continentur nuda confessio dotis, dosque cauta est tantum* (si noti il verbo *cavere*, reminiscenza della classica *dotis promissio*), *non numerata*.

La locuzione *instrumenta praediorum* si trova nel Vat. fragm. 252 (*Papinianus*), frammento molto lacunoso; pare che equivalga a *documenti di negozi giuridici relativi a un determinato fondo*: probabilmente si riferisce in modo speciale ai documenti dei negozi giuridici attraverso cui i passaggi di proprietà hanno avuto luogo. Infatti una costituzione di Diocleziano e Massimiano (C. 6, 42, 24) parla di *instrumenta praediorum... quae ad probationem originis eorum pertinent*. Altro esempio: C. 6, 50, 15 (*Diocletianus et Maximianus*).

Altre locuzioni sono formate coll'aggiunta di un aggettivo ad *instrumentum*. Così *instrumenta tutelaria* nel D. 27, 7, 7, 8 (*Paulus*). I Bas. (38, 7, 8) traducono: ἐπιτροπικὰ δικαιώματα; si tratta probabilmente di

documenti di negozi giuridici patrimoniali che si riferiscono al patrimonio del pupillo e che erano custoditi dal tutore durante il periodo della tutela.

Analoga è l'espressione *instrumentum hereditarium* (D. 35, 2, 95, 2 *Scaevola*), che allude certo ai documenti, considerati in blocco, i quali come *corpora* fanno parte dell'eredità e si riferiscono al patrimonio ereditario.

La frase *instrumentum voluntatis* (D. 31, 77, 26, *Papinianus* 8 resp.) (1) non è priva di interesse; si tratta di un'*epistula donationis*: il documento da cui è provata la volontà di donare.

Altre locuzioni varie: *instrumenta tui iuris* (C. 3, 42, 4 *Alex.*), che i Bas. (15, 4, 24) traducono col semplice συμβόλαια e il BRISSENIUS (2) spiega: *id est, ad ius tuum pertinentia*.

Instrumentum testationis vacuae possessionis (C. 4, 38, 12 pr. *Diocletianus et Maximianus*); *probationum instrumenta* (D. 48, 19, 27 pr. *Callistratus*), in cui mi pare vada mantenuto fermo il concetto affermato più sopra che si tratti sempre di documenti di negozi giuridici (nel caso del C. 4, 38, 12 probabilmente si tratta di un negozio di compra-vendita, in cui, dice il passo, *instrumentum testationis vacuae possessionis omissum est*, cioè è stata omessa l'attestazione della *vacua possessio*).

La frase *instrumenta status* (D. 4, 2, 8, 1, *Paulus*), tradotta dai Bas. 10, 2, 8 τὰ δικαιώματα τῆς καταστάσεως, va riferita certo ai documenti del negozio da cui ebbe origine la libertà, ossia al documento della manomissione, di cui parlai più sopra. Analoga è la locuzione *instrumenta ingenuitatis* (Bas. 48, 10, 2: δικαιώματα ὑπὲρ τῆς εὐγενείας) usata da Saturnino, giureconsulto della seconda metà del II secolo, nel D. 40, 14, 2, 2. Trattandosi di documenti da cui risulta l'*ingenuitas*, cioè l'originario stato di libertà derivante dalla nascita da persone libere, si alluderà, mi pare, ai documenti della manomissione del padre — o, in caso di nascita fuori del matrimonio, della madre — o di altro ascendente.

Talvolta il genitivo specificante *instrumentum* indica, in rapporti obbligatori provati dal documento, la cosa dovuta: così *instrumentum solidorum decem* (*Paulus* in D. 24, 3, 49 pr.) che farebbe pensare a un caso di chirografo o di altro documento di contratto il cui oggetto era

(1) È una fattispecie analoga a quella esaminata nei §§ 252a (Pap. 12 resp.) e 257 (id. eod. lib.), dei *Vat. Frag.*, il primo dei quali è assai lacunoso e non contiene affatto la parola *instrumentum* che qui ci interessa.

(2) *De verborum significatione, quae ad ius civile pertinent*, s. v. *instrumentum*.

costituito appunto da *decem solidi* (1). Altro esempio: C. 4, 9, 2 (*Diocletianus et Maximianus*): *dissolutae quantitatis instrumentum*, che BARTOLO scolorisce in *debiti instrumentum*, ma in cui *quantitas* indica proprio l'oggetto del debito pagato, denaro o altre cose fungibili.

In altri casi il genitivo indica il rapporto di proprietà, o il proprietario del documento (sull'importante questione della proprietà del documento tornerò espressamente più sotto); *Ulpianus* in D. 47, 2, 31, 1: *Si quis tabulas instrumentorum rei publicae municipii alicuius aut subriperit aut interleverit, Labeo ait furti eum teneri: [idemque scribit et de ceteris rebus publicis deque societatibus]*. Si tratta di documenti privati, di cui quella forma di *res publica* che è il *municipium* è divenuto proprietario, probabilmente in seguito a successione ereditaria o a un negozio giuridico tra vivi; del resto è da tener presente che anche qui il concetto può oscillare, come in altri passi delle fonti, fra la proprietà e la pertinenza (2) (che i commentatori indicano con *utilitas* contrapposta a *proprietas*; nel senso di proprietà intendono invece il passo in questione i Bas. 60, 12, 31); comunque mi pare da escludere che in questo frammento, su cui ritornerò in tema di importanti argomenti, gli *instrumenta* siano i documenti di contenuto pubblico, di cui oggi qualunque ente pubblico si serve largamente, ma di cui fu molto limitato lo sviluppo nel diritto classico, e che, come accennai sopra, non vennero dai Romani riassunti sotto il termine *instrumentum*. Può lasciare perplessi l'ultima frase del passo: *idemque scribit et de ceteris rebus publicis deque societatibus*, in cui, se s'intende *res publica* nel senso di *cosa pubblica*, ossia di proprietà dell'*universitas*, si potrebbe pensare che questi *instrumenta*, indicati implicitamente (una volta che si dice *ceteris*) come *res publicae*, fossero documenti di utilità generale e quindi di contenuto pubblico.

Ma, a parte la questione della genuinità dell'aggiunta (genuinità di cui induce a dubitare la forma esteriore di essa), va tenuto presente

(1) I Bas. 28, 8, 47 traducono la parola con γραμματεῖον, che di solito corrisponde a *cautio*, termine caratteristico per indicare il documento della *stipulatio* (v. *supra*, s. h. v.). Questo d'altronde (v. *supra*, p. 51) raramente è designato come *instrumentum* dalle fonti classiche. Ma nel nostro frammento il verbo *caverat* e tutta la locuzione indicante il contenuto del documento (*daturum — decem milia*) fanno pensare che si tratti proprio di un documento di *stipulatio*.

(2) Chiarisco una volta per tutte il significato nel quale in questo lavoro è adoperata l'espressione *pertinenza del documento*. Con essa designo l'interesse che ha il suo oggetto nel contenuto del documento in contrapposto all'altro interesse (*dominio* o *proprietà*) che ha per oggetto l'elemento reale.

che nella determinazione del concetto di *res publica* si nota qualche oscillazione nella giurisprudenza romana. Secondo Gaio (2, 11: *quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae sunt quae singulorum hominum sunt*) la differenza fra le *res publicae* e le *res privatae* non sarebbe una differenza di natura giuridica dell'oggetto o del diritto esercitato su di esso, bensì unicamente una differenza del soggetto che nell'una e nell'altra ipotesi esercita un diritto identico, il diritto di proprietà. Niente di strano quindi che anche documenti privati quanto al loro contenuto possano divenire *res publicae*, ossia, secondo il concetto gaiano, possano trovarsi in proprietà della *civitas* o di altra *universitas*, dal momento che basta un atto di volontà dell'*universitas*, e non occorrono caratteri loro proprii, a farle divenire *res publicae* (1).

Alla proprietà del documento ha probabilmente riguardo la frase *aliena instrumenta* di una costituzione di Diocleziano e Massimiano (C. 4, 19, 21 pr.).

Alla pertinenza, o, secondo la frase dei commentatori, all'utilità del documento, e non in prima linea alla proprietà di esso, si riferiscono invece altre numerose espressioni; come quella del C. 5, 53, 1 (*Severus et Antoninus*): *ad puberem instrumenta pertinentia*, o quelle dell'App. 7, 21 (a. 554): « *instrumenta ad alios pertinentia* », « *ad cuius iura instrumenta pertinebunt* ». Un altro esempio ci è offerto dalla costituzione di Severus et Antoninus, C. 5, 4, 2: *instrumentum ad matrimonium pertinens*, in cui il riferimento al matrimonio indica certamente il negozio giuridico di indole patrimoniale che al matrimonio è connesso, la costituzione di dote (circa la questione sull'essenza e sui caratteri di tale documento faccio rimando a quanto ne dissi sopra, commentando le espressioni *instrumentum nuptiale* e *instrumentum dotale*). Gli *instrumenta quae ad eam causam pertinerent* del D. 2, 13, 3 (*Mauricianus* sostituito dal BLUHME con *Modestinus*) sono tradotti dai Basilici (7, 18, 3) τὰ πρὸς τὴν ὑπόθεσιν φερόμενα δικαιώματα. Sono cioè i documenti, sostanzialmente privati, che si riferiscono ad una determinata causa, e più specificamente che appoggiano la richiesta di una delle parti: *ad intentionem fundandam*, spiega BALDO. Una certa analogia con tale espressione offre l'altra *instrumenta litis* (*Paulus* in D. 48, 19, 38, 8) che si riferisce anch'essa ai documenti che appoggiano la domanda di

(1) Il SIBER, *Römisches Recht* II. 49, distingue nettamente i due sensi in cui le fonti parlano di *res publicae*. Del significato di « cose *privatrechtsunfähig* » si occupa a p. 62.

una parte in una lite. Altro esempio della stessa frase: Callistratus in D. 5, 1, 36 pr. (i Bas. 7, 5, 35 traducono τὰ δικαιώματα τῆς δίκης). Equivalente è la locuzione *instrumenta causae* del D. 17, 1, 8 pr. (Ulpianus) che il BRISSONIUS spiega: *ad causam pertinentia*, espressione questa che si ritrova nel D. 49, 14, 2, 1 (Callistratus): *instrumenta ad causam fisci pertinentia* (Bas. 56, 2, 2: δικαιώματα συμβαλλόμενα τῷ δημοσίῳ), che allude probabilmente a documenti privati pervenuti al fisco da successione ereditaria.

Gli *instrumenta domestica* del C. 4, 19, 5 (Imp. Philippus) — Bas. 22, 1, 39: οἰκεῖα συμβόλαια — secondo l'interpretazione di BARTOLO equivalgono alle *privatae scripturae*. *Privata scriptura*, dice appunto BARTOLO, *non facit fidem, nisi cum aliis adminiculis ut puta litterarum comparationibus adiuvetur*. Il rescritto, stando ai Bas., sarebbe una generale dichiarazione di inefficacia di una scrittura a favore dell'autore.

Le fonti ci parlano poi di un *instrumentum male conceptum* (Papinianus in D. 1, 5, 8) — Bas. nello scolio al 46, 1, 6: τῶς κακῶς γενομένων ἰστρουμένων — nel senso di documento viziato da errori grammaticali.

Non ha bisogno di spiegazione la frase di Ulpiano (D. 37, 10, 3, 5) *instrumenta satis idonea ad victoriam*.

Gli *instrumenta inrita* dell'App. 7, 7 (a. 554) sono documenti di contratti conclusi in condizioni speciali (mentre la città era assediata nella guerra greco-gotica), tali che non avevano potuto venire osservate tutte le formalità prescritte dal diritto giustiniano per la loro validità.

Gravi dubbii fa a prima vista sorgere la costituzione di Costantino, C. 9, 22, 21, in cui si parla del decurione che *conscribendis publicis privatisque instrumentis praeberit officium*: si potrebbe pensare infatti che la distinzione fra pubblici e privati avesse riguardo al contenuto e che quindi *instrumentum* potesse indicare anche il documento sostanzialmente pubblico. Senonchè si può affacciare l'ipotesi che entrambe le classi siano documenti sostanzialmente privati e le qualifiche di *publica et privata* corrispondano a quelle in uso più tardi di *publica e publice confecta*, relative al carattere diverso che ha nei due casi l'intervento del *tabellio*. Non è escluso però che nella frase riepilogativa *conscribendis publicis privatisque instrumentis praeberit officium* sia da vedere l'intervento dei compilatori, giacchè appunto sotto Giustiniano il concetto classico di *instrumentum* come *documento del negozio giuridico* si allargò disordinatamente tanto da accogliere in sè anche documenti sostanzial-

mente pubblici. A questa ipotesi contrasta però la perfetta corrispondenza del testo nei due codici teodosiano e giustiniano.

Certo nel diritto intermedio la parola *instrumentum* acquistò tale larghezza di significato da comprendere in sè anche il documento sostanzialmente pubblico e da equivalere al nostro *documento*. Già un glossatore, ALBERICO, nella glossa alla Nov. 89 parla di *instrumentorum privatorum vel publicorum quae species probationis sunt*, nè è ammissibile in lui la finezza giuridica necessaria a distinguere la pubblicità del contenuto dalla pubblicità della veste. La confusione dei due concetti permane anche nonostante l'acume dei commentatori; BARTOLO nel Commento al D. 49, 14, 45, 5, per dimostrare che gli *acta* (documenti, come vedemmo, sostanzialmente pubblici) sono una specie del genere *instrumentum*, adduce fra gli altri il seguente argomento che, se a noi pare tutt'altro che persuasivo, a lui doveva sembrare inoppugnabile: *omnis enim scriptura publica appellatur instrumentum publicum ut instrumentum venditionis et donationis*. Ecco il risultato della confusione iniziata con Giustiniano e forse prima! Giacchè, se i classici non teorizzarono davvero sulla differenza fra la pubblicità del contenuto e la pubblicità della veste, non avrebbero mai parlato, come BARTOLO, di un *instrumentum citationis* o di un *instrumentum sententiae*, come, per evitare anacronismi, non parlarono mai di un *instrumentum legis* o *plebisciti* o *senatus consulti* o *edicti* o *decreti* o *rescripti* e così via.

Dopo questa lunga indagine sulla portata e sul significato del termine *instrumentum*, mi sembra inutile fermarmi ancora su locuzioni formate con quella parola, ma molto meno caratteristiche, terminologicamente, di quelle esaminate finora; ciò mi porterebbe a ripetere cose dette e profondamente studiate da illustri giuristi (1) o a invadere il campo di discipline limitrofe, quali, per es., la storia del diritto germanico o italiano.

LIBELLUS

È un termine che ha un campo di applicazione assai ampio: tanto più ampio, quanto più il diritto romano si evolve e per le nuove esigenze sorgono o si specificano nuovi tipi di documenti: attraverso questo pro-

(1) Su argomenti speciali esiste, in materia di documenti, una letteratura discretamente abbondante, dovuta soprattutto a studiosi tedeschi: un capolavoro del genere è, in tema di sottoscrizione, il saggio del BRUNS, *Unterschrift in römischen Rechtsurkunden*.

cesso si specifica anzi il significato di *libellus*, che nell'epoca postclassica diventa il termine indicante il documento della nuova procedura.

Nell'epoca classica, prima della scomparsa della procedura formulare, il *libellus* aveva differenti applicazioni: era soprattutto il documento mediante cui si dirigevano certe dichiarazioni al magistrato in funzione di autorità amministrativa: così si chiama da Ulpiano (*Frag. Vatic.*, 166) *libellus* quel documento con cui il tutore dativo esercitava la *potioris nominatio*, e che era diretto al pretore. Dal fatto che nel darcene la formula Ulpiano dichiara: *Libelli ita formandi* (*Fragm. Vatic.*, 166), si deve concludere che il termine tecnico appropriato fosse appunto *libellus*: i *Fragm. vatic.* ci offrono un largo estratto dal *liber de excusationibus* di Ulpiano, in cui tutti i momenti di questa pratica amministrativa (oggi si direbbe di giurisdizione volontaria) della *potioris nominatio* sono ampiamente regolati.

Analogamente in caso di *excusatio*. Parrebbe tuttavia qui dal *Frag. vatic.*, 156 (Ulpiano) che ordinariamente la procedura si svolgesse in forma orale (*adire praetorem et titulum excusationis suae apud eum expromere*), e solo in casi eccezionali si ricorresse ai libelli (*si feriae sint, libellos detestatorios*); tutto questo poi ad evitare che decorresse il breve termine di decadenza.

Nel periodo del principato e poi con maggiore frequenza nel periodo della monarchia assoluta è *libellus* il documento di una specie di supplica con cui si iniziava una forma particolare di procedura *extra ordinem* destinata a concludersi infine con un rescritto del principe cui era stato diretto il *libellus* iniziale di tutta la procedura. Così in una costituzione di Alessandro del 222 (C. 9, 16, 1 = *Mos. et Rom. legum collat.*, 1, 9, 1), la quale non è altro che il rescritto con cui finisce un esempio di questa forma di procedura, diretto naturalmente agli autori della supplica, si dice: *Si modo pro quo libellum dedistis...*; e in un caso processualmente identico (*Collatio* 3, 3, 5: Ulpiano): *divus Pius ad libellum Alfii Julii rescripsit*: anche qui il *libellus* è il documento dell'atto introduttivo del processo e il *rescribere* è il *dare la decisione*. E Paolo (D. 4, 8, 32, 14): *libello cuiusdam id querentis imperator Antoninus subscripsit posse eum uti doli mali exceptione*; nè sarebbe difficile moltiplicare gli esempi.

Si hanno alcune applicazioni anche nel campo del diritto privato; in *Fragm. vatic.* 113 (*incertus imp.*) il *libellus* è in fondo un documento qualunque, privo di speciali requisiti formali e contenente una dichiarazione anch'essa scevra di quelle forme che hanno tanta importanza nel

diritto romano. Si tratta di un documento in cui è stata racchiusa una costituzione di dote, fatta però senza le vecchie forme del contratto verbale di *dotis dictio* e senza le forme più recenti e consuete della *dotis promissio*, ossia della *stipulatio*, mediante cui ordinariamente la dote si costituiva (1).

Scarso valore, dal punto di vista terminologico, ha l'inclusione dei *libelli* fra i documenti la cui distruzione rientrava nell'ambito del *crimen falsi* (Paul. sent., 5, 25, 5): è un'enumerazione che, a parte la questione dell'autenticità, dice poco; giacchè, non dovendo rimanerne fuori nessun tipo di documenti, i varii termini documentali son buttati lì alla rinfusa, senza riguardo alla loro fisionomia speciale.

Ricorderò anche i *famosi libelli*. Ce ne parlano, fra l'altro, le *Sententiae* di Paolo (5, 4, 17): intorno ad essi si può fare l'elegante questione se il *famosus libellus* sia o non un documento nel senso giuridico. Il *famosus libellus* è un mezzo attraverso cui si realizza il delitto privato dell'*iniuria*. Contiene attestazione di fatti (non importa se veri o falsi); contiene magari giudizi valutativi: ora a queste attestazioni di fatti, a questi giudizi valutativi una rilevanza giuridica non si può logicamente negare. Del documento dunque ci sono tutti gli elementi. Attestazioni di fatti o dichiarazioni di volontà da una parte, loro rilevanza giuridica dall'altra: ecco gli elementi che si ritrovano sempre in qualunque specie di documenti. Ed ecco perchè non mi pare si possa negare al *famosus libellus* l'appartenenza alla vasta categoria *documento*. Ciò non toglie però che il *famosus libellus* abbia come documento un carattere e un valore particolari, collegati al fatto che si tratta sempre di un mezzo attraverso cui si concreta una forma speciale di *iniuria*.

Ma c'è un campo nel diritto amministrativo in cui *libellus* è termine di uso frequente e specifico e va costantemente accoppiato ad *epistula*. Nel periodo della monarchia assoluta, nel complicato meccanismo dell'alta burocrazia, il più elevato degli uffici imperiali è quello di *magister officiorum*: questo ministro è anche presidente dei tre *scrinia* (noi diremmo archivii): *a memoria, ab epistulis, a libellis*; del carattere documentale di questi istituti non avrebbe senso dubitare. Gli ultimi due sono spesso accoppiati. Si tratta probabilmente degli archivii in cui si custodiscono i documenti sia dei ricorsi all'imperatore (i *libelli*), sia dei re-

(1) Altro esempio di *libellus* come documento privato ci è offerto da una c. di Diocleziano e Massimiano del 293 (C. 6, 42, 22) in materia di fedecommissi.

scritti di risposta (le *epistolae*); si capisce facilmente come i due archivi siano di frequente accostati dalle fonti.

Il campo però in cui il termine *libellus* ebbe una speciale fortuna, tanto da conservare il suo dominio anche nel diritto intermedio, fu il campo della nuova procedura. E siccome la penetrazione di questa parola nel campo processuale va di pari passo con l'estendersi della *extraordinaria cognitio* e col sostituirsi di essa alla procedura formulare, come il mutamento dell'istituto fu precedente nel campo penale così avvenne dell'applicazione del nome. I *delationum libelli* di cui ci parla una c. di Valente, Graziano e Valentiniano (C. Th. 9, 6, 2) sono appunto i documenti con cui un *quisquis de populo* elevava la *criminis delatio*, ossia l'accusa pubblica (siamo di fronte a esempi di azioni penali popolari).

Nel processo civile postclassico e giustiniano, dicevo, il *libellus* divenne il documento processuale tipico. Prevalso il principio della scrittura su quello dell'oralità si venne a distinguere un *libellus conventionis* accanto a un *libellus contradictionis* (1) e a creare così un lontano precedente della nostra *comparsa*.

LITTERAE

È questo uno dei termini documentali più antichi, ed è notevole che le sue applicazioni si riscontrano prima che altrove nel diritto pubblico: cosa del resto osservabile a proposito anche di qualche altra parola altrettanto antica. Nella *Lex Acilia repetund.* (34) si legge la frase *tabulas libros leiterasve poplicas preivasve producere proferreque*. Questa espressione vuol essere al massimo grado comprensiva: essa non vuole escludere nessuna specie di documenti. Sia nel campo pubblico che privato *litterae* è sinonimo di *epistola*, per quanto probabilmente quest'ultimo termine vada assegnato ad un'epoca più recente: il carattere comune ai due termini è d'ordinario la distanza nello spazio fra mittente e destinatario della dichiarazione contenuta nel documento. È insomma la mancanza del requisito della *praesentia* delle parti (per usare una terminologia privatistica), che invece è essenziale alla validità di certi negozi giuridici e quindi alla sostanza dei relativi documenti (si pensi p. e. alla *cautio* in relazione alla stipulazione classica); ora è evidente come un simile requisito (a parte qualunque elaborazione sistematica della giurisprudenza

(1) Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istit. di dir. romano*, p. 147.

romana) molto più difficilmente che nel campo privato si riscontri nel campo pubblico dove, trattandosi per lo più non di rapporti *inter pares*, ma di rapporti fra un'autorità superiore ed un soggetto subordinato, il requisito della *praesentia* ordinariamente manca. È questa forse la ragione per cui, fra i termini documentali che non siano di indeterminata ampiezza, *litterae* prima e poi *epistola* meglio si adattano a indicare documenti di contenuto pubblico, in cui poi è una conseguenza della distanza delle parti (autore e destinatario della dichiarazione) la premessa della formula di saluto, la quale è dalla comune dottrina ritenuta carattere essenziale delle *litterae* e delle *epistolae*.

Dati questi, che sono i punti comuni a qualunque specie di *litterae*, sia nel campo privatistico che in quello pubblicistico, è molto grande la varietà delle applicazioni del termine stesso ai più diversi istituti. Al campo dell'amministrazione tributaria coloniale ha probabilmente riferimento il seguente precetto della *lex municipii Tarentini*: *...neve per litteras publicas fraudemve publicum peius facito dolo malo* (c. I, l. 3), in cui le *litterae* cui si accenna sono forse i conti o i bilanci che l'amministrazione locale trasmetteva all'amministrazione centrale; una frase quasi identica adopera la *lex col. Genet. Juliae s. Ursonensis* (Tab. II, v. 23), a proposito di un giuramento da prestarsi da parte di *qui pecuniam publicam colonorumque rationes scripturus erit*, nel quale fra l'altro si doveva promettere: *...neque se fraudem per litteras facturum esse scientem dolo malo*.

Al campo amministrativo appartengono in fondo anche le *litterae* le quali, dopo che il tutore dativo aveva esercitato la *potioris nominatio* (1), dovevano essere dirette dal magistrato, il quale esercitava in materia un potere discrezionale, al *potior nominatus* (Ulpiano, Vat. fr. 163); del resto tutta questa varietà di applicazioni cui, specie nel campo pubblico, si prestava il termine *litterae* è una riprova della mancanza di un sistema documentale compiutamente sviluppato, in cui a ogni forma di documento corrisponde una denominazione tutta propria, in seguito alla differenziazione di istituti e di termini avvenuta.

Anche nel diritto privato non mancano le applicazioni del termine *litterae*. Non va taciuto però che nell'evoluzione del linguaggio giuridico esso ha molto perduto a profitto dell'*epistola*; tuttavia anche in un periodo relativamente tardo non mancano di *litterae* alcuni esempi. In una c. di Diocleziano e Massimiano del 294 (C. 8, 42, 23) si chiama *litterae*,

(1) Su questo istituto v. ARANGIO-RUIZ, *Istit. di dir. romano*, p. 478.

certo per la presenza dei caratteri cui ho accennato a principio, il documento in cui è contenuta la dichiarazione di avere riscosso il credito. Si tratta dunque di una quietanza, in forma epistolare, e l'hanno ben capito i Bas. che parlano senz'altro (26, 5, 131) di ἀποχή accentuando il contenuto del documento anzichè la forma. La quale è invece tenuta in conto dalla glossa, che sostituisce semplicemente il termine *epistola* a quello, ormai meno in uso, di *litterae*.

RATIO

La *ratio*, o, come più frequentemente dicono le fonti, le *rationes*, sono in significato documentale i *conti*, o più esattamente i *libri dei conti*: erano essi dai Romani concepiti come veri e propri oggetti, tanto che Ulpiano (D. 10, 2, 8 pr.) esamina perfino la possibilità e le conseguenze di un prelegato di essi a favore di uno degli eredi, e tratta questo argomento parallelamente a quello del prelegato di uno schiavo amministratore: v'era poi all'epoca classica tutta una speciale disciplina pretoria per l'*editio* in caso di controversia delle *rationes* da parte dell'*argentarius*: argomento questo che nelle nostre fonti ha una trattazione (D. 2, 13, 10 di Gaio, p. es.) assai minuziosa. Grandissima parte dei frammenti raccolti sotto il titolo *De edendo* (2, 13) del Digesto commentano le disposizioni dell'editto circa questa esibizione dei conti da parte del banchiere. Nel quadro terminologico corrispondente ho avuto cura di riunire i passi relativi.

In un passo delle *Sententiae* di Paolo (5, 25, 5) le *rationes* sono poste accanto ad altre specie di documenti (*acta, libelli, album propositum, testationes, cautiones, chirographa, epistolae*) agli effetti dell'applicazione della *lex Cornelia testamentaria* in caso di loro *deletio, mutatio, subiectio, subscriptio*.

C'è poi con gran frequenza nelle fonti (anche qui il quadro terminologico mi esime dalla citazione dei singoli passi) la espressione *rationem* o *rationes reddere*, che è per il suo significato un'espressione complessa. Essa non indica soltanto la consegna all'interessato dei libri dei conti, ma designa anche la giustificazione del proprio operato da parte dell'amministratore. Se pure una tale giustificazione è implicitamente compresa nella consegna dei documenti, è assolutamente distinto da quanto si riferisce al documento l'obbligo di rendere il residuo attivo, che rientra nel *reddere rationem*: di tutto ciò le fonti parlano quando commentano quei passi dell'editto pretorio che addossavano l'obbligo di rendiconto

a quelle persone che per una ragione giuridica o per un'altra hanno amministrato un affare o un patrimonio altrui. Così è per il *servus actor*, lo schiavo amministratore, il quale cessa di amministrare, perchè, per es., è fatto libero. Così, per il *negotiorum gestor* (D. 3, 5, 2, *Gaius*), una delle principali obbligazioni è appunto questa. Così infine del tutore si otteneva che *rationes redderet* coll'*actio tutelae*.

Un altro numeroso gruppo di casi in cui è usata la espressione *rationes reddere* è costituito da molti frammenti in cui è esaminata l'ipotesi di una manomissione (di uno schiavo amministratore) sotto la condizione: *si rationes reddiderit*; è anzi in questa occasione che vengono studiate dai giureconsulti tante questioni interessanti dal punto di vista documentale: proprio a questo proposito il giureconsulto (Callistr.) si domanda: *quid continetur his verbis: si rationes reddiderit?* e dà quella risposta (D. 35, 1, 82) da cui abbiamo desunto i due aspetti dell'obbligo di rendiconto: consegna dei documenti giustificativi delle operazioni compiute (i conti) e restituzione eventuale dei residui attivi.

Non va taciuto infine che le fonti più antiche parlano di *rationes* anche nel diritto pubblico. La *lex col. Genet. Juliae s. Ursonensis* (Tab. II, c. 3, v. 16) parla di chi *pecuniam publicam colonorumque rationes scripturus erit*, e, dettando la formula del giuramento di questo funzionario, dice fra l'altro che egli deve promettere *se pecuniam eius coloniae concustoditurum rationesque veras habiturum*: si tratta qui evidentemente di conti o meglio di bilanci, che sono senza dubbio di carattere pubblico dal momento che la *pecunia* a cui si riferiscono è della colonia.

SCRIPTURA

Scriptura ha talora nelle fonti giuridiche il significato comune: il significato cioè di *carattere*, inteso come *maniera di scrivere*.

Ma non è questa l'accezione che c'interessa; nè mi pare sia questo il luogo di ricercare i passi delle fonti che adoprano il termine in quel senso. A noi invece importa esaminare se *scriptura* indichi talvolta il documento, e quale specie di documento.

Che *scriptura* abbia il significato di documento, anzi equivalga alla scrittura moderna (termine questo adoperato, a preferenza d'altri, dalla nostra legislazione moderna, specialmente di diritto privato), non sembra possa essere messo in dubbio, dato che, se non molti, diversi passi delle fonti ne fanno fede. Il termine *scriptura* è anzi, fra i termini che indicano

documenti, uno dei più antichi, giacchè appare diverse volte nella *Lex agraria* dell'a. 643 a. U. c. La *lex* di cui parliamo tratta in più punti (vv. 19, 20, 26, 82, 83) di una *scriptura pecoris, quod* spiega il v. 20) *in eis agris pascetur*: si tratta, pare, di un documento pubblico — è notevole come la necessità del documento sia stata sentita, per le ragioni di ordine pratico cui accennerò a suo tempo, più presto forse nel campo del diritto pubblico che in quello del diritto privato — il quale doveva contenere una specie di denuncia degli animali pascolanti negli appezzamenti dell'*ager publicus* distribuiti ai privati in seguito alle leggi agrarie.

Nondimeno nell'epoca classica accanto al significato documentale *scriptura* mantiene il significato di *atto di scrivere*: il D. 47, 2, 52, 19 (Ulp. 37 ed.) — su cui avrò occasione di tornare — suona così: *Neque verbo neque scriptura quis furtum facit*. La *scriptura* che fa *pendant* al *verbum* non è qui — nè è questa, mi pare, una sottigliezza avvocatessa, di cui non c'è nessun bisogno — lo *scritto* come oggetto già staccato dal suo autore e avente autonomia propria, bensì l'*atto di scrivere*, come *verbum* è in sostanza l'*atto di parlare*: si sarebbe potuto dire ugualmente *neque loquendo neque scribendo*. Il giurista vuol dir questo: per quanto si parli e per quanto si scriva, il semplice parlare e il semplice scrivere non si potranno mai chiamare *furto* (si pensi all'elasticità e alla capacità che va acquistando la nozione di furto nello sviluppo del diritto romano).

Oltre questo ed altri significati non documentali, di cui per brevità non mi occupo, *scriptura* ha spesso nelle fonti classiche il significato di *instrumentum*. Un esempio ci è offerto dal D. 8, 3, 37 (Paolo) in cui la *scriptura* è un documento in forma epistolare mediante cui si costituisce una servitù o (la discussione nel passo verte appunto su questo) un diritto personale *aquae usus*. Nel D. 20, 1, 4 (Gaio) la *scriptura* è il documento mediante cui si può costituire un'ipoteca.

Attorno a questa accezione molto generica di *scriptura* in senso documentale si raggruppano alcune locuzioni che, se tradotte alla lettera senza approfondirne il valore, potrebbero far pensare erroneamente a una grande importanza del documento nel diritto classico e soprattutto a una sua efficacia dispositiva. Così per es. la frase *ex scriptura praestari* (D. 19, 1, 48) adoprata da Scevola in materia di compravendita, in cui naturalmente la *scriptura* non è affatto un elemento essenziale del contratto e la locuzione indica sostanzialmente le obbligazioni assunte dalle parti, la cui volontà, una volta che intervenne la *scriptura*, è provata da questa. In realtà ciò che è *praestandum* non è *praestandum ex scriptura*,

bensi in base alla volontà dei contraenti, obbiettivatasi e rappresentata da quella *scriptura* di cui peraltro non era richiesto dal diritto l'intervento. Il pensiero classico a tal proposito in generale è espresso perfettamente da Paolo (D. 44, 7, 38): *non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur*. Qui, come spesso, *scriptura* ha un significato così generico, che oscilla fra il *documento* e lo *scrivere*; in antitesi a *voces* equivale certo a *scritto*.

Un concetto affine a questo di Paolo esprime Ulpiano in materia di delegazione (D. 46, 2, 17), quando afferma che la delegazione può essere fatta *scriptura vel nutu*. Probabilmente questo *nutus*, usato anche in altri casi, comprende qui tutti i mezzi di espressione diversi dalla *scriptura*. Analogamente Gaio (D. 44, 7, 2, 1) contrappone i *verba* alla *scriptura*.

Per dare esempio di qualche espressione in cui *scriptura* abbia il suo caratteristico sapore documentale, ricordo la locuzione *ordo scripturae*, usata da Paolo nel libro 4° ad *Plautium* (D. 46, 3, 6), che indica l'ordine in cui nel documento si succedono le attestazioni di fatti e le dichiarazioni di volontà.

Paolo stesso (D. 22, 4, 2) ci parla di *scriptura calumniosa*, la quale *non optinet in iudicio vim*. E Ulpiano (D. 50, 17, 94) usa la frase *vitiare scripturas*, in materia probabilmente di codicilli, giacchè l'*inscriptio* del passo è *libro secundo fideicommissorum*.

Fin qui abbiamo visto in sostanza come *scriptura* in senso documentale sia usata in casi in cui il classico avrebbe potuto indifferentemente adoperare il termine *instrumentum*. Ma nel Digesto non mancano frammenti in cui è adoperato *scriptura* (sempre nel significato di documento) in espressioni nelle quali noi non troviamo mai usata nelle fonti la parola *instrumentum*.

E in genere *scriptura* ha, se si può dir così, un significato meno oggettivo di *instrumentum*. Voglio dire che, mentre quando si parla di *instrumentum* si considera il documento come un *quid* già nato e vivente una vita propria, autonoma rispetto al rapporto giuridico da cui ha avuto origine, quando invece le fonti adoperano il termine *scriptura* hanno riguardo soprattutto al nascere del documento e quindi alle sue relazioni col rapporto giuridico da cui ha origine. Così, mentre Ulpiano (D. 19, 2, 14) in tema di locazione-conduzione afferma: *scripturam non desiderat contractus*, per escludere risolutamente, forse contro correnti giuridiche orientali, la necessità del documento come essenziale al contratto di locazione, nè egli nè gli altri classici avrebbero mai detto — e infatti

non l' hanno detto — *instrumentum non desiderat contractus*. Ciò appunto perchè in un caso come questo lo scritto non era del tutto svincolato, anzi si trovava come impigliato, nel fatto dello scrivere. In relazione a ciò è raro trovare la *scriptura* considerata oggetto di rapporti giuridici.

In genere nella *scriptura*, più che tener conto del tutto risultante dall'unione della materia su cui si scrive collo scritto, si ha riguardo prevalentemente o esclusivamente a quest'ultimo: e, s'intende, non nella sua consistenza materiale, ma nel suo contenuto logico e volitivo. Antonino, per es., in una costituzione del 215 (C. 6, 42, 2), trattando dell'interpretazione dei fedecommissi, parla sì di *scriptura*, ma non si riferisce certo alla tavoletta o alla carta su cui la disposizione fedecommissaria è fissata o ai caratteri con cui è vergata, bensì alle parole mediante cui il disponente ha espresso la sua volontà, intese nel loro significato.

Così la costituzione C. 4, 19, 7 (Gall., a. 262), sancendo l'insufficienza probatoria di una scrittura a favore dell'autore, ha anch'essa riferimento al contenuto della scrittura e non alla sua materialità in quanto *res*.

La medesima osservazione può esser ripetuta per quella costituzione degl'imperatori Valeriano e Gallieno (C. 7, 16, 6) in cui è negato qualunque valore alla confessione di schiavitù.

In materia di fedecommissi poi il termine di *scriptura* è frequentissimo (es. C. 6, 42, 22: *Diocletianus et Maximian. a. 293*), ed è inutile ripetere che anche qui si ha riguardo alla formazione e al contenuto del documento anzichè alla sua materialità obbiettiva.

Non mi pare opportuno soffermarmi ora a studiare tutti i passi in cui *scriptura* ha il significato di *testamento scritto*. Ne citerò uno a titolo d'esempio. È la Nov. Theod. 16, 1. — *Signatam vel ligatam vel tantum clausam involutamve scripturam proferre — eamque — testibus — simul offerre signandam et subscribendam*.

Da quanto son venuto dicendo, mi pare risulti chiaro che per il mio studio la *scriptura* non ha grande importanza.

T A B U L A

È questo uno dei termini documentali in cui la *ratio appellandi* (mi si perdoni l'espressione scolastica) non è desunta dal rapporto giuridico in ordine al quale o a sussidio del quale il documento ebbe origine, nè dalle sue finalità processuali, ma semplicemente dall'oggetto, dalla materia in cui il documento prende corpo. È, se posso dir così, il più *reale*

dei termini documentali. *Tabulae* sono le tavolette cerate che furono in uso in Roma fino all'introduzione del papiro (1). Sono perciò un *quid incoloro*, come oggi un foglio di carta bianca. Ci potranno venire scritti i compiti di un bambino, ci saranno vergate delle lettere, magari (per prendere le meno giuridiche fra le lettere) delle lettere d'amore, ne verranno fuori numeri e formule di una dimostrazione matematica, come precetti di legge, ruoli di tributi, sentenze di giudici, negozi giuridici di privati.

Tabulae è anche nel linguaggio documentale romano una delle parole più antiche. Nè intendo riferirmi con ciò solamente ai casi in cui le *tabulae* sono la materia in cui s'incidono i precetti legislativi (*lex duodecim tabularum, Tabula Heracleensis*), ma a diversi esempi che le fonti più antiche ci offrono. Ne farò subito cenno; prima però voglio notare la parabola che disegna, nel linguaggio giuridico, il termine in esame. Frequente nelle fonti classiche, va man mano esaurendosi e perdendo campo d'applicazione, finchè nelle fonti giustinianee non resta quasi che a designare entità ormai nate da parecchi secoli (la *lex duodecim tabularum*) o istituti la cui denominazione, come accade sempre, un tempo attuale e viva, si è cristallizzata, mentre magari adagio adagio, sotto il vestito invariato, al vecchio corpo se n'è sostituito un altro (si pensi alla *bonorum possessio contra, secundum tabulas e sine tabulis*). Il perchè di questa evoluzione va ricercato forse in due motivi concorrenti, il primo di carattere psichico, il secondo di ordine pratico. Se a una mentalità relativamente primitiva piace andare in cerca del concreto e chiamare gli oggetti per quel che sono e non per quel che mirano a creare o per l'occasione che ha dato loro vita, a una mentalità giuridica più squisitamente raffinata sembra invece più preciso indicare un oggetto rappresentativo come un documento con un termine che sia più vicino al rappresentato anzichè al rappresentante: ciò è, in fondo, in relazione con la primitiva considerazione prevalentemente *reale* del documento e col tardo avvento del documento dispositivo nel diritto romano, argomenti questi su cui cenni saranno fatti più tardi. C'è poi, dicevo, un motivo pratico in via subordinata: dovendosi indicare il documento col nome della materia di cui è fatto, è naturale che i classici pensino alle *tabulae* e non alla *charta* di cui dapprima non hanno idea e che solo gradatamente sostituisce la Wachstafel, la tavoletta spalmata di cera.

(1) Per la descrizione delle *tabulae* a noi pervenute (tavolette di quietanza di Pompei, tavolette transilvane ecc.) dal punto di vista materiale, cfr. le accurate notizie che ne dà il MITTEIS nel suo *Römisches Privatrecht* al § 16 (*Die Urkunde*).

Un altro fatto che a prima vista colpisce, ma la cui spiegazione mi pare abbastanza semplice, è questo: nei più antichi esempi, che subito riporterò, le *tabulae* sono sempre o quasi sempre documenti pubblici. Se al tempo a cui risalgono tali esempi (fine del II-I sec. a. C.) il sistema giuridico era, nella sua ossatura, formato per quanto concerne il diritto privato col suo tipico formalismo interno, ciò non era davvero per il diritto pubblico, nel quale la necessità pratica del documento — necessità pratica, non elaborazione sistematica — doveva essere, per tanti rapporti, fortemente sentita.

La *lex Acilia repetund.* (a. 631 o 632 a. U. c.) regola fra l'altro la seguente materia: *Iudicum patronorumque nomina uti scripta in tabulis habeantur* (c. 26). Si tratta, come spiega la legge (c. 27), di *tabulae publicae* in cui il pretore ha l'obbligo di scrivere i nomi dei membri del collegio giudicante e dei patroni delle parti nel processo *ex lege repetundarum*. Ciò, s'intende, allo scopo di illuminare colla luce della pubblicità le figure di un genere di processo così interessante la cosa pubblica, e quindi, data la seria coscienza civica romana, ogni cittadino.

Quando invece la stessa legge un po' più sotto (c. 34) parla delle modalità che dovrà seguire l'accusatore nel medesimo processo, *si volet tabulas libros literasve publicas privatasve producere proferreque*, dà a *tabulae* un significato amplissimo, volendo con questa parola indicare il genere *documento vergato su tavolette*, forse in antitesi a *libri, literae, documenti vergati su papiro*.

Ma a documenti prettamente pubblici si riferisce la *lex Agraria* del 643 a. U. c., quando ricorda che, dopo le distribuzioni dell'*ager publicus* fatte per il passato, si è consacrata la distribuzione mediante *relatio* in formas *tabulasve*. E una specie di registri dell'amministrazione provinciale dovevano essere le *tabulae publicae* di cui fa cenno la medesima legge più sotto (c. 70): in esse veniva *descriptum adsignatumve* quanto riguardava rapporti negoziali di cui fosse parte l'amministrazione provinciale d'Africa.

E in genere queste *tabulae publicae* dovevano essere i registri dei vari rami dell'amministrazione pubblica. Ciò risulta anche dalla *Tabula Heraclensis* (l. 40), in cui la *relatio pecuniae factae in tabulas publicas* non è che un'operazione contabile da farsi a cura del *quaestor urbanus*. Così più sotto (l. 156) il censore, o *quis alius magistratus censum populi aget*, ricevuti i libri del censo dai legati dei minori aggregati politici (*municipia coloniae praefecturae*), debbono curare *quae ibi scripta erunt, in*

tabulas publicas referenda...., easque tabulas eodem loco, ubi ceterae tabulae publicae erunt, in quibus census populi perscriptus erit, condendas.

Infine, una fonte letteraria, Cicerone, ci parla in due passi delle *tabulae publicae* come di documenti in cui si incidevano i nomi delle persone alle quali veniva concessa la cittadinanza (eccoci, come si vede, fuori del campo contabile): *pro Balbo*, 8, 19: *Donatum esse (Balbum civitate) — indicant tabulae publicae*. Ancora più chiaramente nelle lettere *ad familiares*, 13, 36, 1: *tabulam, in qua nomina civitate donatorum incisa essent*.

Ma nel periodo classico del diritto *tabulae* divenne parola atta ad indicare soltanto documenti sostanzialmente privati. Fu poi la parola specifica con cui si designò il documento di un negozio giuridico che veramente ai suoi albori aveva avuto forte colore pubblicistico: il testamento. Molti esempi potrei portare: mi contenterò dei più tipici in cui sia da segnalare qualche singolarità. Singolare è, per es., il D. 29, 7, 5 (Papiniano), in cui si ha lo scambio, inverso a quello notato più sotto, fra documento e negozio: *Ante tabulas testamenti codicilli facti non aliter valent, quam si.... confirmentur*. Qui in realtà ciò che importa al giuriconsulto non è il documento, bensì il negozio: non le *tabulae testamenti*, ma il *testamentum*. Questo è molto evidente, nè ci sarebbe bisogno della conferma dei Bas. (36, 1, 6) che traducono semplicemente *διαθήκη*. Del resto questa non è affatto una conferma giacchè i Bas. traducono usualmente *tabulae testamenti* con *διαθήκη*, anche cioè quando l'attenzione è concentrata proprio sul documento. Ciò si spiega col carattere indiscutibilmente costitutivo del documento — e del documento del testamento in particolare — nel diritto greco, ancor più nel diritto bizantino.

I Romani invece, salvo questo scambio e quelli inversi che saranno osservati a suo tempo, di solito fanno distinzione fra *testamentum* e *tabulae testamenti* e usano a seconda dell'occasione l'una espressione o l'altra. Quando Ulpiano (D. 10, 2, 4, 3) parla del deposito delle tavole, usa l'espressione *tabulae testamenti*. Per altri passi che non offrono un particolare interesse terminologico, si veda il quadro terminologico relativo.

In molti casi però *tabulae* non ha questo significato specifico, bensì quello generico di *instrumentum*. Così probabilmente nel D. 47, 2, 83 (82), 3 (*Paulus libro sec. sent.*) in cui il *tabulae cautionesve* del testo è semplificato dai Bas. (60, 12, 82) in *δικαιώματα*. Così nel D. 47, 2, 31, 1 (*Ulp. libro quadr. primo ad Sab.*): *tabulae instrumentorum rei publicae municipii alicuius* (per l'approfondimento dell'essenza di questi *instrumenta* si cfr. quanto ne fu detto sopra nella terminologia relativa a *instrumentum*). Lo stesso

Ulpiano (D. 1, 7, 19) usa anche l'espressione *secundae tabulae*, veramente caratteristica per designare il documento della sostituzione pupillare in antitesi a quello del testamento in cui il *pater* dispone delle proprie sostanze. E nel D. 47, 2, 27 (Ulp. 41 Sab.) le *tabulae vel cautiones* sono un'espressione così comprensiva da non lasciare sfuggire nessun documento privato, benchè la attenzione sia principalmente concentrata su documenti di credito; i Bas. anzi (60, 12, 27) intendono la frase come un'endiadi e traducono semplicemente ἀσφαλειῶν.

Del resto che *tabula* fosse termine atto a designare il documento dell'obbligazione lo prova anche una costituzione di Antonino (C. 8, 40 (41), 6) in cui appare la locuzione *tabulae obligationis*.

Infine una costituzione di Costantino (C. 8, 53, 25, 1 = C. Th. 8, 12, 1, 1) parla di *tabula* in tema di donazioni. È da notare però che in questo caso si ha speciale riguardo alla materia del documento: si dice infatti: *nomen donatoris, ius ac rem notari oportet, neque id occulte, aut privatim, sed aut tabula, aut quodcumque aliud materiae genus tempus dabit* (annotano i glossatori: *ut charta, vel membrana*). Ecco una conferma di quel che dicevo a principio di questa indagine terminologica su *tabula*: che questa parola è forse, fra le parole documentali romane, la più reale. Perciò, credo, è anche la più antica.

T E S S E R A

È interessante trovare nelle fonti in materia documentale termini che poi, pur variatone notevolmente il significato, hanno avuto una singolare fortuna. Così è, per es., della parola *tessera* che è usata da Pomponio (D. 1, 2, 2, 37) nel significato nientemeno di un documento, si potrebbe dire, di diritto internazionale. Il giureconsulto ci parla di un Quinto Mucio che durante le guerre puniche fu mandato ambasciatore a Cartagine, *cum essent duae tesserae positae, una pacis, altera belli*. Mi pare che a queste *tesserae* non possa negarsi carattere documentale, a meno di non dare al frammento un'interpretazione un po' mitica.

Ad un tale tipo di *tessera* occorre aggiungere la *tessera frumentaria* di cui diversi testi parlano: non credo necessario diffondermi assai, perchè l'argomento, data la sua connessione con la storia politica, è stato sufficientemente approfondito, e nel cenno presente non è il caso di dilungarsi ad esporre i risultati degli storici, che vedono nel contenuto delle tessere l'attribuzione al titolare del diritto alla distribuzione gratuita di una certa quantità di frumento da parte dello Stato. Di quei risultati, raggiunti

per merito delle ricerche del KUHN e del NASSE prima e del MARQUARDT poi, il lettore può prendere direttamente più ampia cognizione. In questa sede sono da rammentare, per l'interesse loro connesso, la materia, da cui le tessere sono costituite, consistente in piombo, i caratteri formali, come la rappresentazione nelle tessere pervenuteci del moggio, o di altra misura frumentaria, di spighe di grano, di emblemi di provincie produttive di frumento, delle iniziali di *frumentum* (1). E ora non è trascurabile il rilievo dell'esistenza di due differenti tipi di *tesserae* dei quali l'uno è detto *tessera nummaria* e l'altro *tessera frumentaria*: la prima forma, cui appartengono le tessere a noi giunte e cui si riferiscono fonti letterarie, ha aspetto analogo alle monete e su di essa manca il nome del titolare, mentre tale nome doveva essere essenziale nella tessera frumentaria che è supposta corredata di tutti quei dati i quali non potevano essere contenuti nelle tessere nummarie a causa della loro forma di monete. Quanto al contenuto, si ammette che le tessere nummarie accreditassero ad una sola frumentazione (pag. 273 del vol. cit. del *Dizionario epigrafico*), mentre le tessere frumentarie, come con ragione si ricava dall'intento attribuito ai legati di tessere di cui è parola nei testi giuridici, assicurassero per sempre il godimento delle frumentazioni. Il sorgere delle tessere frumentarie, posteriore a quello delle tessere appartenenti all'altro tipo, è posto in connessione colla riforma di Claudio relativa alle frumentazioni.

CASI IN CUI IL NOME DELL'ATTO O NEGOZIO CONTENUTO DESIGNA I DOCUMENTI RELATIVI

Talora il nome di un negozio giuridico serve nelle nostre fonti a designare anche il documento da cui il negozio è provato o che ne costituisce — come accade nel diritto giustiniano coll'avvento dei documenti dispositivi — un elemento essenziale; tale fenomeno non sfuggì all'esame dei commentatori, i quali, accorgendosi della differenza fra il negozio e il documento, notarono l'identità del termine che talvolta indicava indifferentemente l'una cosa o l'altra. — Esaminiamo qui i termini — offerti dalle fonti — per cui lo scambio si verifica in ordine a documenti considerati oggetti di rapporti giuridici.

(1) Le caratteristiche che enumero nel testo sono rilevate, in base all'ispezione delle raccolte antiche e soprattutto recenti, da CARDINALI, nell'art. *Frumentatio* del *Dizionario Epigrafico* di E. DE RUGGERO, III, pag. 272.

CONSTITUTIO

Uno dei termini in relazione a cui si verifica lo scambio accennato è *constitutio*; in testi come D. 3, 6, 1, § 3 (Ulp. 10 ed.) il contesto (*constitutio quae scripta est*) lo dimostra chiaramente; una *constitutio quae scripta est*, mentre prova che le costituzioni imperiali si solevano redigere in iscritto (1), indica che il documento relativo è designato col nome dell'atto che contiene.

Circa la *forma del documento*, la caratteristica principale si riduce all'*inscriptio*, come nel caso della costituzione riportata dalle Istituzioni (Inst., 2, 17, 3): *inscriptio* consistente nel far precedere al testo della costituzione il nome dell'imperatore o degl'imperatori in nominativo e quello del destinatario o dei destinatarii in dativo in modo non dissimile da quel che avviene nelle lettere.

DECRETUM

La parola *decretum* indica talvolta il documento contenente l'atto chiamato appunto *decretum*. Di questa accezione, fra gli altri esempi, ricordo quello fornito da *Fragm. Vatic.*, 156 (Ulp. I. de exc.), in cui il contenuto del documento è il decreto di costituzione del tutore dativo, dalla notifica del quale decorre il termine per la produzione dei motivi di dispensa. In questo caso l'atto è, a seconda che la *datio tutoris* abbia luogo nella città di Roma o invece nelle province (2), emanato al tempo di Ulpiano dal pretore o dai consoli nella prima ipotesi, e dal preside nell'altra.

Il decreto di cui tratta D. 50, 1, 36 pr. (Mod. 1 resp.), diversamente da quello di cui ci siamo occupati ora (contenente l'atto di nomina del tutore), si riferisce a un atto emanato da magistrati municipali: Modestino parla appunto di *decretum civitatis*.

EDICTUM

Più di una volta il termine *edictum*, invece di designare qualcuno dei vari atti giuridici di carattere pubblico i quali comunemente sono indicati con questa parola, è adoperato pel documento, mediante cui

(1) E si capisce come abbia dovuto esser così.

(2) BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, 1925, p. 217; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 1934, p. 477.

l'atto si manifesta e si comunica, come in D. 48, 17, 4 pr. (Macer. 2 de publ. iud.), dove l'*edictum* è contrapposto alle *litterae* come uno ad altro tipo di documenti. L'editto per eccellenza, che in diritto classico è formato dalle norme emanate dal pretore all'entrata in carica, dà vita ad un documento, cui ben volentieri si dà il nome di *edictum*; ed anzi pel caso dell'*edictum praetoris* accade spesso ciò che succede in tutte le ipotesi in cui, indicandosi il documento col nome dell'atto, resta dubbio talvolta se in un determinato testo l'attenzione sia rivolta al documento piuttosto che all'atto che esso manifesta. Ulpiano, in D. 1, 16, 4, §3 escerpito dall'opera *de officio proconsulis*, chiama *edictum* il documento che il proconsole doveva, prima di essere entrato nel territorio della provincia che gli era stata assegnata, mandare ai provinciali quasi per presentarsi così ad essi (1).

EMPTIO

Emptio indica talvolta il documento della compra-vendita; in più casi come ad es. in D. 32, 102 pr., escerpito, se pure rimaneggiato in qualche punto, dal libro 17 dei *digesti* di Scevola, circa il significato di *emptio*, quando si dice di uno che ha messo le *emptiones* in valigia, non sorge dubbio. Par chiaro che il contenuto della *emptio* in questa accezione, secondo che si redigano due documenti identici o due documenti diversi (2), sarà costituito o da entrambe o dall'una delle due dichiarazioni di volontà. A ogni modo l'*emptio* rimane al compratore e quindi se essa contiene una sola dichiarazione di volontà questa appartiene al venditore che ha redatto il documento nell'ipotesi che questo sia un chirografo.

TESTAMENTUM

In molti casi *testamentum*, anzichè indicare il negozio giuridico, indica il documento, quelle che con termine più appropriato vengono di solito chiamate *tabulae testamenti*.

Recherò alcuni esempi della peculiarità terminologica in questione. Intanto, quando Gaio (2, 119, 147) parla del *testamentum VII signis testium*

(1) Sul contenuto cfr. quel che dice ULPIANO, il quale definisce l'editto come *continens commendationem aliquam sui* (del proconsole che è il soggetto di tutto il periodo) *si, spiega ancora, qua ei familiaritas sit cum provincialibus*.

(2) In questa ultima ipotesi ciascuna delle parti avrà redatto uno dei documenti.

signatum (1), egli intende designare col termine *testamentum* non già la dichiarazione di volontà del testatore, bensì il documento in cui tale dichiarazione è racchiusa, al quale solo possono essere apposte sottoscrizioni e sigilli.

Profondamente diverso da questo è il significato che a *testamentum* dà Ulpiano (D. 28, 1, 21, 1), quando usa la frase *factum testamentum*: l'espressione è certo molto comprensiva, ma abbraccia in sè, più che la confezione del documento, il compimento del negozio giuridico.

Quando poi si prescrive il numero dei testimoni necessari al testamento, non si può senz'altro dire che *testamentum* abbia o no significato documentale, perchè, se un certo numero di testimoni è necessario alla validità del documento, divenuto questo elemento essenziale del negozio, quel numero di testimoni è anche necessario alla validità del negozio stesso.

Ma non v'è dubbio invece che, se Modestino (D. 28, 7, 27, 1) parla di una istituzione di erede fatta nel *testamentum* in opposizione a quella fatta mediante *codicilli*, ha riguardo al *testamentum* come negozio, come dichiarazione di volontà, e non al documento.

Senonchè è egualmente certo che per sottrazione di testamento (C. 9, 22, 4, Alex., a. 227) non s'intende la sottrazione del negozio — che dal punto di vista giuridico è un circolo quadrato — bensì la sottrazione del documento, e altrettanto è a dire del celamento o dell'amozione del testamento (C. 9, 22, 14, Diocl. et. Max., a. 293) o della soppressione di esso (C. 9, 31, 1, Valens, Grat. et Valentin., a. 387). In tutti questi casi *testamentum* indica il documento del testamento, nè mi pare occorran altre parole per dimostrarlo.

TESTATIO

La *privata testatio* è una forma d'introduzione del processo dell'epoca postclassica. Fu in uso dopo il tramonto della procedura formulare. Si tratta di « un invito diretto dall'attore al convenuto senza intervento dell'autorità, che si era venuto diffondendo, specie in Italia, fuori di ogni sanzione legale » (2): siamo quindi in un periodo in cui non esiste

(1) Di questa espressione, sotto l'aspetto del numero dei testimoni, fa cenno anche il BRUNS, *Kl. Schriften*, II, 125.

(2) ARANGIO-RUIZ. *Istituz. di diritto romano*, p. 147.

più la divisione del processo nelle sue classiche fasi, nè la *litis contestatio*; l'invito veniva fatto, certo, mediante un documento; non è perciò improbabile che lo stesso termine di *testatio* abbia indicato anche il documento mediante il quale l'atto si realizzava: si potrebbe discutere sulla natura pubblica o privata di questa particolare specie di documenti. Al contrario di ciò che si verifica frequentemente nel diritto postclassico e giustiniano, in cui, come nel moderno, abbiamo una quantità di esempj di documenti privati nel contenuto e pubblici nella veste, nel nostro caso vi ha piuttosto veste privata con pubblicità di contenuto. Infatti se la forma del documento, data la mancanza dell'intervento dell'autorità, è senz'altro privata, il contenuto è un invito a sottoporsi non già al giudizio di un arbitro, di un giudice privato, ma alla giurisdizione statale, che ormai non si limita più alla classica *iurisdictio*, ma esercita direttamente dal principio alla fine la funzione giudiziaria.

TRANSACTIO

V'è una costituzione di Diocleziano e Massimiano, in cui la frase *transactiones vel alia instrumenta* dimostra chiaramente come le *transactiones* non siano altro che gl' *instrumenta transactionis*: i Bas. infatti specificano τῆς διαλύσεως γάρτην (Bas. 13, 2, 39 = C. 4, 34, 6). Parimenti la glossa spiega: *Transactiones, id est instrumenta transactionum* (1).

POSTILLA

Fu omessa l'illustrazione dei termini *liber* e *nomen*. — I libri di cui parla Gai, II, 77 sono documenti giuridici quando il contenuto ha giuridica rilevanza. D. 1, 2, 2, 7 (Pomp. sing. ench.) menziona poi il *liber* contenente le *actiones*, al quale sembra doversi attribuire la qualifica di documento giuridico. — *Nomen* indica talora il documento di credito: così p. e. in D. 32, 102 pr. (Scaev. 17 dig.). Pel *nomen transcripticium*, che, se anche indica talvolta il documento, non è nelle fonti considerato oggetto di rapporti giuridici privati, cfr. quanto dissi, s. v. *codex*, a proposito del *codex accepti et expensi* (p. 36).

(1) *Ed. cit.*, ad h. l.

APPENDICE

TERMINI CLASSICI (*)

ADNOTATIO

Adnotatio è parola che rarissime volte si trova nelle fonti classiche, e ha il significato di documento pubblico; è invece di applicazione un po' più frequente nell'epoca postclassica.

« Adnotatio significa in fatto di documenti privati un'annotazione diretta ad un determinato uso, che, se accompagnata da *alia adminicula* (per es. sigilli di testimoni), può divenire un mezzo di prova » (1); questo significato è profondamente diverso, come si vede, da quello che il termine aveva nelle fonti classiche (D. 48, 17, 4 pr. 1 [Macer 2 publ. iud.]) in cui sono sconosciute di esso applicazioni privatistiche. Non va taciuto poi che la parola e l'istituto relativo furono largamente applicati in periodi successivi allo stesso diritto bizantino, quando sul tronco romano-justinianeo s'inserirono elementi germanici (specialmente franchi).

APOCHA

Quanto all'*apocha*, già nell'età classica, essa è un documento che si usa redigere (D. 26, 7, 46, 5 [Paul. 9 resp.]) per preconstituire al debitore che ha pagato la prova del pagamento del credito. Nel diritto classico

(*) Raggruppo sotto questa denominazione i termini che si trovano già nel Digesto o in altri *iura* e in costituzioni di epoca classica, prescindendo dal problema se quei termini appartengano a frasi glossate o interpolate.

(1) HEINRICH BRUNNER, *Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, pag. 53.

essa non aveva, come è noto, funzione formale e, secondo la terminologia odierna, costitutiva, mentre, nel diritto postclassico e giustiniano, nei quali si riconosce l'efficacia formale del documento, la sua redazione, da parte del creditore, e il suo rilascio al debitore formano oggetto di una accurata regolamentazione in parecchie costituzioni di cui rammento C. 4, 21, 19 (Iustinianus, a. 529).

Per la mancanza nelle fonti di formule di *apochae* riesce impossibile stabilire se questo tipo di documenti, del cui contenuto siamo informati, avesse il carattere del documento chirografario o del documento testimoniale, o potesse assumere di volta in volta l'una o l'altra forma ed attingere così la forza probante rispettivamente alla scrittura autografa dell'interessato o allo intervento dei testimonii alla redazione del documento.

Il nome di *apocha* è dato anche ai documenti del pagamento di debiti pubblici; rammento che per le *apochae* aventi tale contenuto è stabilita la presunzione di C. 10, 22, 3 (Marcianus, a. 456), dove per la produzione di *apochae* di tre anni consecutivi si dichiara (pure ammettendosi la prova contraria da parte degli esattori competenti) presunto il pagamento delle rate anteriori (1). Anche delle *apochae* di contenuto pubblico ignoriamo la forma, e possono essere fatte varie ipotesi; ma il loro carattere fa escludere che si tratti di documenti testimoniali giacchè quasi certamente la loro forza probante sarà derivata dall'essere redatti dall'esattore. Si cadrebbe nel ridicolo supponendo che ad ogni atto di pagamento di tributi avesse dovuto assistere un certo numero di testimoni.

AUTHENTICUM

La menzione dell'*authenticum* come di documento contrapposto all'*exemplum* è fatta talvolta (nel caso di D. 29, 3, 12 [Ulp. 13 l. I. et P.]) in relazione al testamento, di cui l'*authenticum* costituisce il vero documento, mentre l'*exemplum* pare concepito come un documento del documento. Ma anche in questa ipotesi mi sembra che si possa rilevare come, pure quando le fonti classiche mostrano un sentore della profonda distinzione che separa l'uno dall'altro tipo di documento e ne traggono certe determinate conseguenze (nel testo cit. differenza tra l'apertura del-

(1) Sul tema cfr. SOLAZZI, *Estinz. delle obbligazioni*, p. 114.

l'*authenticum* e l'apertura dell'*exemplum*), esse non colgono la vera differenza consistente nel contenuto. Infatti l'*authenticum* prova direttamente la manifestazione di volontà costituente il negozio, mentre l'*exemplum* può provarla solo indirettamente attraverso la prova della formazione o dell'esistenza del documento originale.

In particolare, per diritto classico, mentre l'*authenticum* provante un contratto può costituire una prova sufficiente nel processo contro il debitore, l'*exemplum*, quella forma di documento che prova semplicemente la formazione dell'originale, da Paul V. 12, 11 = D. 22, 4, 2 (Paul. 5 sent.) è dichiarato insufficiente, almeno nei processi fra fisco e privati, che venivano decisi nella forma dell'*extraordinaria cognitio* e in cui si gettavano i semi di un sistema giuridico delle prove.

CALENDARIUM

Quanto alla portata che va attribuita a questo termine, in base alle argomentazioni che possono (in mancanza di definizioni) trarsi dai testi i quali ne trattano, come D. 22, 3, 27 (Scaev. 33 dig.) o D. 26, 7, 39, 14 (Pap. 5 resp.), pare che esso designi l'insieme dei documenti delle stipulazioni degli interessi, i quali si trovano presso il creditore e come cose fanno parte del suo patrimonio (1). Papiniano sembra intenda il *calendarium* in un senso più ampio dal momento che parla, nel D. 26, 7, 39, 8 (Pap. 5 resp.), di un tutore che *in calendarium* (2) *pupilli convertit* il denaro ricavato da vendite di cose del pupillo soggetto alla sua tutela.

La *cura calendarii Gaditanorum* di cui parla *Fragm. Vat.* 187 (Ulp. l. de off. pr. tut.) dimostra che il *calendarium* può essere, anzichè pertinente ad un privato, pertinente ad una di quelle persone giuridiche che i romani chiamano *municipia*. D'altra parte il carattere del mutuo delle *civitates*, che produce interessi, spiega come il *calendarium* probabilmente

(1) Dionigi GOTOFREDO, *Corpus iuris civ.*, Neapoli, Mirrelli, 1828, ad hh. ll., spiega l'origine della parola colla riflessione che le usure si stipulavano, secondo l'uso comune, *in calendas*, cioè stabilendo come termine il primo giorno di tutti i mesi.

(2) Non potrei interpretare qui il *calendarium* se non nel significato di conto della tutela, intendendo tutt'al più, per quanto m'induca a dirlo con molta incertezza, che la fattispecie implichi una destinazione del denaro ad usi del tutore, sì che la trascrizione produca interessi a favore del pupillo.

fosse termine indicante l'insieme dei documenti di questi mutui, la cui cura costituiva un *munus* come la sede stessa del testo indica (esso è posto sotto la rubrica *de excusatione* accanto all'onere delle tre tutele).

CENSUS

A questo termine, che non ha ordinariamente significato documentale nelle fonti che noi studiamo, si dà, nell'età di Marcello, un senso certamente documentale, probabilmente di documenti contenenti dichiarazioni rese da privati ed accertamenti eseguiti dall'autorità a scopo prevalentemente fiscale (1). Il nome di *census* si dovè in questa accezione (in cui la designazione di un tipo di documento, per l'accoppiamento ai *monumenta*, è sicura) adoprare nel senso di *censuales tabulae*: queste pare contenessero *professiones* di privati e forse accertamenti dell'autorità relativi all'età dei cittadini o alla misura dei tributi o al servizio militare (2).

COMMENTARIUS

Oltre alle applicazioni che questo termine ha al di fuori del campo propriamente documentale, in una speciale espressione designa proprio un particolare documento: D. 4, 6, 32 (Mod. 9 reg.) ci parla del *commentarius principis*, dichiarando che si considerano *abesse reipublicae causa*, fra gli altri, *qui... in commentarium principis delati sunt*. L'HEUMANN (3) spiega: *Verzeichnis, Notizenbuch, Journal*: dal punto di vista giuridico tale *commentarius* potrà o no avere il carattere di documento, a seconda che le attestazioni di fatti e le dichiarazioni di volontà in esso contenute abbiano o non abbiano rilevanza giuridica.

(1) Tale senso fu attribuito da tutti gli antichi, fra cui cito DIONIGI GOTOFREDO (*Corpus iuris civ. cit., adhl.*), ai *census*, di cui D. 22, 3, 10 (Marc. 3 dig.).

(2) La menzione più antica della *forma censualis* si ha in un testo ulpiano e precisamente in D. 50, 15, 4 pr. (Ulp. 3 de cens.) di cui è fatto cenno sotto la voce *forma*; nel frammento che è escerpito dall'opera *de censibus* (il cui 3° libro si occupava di questa materia mentre il 2° era relativo alle *professiones aetatis*), è detto esplicitamente che le disposizioni della *forma censualis* spiegavano quali fossero gli estremi necessari per eseguire (nelle *publicae tabulae* di cui al § 1) il censimento di fondi rustici, che aveva scopi fiscali, almeno in prima linea.

(3) *Handlexicon*, s. h. v.

DENUNTIATIO

L'esempio di *denuntiatio* presentatoci da D. 4, 4, 38 pr. (Paul. 1 decr.) ci permette di ricostruirne il contenuto: giacchè, nel caso della fattispecie narrata da Paolo, nella quale si tratta di una compra-vendita (*Aemilius Larianus ab Obinio fundum Rutilianum lege commissoria emerat*), cui fu apposta la *lex commissoria*, le *denuntiationes* delle quali si parla sono date dal venditore ai tutori dell'erede del compratore (quest'erede è *pupillaris aetatis* e, perciò, sotto tutela). Poichè nel testo si dichiara che il prezzo non era stato pagato nel termine convenuto, quei documenti dovevano contenere la dichiarazione del venditore, che egli intendeva far valere la *lex commissoria* e perciò riteneva sciolta la vendita del fondo di cui trattasi.

È notevole — accanto a questo tipo di *denuntiatio* — che i documenti di cui da Giustiniano è fatta menzione nel C. 4, 30, 14, 4 (Iustinianus, a. 528) paiono avere contenuto processuale; tali *denuntiationes* sono i documenti mediante i quali il debitore cui competeva l'*exceptio non numeratae pecuniae* può proporre la *querela n.n. p.*, facendosi parte diligente per ottenere la dichiarazione di invalidità della stipulazione. C. 4, 30, 14, 4 (Iustinianus, a. 528). «...Licebit ei, cui talis exceptio competit, vel *denuntiationibus scripto missis* querelam non numeratae pecuniae manifestare ei, qui numerasse eam vel alias res dedisse instrumento scriptus est...».

DIPLOMA

È degno di menzione il termine *diploma* o *duploma* indicante il documento contenente l'autorizzazione accordata ad una determinata persona di servirsi del *cursus publicus* per recarsi in un certo luogo. D. 48, 10, 27, 2 (Mod. 8 reg.) contempla il caso, cui applica la legge Cornelia, di un *miles* che *falso duplome commeavit*. Dionigi GOTOFREDO (1) riferisce — per quel che attiene alla forma esteriore di questo tipo di documento — l'affermazione di Svetonio *Augustum in diplomatibus initio sphinge usum, dein Alexandri imagine*.

(1) *Corpus iuris civ. cit., adhl.*

EDITIO

Nel diritto romano si chiama *editio* la produzione nel processo o fuori (noi diremmo giudiziale o stragiudiziale) di uno o più documenti (di qualche *editio* ci occuperemo diffusamente). Il termine è a volte, come nel D. 2, 13, 6 1 (Ulp. 4 ed.), usato per indicare il documento stesso prodotto, per lo meno nella locuzione *editioni subscribere* (1).

EXEMPLUM, EXEMPLAR, EXEMPLARIUM

La nozione dell'*exemplum* di cui parlano le nostre fonti, nei vari testi dove il termine si incontra, è più incerta di quella della copia nel diritto moderno; soprattutto perchè le accezioni del termine nei testi classici sono due, designandosi talvolta come *plura exempla* più documenti in tutto identici, i quali hanno il medesimo contenuto, e distinguendosi altrove (2) il documento del testamento dall'*exemplum* cui è attribuita diversa efficacia.

L'evidente conseguenza della prima accezione è che — come nell'ipotesi prospettata dal D. 31, 47 (Proc. 6 epist.) — nessuno degli *exemplaria* è *exemplarium* rispetto all'altro; dunque è ovvia la conclusione del D. 37, 11, 1, 5 (Ulp. 39 ed.) (secondo cui l'esistenza di uno qualunque degli *exemplaria* giustifica la concessione della *bonorum possessio secundum tabulas* a chi in base all'editto può richiederla).

(1) D. 2, 13, 6, 1 (Ulp. 4 ed.) « Cogentur et < heredes > [successores] argentarii edere rationes. quod si plures sunt heredes < si > [et] unus habeat, solus ad editionem compelletur: sed si omnes habeant [et unus ediderit], omnes ad editionem compellendi sunt [quid enim si humilis et deploratus unus edidit, ut dubitare quis merito de fide editionis possit?] ut [igitur] comparari rationes possint, [etiam ceteri edere debent] aut certe < debent > unius *editioni subscribere*. hoc idem erit et si plures fuerint argentarii, a quibus editio desideratur. [nam et si plures tutores tutelam administraverunt simul, aut omnes edere debent aut unius *editioni subscribere*]. Cfr. *Ind. Int. adhl.*; KRÜGER, *adhl.*; BESELER, *Beitr.* I, 61, IV, 233; SOLAZZI, *Riv. it. sc. giur.*, 1914, 61¹. Noi crediamo (accogliendo la tesi del SOLAZZI) che nel periodo finale si debba vedere un'aggiunta dei compilatori, ma la prima volta l'espressione pare immune da simili rimaneggiamenti.

(2) Cfr. di contro a D. 28, 1, 24 (Flor. 10 inst.) per il primo dei due significati (giacchè, ivi, la pluralità degli *exempla* del testamento ha, specialmente, lo scopo di facilitare, in certe ipotesi, la prova) D. 37, 11, 1, 7 (Ulp. 39 ed.) D. 29, 3, 12, (Ulp. 13 I. I. et P.) Nel primo senso D. 29, 3, 10 (Ulp. 13 I. I. et P.).

Della seconda accezione del termine ci viene fornito un esempio fra l'altro dal C. 1, 23, 3 (Diocl. et Max., a. 292) dove il significato accennato sopra di *exemplum* si colora nella contrapposizione fra gli *authentica atque originalia rescripta* e gli *exempla* di essi. Altro esempio è quello, tramandoci dalla compilazione visigotica e da quella giustiniana, di Paul, V. 12 11, il quale si fonda sull'antitesi tra *exemplum* ed *authenticum* (*non ex indice et exemplo alicuius scripturae, sed ex authentico conveniendus est et ita, si contractus fides possit ostendi*) (1) e si riferisce a documenti di contratti fra il fisco da una parte e un privato dall'altra parte. Il contenuto degli *exempla instrumentorum* è tale che non è loro elemento essenziale la sottoscrizione; sottoscrizione che per esplicita dichiarazione delle fonti non è richiesta neanche quando l'*exemplum* sia *editum* in un processo, secondo ci informa D. 2, 13, 11 (Mod. 3 reg.). Tuttavia, in casi particolari e in relazione a determinati tipi di *exempla*, può essere fissata come elemento del documento la sottoscrizione, la quale si richiede da Giustiniano in ipotesi in cui (come in quella dell'esemplare della quietanza sottoscritto dal debitore: C. 4, 21, 19, 1 [Iustinianus, a. 529]), dovendo avere la forza probante della copia direzione diversa da quella dell'originale, essa riposa sulla provenienza dell'esemplare da colui contro cui deve fare fede, la quale provenienza è confermata dalla sottoscrizione.

Altrove il termine *exemplum* indica l'abbozzo di un documento relativo ad un negozio, e viene rilevato che il negozio non è posto in essere nè il documento relativo si può considerare esistente per effetto della semplice redazione dell'abbozzo. Così appunto decide D. 32, 11, 1 (Ulp. 2 fideic.), circa l'abbozzo di un testamento non seguito dalla confezione del testamento per sopraggiunta morte del testatore.

FORMA

D. 50, 15, 4, pr. (Ulp. 3 de cens.) parla della *forma censualis*; per il confronto, che può farsi, con altri testi rimane dubbia l'esatta interpretazione che oscilla fra quella di *modulo* delle *professiones censuales* e quella di documento del censimento fondiario. L'interpretazione in quest'ul-

(1) Che il passo di Paolo in discussione, nel quale si accenna a differente forza probante dell'*exemplum* e dell'*authenticum* nelle cause contro il fisco, sia relativo a casi di *extraordinaria cognitio*, è affermazione già fatta sopra, nei cenni sulla parola *authenticum*, p. 79.

timo senso, a cui non sembra prestarsi il frammento ulpiano, è suggerita dalla *lex agraria* del 643 di Roma, dove l'accoppiamento (per es. al v. 7) delle *formae* colle *tabulae* fa pensare a due specie affini di documenti pubblici: contenenti *professiones* analoghe, appunto, a quelle dei censimenti ordinari e connesse alle distribuzioni ai privati di appezzamenti dell'*ager publicus* attuate in seguito alle leggi agrarie.

INDEX

Significato proprio a questo termine, in linguaggio documentale, è quello di sommario di un altro documento: questa interpretazione poggia sul senso attribuito a *index* in D. 22, 4, 2 (Paul. 5 sent. = 5, 12, 11): *ex indice et exemplo alicuius scripturae*, contrapposto all'espressione *ex authentico* (1).

INSCRIPTIO

Di Alessandro Severo abbiamo una costituzione che parla delle *inscriptiones* in un senso classificabile come documentale; secondo il rescritto cui si allude, un testo a noi pervenuto in C. 3, 44, 6 (Alex., a. 225), le iscrizioni dei monumenti non trasferiscono nè i *iura sepulchrorum* nè il dominio del *locus purus*. Queste iscrizioni furono spiegate (con poco sforzo, per verità) come *scripturae quae fiunt in lapide monumenti* da BALDO (2). Esse già erano state dai glossatori ricostruite in questa forma: *mihi liberisque meis facio* oppure *mihi heredibusque meis facio*.

INVENTARIUM

È un termine che ha conservato quasi immutato il significato specifico che aveva nel linguaggio documentale romano: di documento contenente l'enumerazione di tutti gli elementi costituenti un patrimonio o affidati, in occasione di un determinato negozio giuridico, a una certa

(1) Che il valore di *index* sia quello spiegato nel testo emerge dalla considerazione che all'*index* è accoppiato l'*exemplum alicuius scripturae* nell'antitesi coll'*authentico*, da cui sembra legittimo, se non vogliamo dire necessario, concludere che l'*index* è una riproduzione sommaria di un certo documento.

(2) Cfr. *Corpus iuris civ.*, ed. cit. del GOTOFREDO, adhlg.

persona. Poco c'è quindi da dire sull'*inventarium* dal punto di vista terminologico; appunto perchè non sorgono dubbi circa la sua portata e la sua estensione. Di inventario si parla specialmente in materia di tutela: il tutore (e nel diritto giustiniano anche il curatore), prendendo in custodia il patrimonio dell'incapace, ha fin dall'epoca classica l'onere di stendere l'*inventarium* degli elementi costituenti il patrimonio affidatogli. Es. C. 5, 37, 24 pr. (Arcadius et Hon., a. 396); D. 26, 7, 7, pr. (Ulp. 35 ed.); D. 42, 5, 15 pr. (Ulp. 62 ed.).

SUBSCRIPTIO

Subscriptio ha ordinariamente nelle fonti il significato della nostra sottoscrizione: un'aggiunta al documento, fatta dall'autore stesso, che ha lo scopo pratico di garantirne l'autenticità. Nel diritto moderno *sottoscrizione* equivale a *firma*; nome e cognome dell'autore. Non sempre però è stato così. Nella costituzione C. 6, 23, 29 pr. (Iustinianus, a. 531) si afferma che il testatore deve *nomen heredis vel heredum* in sua *subscriptione* ponere; qui, com'è chiaro, la sottoscrizione è l'aggiunta riepilogativa degli estremi della dichiarazione contenuta nel documento.

Ma non è questo il significato che almeno in questa sede prevalentemente c'interessa. Ci sono piuttosto dei casi in cui *subscriptio* designa anzichè la semplice aggiunta finale l'intero documento; ciò avviene nel campo del diritto pubblico, dove il termine indica la costituzione imperiale emanata in risposta a petizioni di magistrati, di privati, e redatta in calce al documento di questa petizione.

Così Gaio (1, 94) parla della *subscriptio divi sanctissimi Hadriani*. Similmente nelle Inst. 2, 12, pr. si ripete la frase *subscriptio divi Hadriani* equivalente alla *costituzione dell'imperatore Adriano*. La frase è di uso frequente: Tito dice (C. 7, 43, 1 [Titus]) *propter subscriptionem patris mei*: ad ogni modo non va taciuto che in queste speciali espressioni si ha sempre riguardo al contenuto del documento, alla *vis ac potestas legis*, anzichè alla sua *realità*.

TABELLA

Tabella è un termine molto raro nelle fonti; denota documenti sempre di contenuto amministrativo o processuale. Cicerone (*pro Quinctio*, 21, 67) l'usa a proposito di una costituzione di difensore in giudizio: nella

tabella quest'atto veniva fissato e corroborato da sottoscrizione di testimoni.

Nella *Lex Malacitana* (C. 61) si parla di un *jurari per tabellam*: si tratta di un documento in cui veniva fissato il giuramento delle parti di un giudizio che sarebbero state alla sentenza (come si vede, una specie di *litis contestatio* provinciale).

Un ultimo esempio di questo termine *tabella* ci offre C. 10, 34, 3, 1 (Zenone). Siamo in tema di alienazione di fondi di proprietà dei decurioni, alienazioni nulle in mancanza dell'approvazione della curia, da darsi mediante *decretum*. La costituzione che c'interessa spiega che l'approvazione dev'essere data dalla maggioranza dei decurioni (*maioris partis curiae relatione currente*), e non *ex tabella decretum recitari*: la glossa annota: *i. per delegatum*. Ma sarà stata la *tabella* il documento della delegazione data dalla curia ad uno dei suoi membri di concedere l'autorizzazione, oppure il documento dell'autorizzazione stessa, già data per iscritto al delegato? In considerazione dell'analogia coi casi dianzi citati, propenderei per la prima ipotesi, per quanto non mi nasconda che la parola *recitari* equivalente al nostro *leggere* faccia pensare con non grandissima improbabilità all'ammissibilità della seconda.

Ἐπιστολή

In questo termine in generale è tradotta nei Basilici *epistola*, ed esso è usato anche da Modestino per designare il documento dei pareri diretti dall'imperatore ai magistrati (1).

TERMINI POSTCLASSICI E BIZANTINI

ΑΝΤΑΠΟΧΗ

Solamente nell'epoca giustiniana (in C. 4, 21, 19 [Iustinianus, a. 529] che è di notevole interesse anche per la prova del pagamento, come viene regolata nel diritto giustiniano sostanziale e processuale),

(1) D. 26, 6, 2, 2 (Mod. 1 exc.), dove, circa la forma, noto che, prima di quello che potremmo chiamare dispositivo, troviamo l'*inscriptio*; *Divus Severus Cuspio Rufino*.

in corrispondenza dello sviluppo impresso ai documenti dagli influssi orientali (1) troviamo questo tipo di documento. Nella costituzione richiamata (su cui si fermò l'attenzione di antichi interpreti quali MOLINAEUS e CUIACIO (2) l'*antapocha* appare (tale apparve anche agli autori ricordati) come il documento redatto in occasione della *solutio* o pagamento degli interessi, il quale prova l'esistenza del debito rispetto a cui l'obbligazione degli interessi figura accessoria.

APOSTOLI

Mentre il processo privato dell'epoca repubblicana si svolge in unica istanza, e contro la sentenza non esistono gravami ordinari (3), nell'età imperiale si passa gradatamente dalla attribuzione all'imperatore del diritto di riformare le decisioni su ricorso del soccombente all'assunzione stabile di tale funzione da parte di magistrati delegati dal principe. L'evoluzione non si fermò, come in fondo è naturale, a questo punto, ma giunse, nel quinto secolo, dopo uno sviluppo parallelo a quello dell'*extraordinaria cognitio*, ad un ordinamento di giudizi di appello non meno minuto di quello dei processi di prima istanza. Di questo svolgimento storico, i cui particolari ci sfuggono, conosciamo con precisione alcuni prodotti: una costituzione, C. 7, 62, 31 (Theod., a. 423), che parla degli *apostoli* e dispone per l'ipotesi che il giudice la cui sentenza viene appellata *apostolorum copiam denegaverit* (4), indica col termine *apostoli* il documento della relazione della causa che il giudice di prima istanza trasmette a quello di appello insieme con gli atti della causa.

(1) Non è il caso di dubitare (non foss'altro per l'etimologia greca della parola *antapocha* la quale ce ne indica l'origine) della provenienza orientale della funzione specifica di questo documento.

(2) Cfr. *Corpus iuris civ.*, ed. cit. del GOTOFREDO, adhlg.

(3) Tale appunto è la opinione universalmente accolta (ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, p. 154¹), che in gravami come la *restitutio in integrum*, la quale, se pure è applicabile a sentenza avvenuta, non la riforma, ma la cassa, vede mezzi d'impugnativa straordinari della sentenza.

(4) C. 7, 62, 31 (Theod., a. 423): « Si appellationem oblatam, in qua vel tuae amplitudinis, vel urbicariae praefecturae sacrum auditorium postulatur, iudex non susceperit, vel suscepta appellatione apostolorum copiam denegaverit.... ».

BREVE

Non sappiamo nulla affatto, circa questo termine, della sua applicazione e del suo significato in fatto di documenti privati, o che, appartenendo la sua accezione più frequente al campo dei documenti pubblici, non si sia mai esteso nel linguaggio romano, fino a Giustiniano almeno, ai documenti privati, o che tale estensione (1) si sia operata nell'epoca giustiniana. Lo apparente riferimento al diritto privato dell'espressione, che si trova in una costituzione tramandataci dai due codici teodosiano e giustiniano (C. 10, 19, 1 = Cod. Theod. h. t. 1 [Constantinus, a. 315]), *breves debitorum* non può trarre in inganno. Non può fraintendersi il significato di questi *breves* se si scorra il contesto (da cui si intende il contenuto di tali documenti), perchè esso spiega che si tratta degli elenchi dei nomi dei contribuenti, i quali venivano redatti dal *tabularius civitatis* (2).

CONTESTATIO

Arcadio e Onorio (C. Th. 6, 29, 8 = C. 12, 22, 4 [Arc. et Hon., a. 395]) parlano delle *contestationes* accanto ai *libelli* e alle *testationes*, per vietare agli *agentes in rebus* di *suscipere, litis gratia*, tali documenti cui dunque pare comune il carattere processuale del contenuto.

DOCUMENTUM

Questo termine, che ha avuto in seguito tanta fortuna, pare fosse sconosciuto ai classici: il *Vocabularium iurisprudentiae Romanae* non lo segna addirittura. Esso ha invece qualche applicazione nelle fonti post-classiche. Così in una costituzione, C. 4, 19, 25 (Grat. Valentin. et Theod., a. 382), *documentum* ha su per giù il significato largo che gli attribuiamo noi oggi.

(1) Per l'applicazione ai documenti pubblici, cfr. ad es. C. 12, 37, 9 (Arc. et Hon., a. 398).

(2) Cfr. BRUNNER, *Urk.*, p. 53.

GESTA

Questo termine si trova nel senso di *documenti degli atti* di certi magistrati e specialmente (in un discreto numero di costituzioni che la compilazione teodosiana e quella giustiniana ci conservano di imperatori dell'epoca postclassica) (1) di quei magistrati davanti a cui si compivano atti che oggi si direbbero di giurisdizione volontaria. Ma esistono testi in cui *gesta* sono detti i pubblici registri nei quali nel diritto postclassico sono trascritti i documenti delle donazioni; può rammentarsi C. 8, 53, 27 2 = Th. 8, 12, 8 (Constantin., a. 333) relativa all'*insinuatio* delle donazioni fra persone legate da stretta parentela. In alcuni testi e per essere più precisi in costituzioni dell'imperatore Giustiniano, l'espressione *gesta* si trova indicare gli atti della causa in un processo contenzioso, deciso naturalmente nelle forme dell'*extraordinaria cognitio*. Fra tali testi può citarsi C. 3, 1, 13, 2 (Iustinianus., a. 530).

NOTIO

Nel Digesto *notio* non ha mai significato documentale: risulta al contrario dal *Vocabularium jurisprudentiae Romanae* che la accezione più usuale di questo termine in una quantità di espressioni corrisponde per i classici al senso della *competenza*.

Il significato documentale della parola appare invece in una costituzione, C. 4, 19, 25 (Grat., Valentin. et Theod., a. 382), in cui la frase *publica notio* ha chiaramente il valore di *documento pubblico*. Il processo attraverso cui il termine ha acquistato quel significato è analogo a quello attraverso cui parole come *adnotatio*, *notitia* sono passate dal linguaggio extra-documentale al linguaggio documentale.

(1) Cfr. C. 8, 48, 5 (Anast., a. 502) che, nei casi di assenza dell'emancipando, ammise l'emancipazione *per rescriptum principis*, dove i *gesta* sono i documenti in cui si annota la dichiarazione dell'emancipando di volere uscire dalla *potestas aliena*.

SECURITAS

La relazione che corre fra questo termine e il suo significato (nel campo documentale beninteso) è veramente singolare.

Dalla sicurezza si è passati al mezzo di sicurezza, di garanzia.

E fin qui niente di strano. Seguendo la pura logica, si dovrebbe, una volta su questa via, concludere che *securitas* equivale genericamente a documento, giacchè la funzione del documento — da un punto di vista forse più sociale che giuridico — è appunto una funzione (chiamiamola così) di garanzia: *assicura la prova* di qualche cosa. Invece no: la logica, in queste ricostruzioni, può tutt'al più, anzi deve, essere la guida, non la strada. La strada sono i fatti, e i fatti per lo studioso del diritto romano sono le fonti.

Ora, nelle fonti *securitas* non ha affatto il significato generico cui accennavo; ne ha anzi uno squisitamente specifico; è il documento che assicura, contro la domanda di adempimento di un'obbligazione, la prova che l'adempimento è già avvenuto. Diciamolo in una parola: è la quietanza.

C'è una certa analogia quanto all'origine del significato documentale del termine fra *securitas* e *cautio*; come *cautio* è anzitutto la promessa e poi il documento in cui la promessa è formulata, così *securitas* è, in una prima tappa logica, la dichiarazione che è stato soddisfatto a favore del dichiarante un obbligo giuridico (prevalentemente un'obbligazione di *dare*), e in una successiva tappa il documento della dichiarazione stessa. Giustiniano (C. 4, 20, 18 [Iustinianus, a. 528]) sente il bisogno di spiegare abbondantemente: *securitas in scriptis*.

Una delle applicazioni più frequenti delle *securitates* si ha, nel diritto postclassico, nel campo tributario; le fonti relative ci parlano spesso (es. C. 10. 22. 3 [Marcianus, a. 456]), oltre che delle *apochae*, delle *securitates* riguardanti il pagamento dei debiti pubblici (i due termini, come si vede, per quanto di origine e di etimologia diversa, hanno egual valore). In una costituzione, C. Th. 11, 1, 19 (Grat., a. 384), si trova proprio la frase *securitates tributorum* laddove si disciplina appunto il rilascio delle quietanze dei pagamenti dei tributi.

Anche nel campo privato il termine *securitas* ha campo di applicazione, benchè più ristretto del sinonimo *apocha*: questa materia è anzi assai largamente disciplinata e trasformata nel diritto post-classico e giustiniano, in cui, come accennai studiando la parola *apocha*, la quietanza formata in conformità di determinate norme (es. colla partecipa-

zione dei testimoni e colla loro sottoscrizione, C. 4, 21, 17 [Iustinianus, a. 528]) si avvia a divenire la prova esclusiva e per converso il documento dispositivo del pagamento. L'essenza di queste quietanze che fanno piena prova salva l'*exceptio non numeratae pecuniae* (la quale ha un termine molto breve di decadenza) è riassunta da Giustiniano in C. 4, 30, 14, 2 (Iustinianus, a. 528): *securitates, quae super privatis debitis a creditore conscribuntur*. Appartengono dunque a quella categoria di documenti i quali attingono la loro forza probante dal fatto che ne è autore colui al cui interesse è contrario il loro contenuto.

TITULUS

Il significato più frequente di questo termine è al di fuori del campo documentale. Il *titulus* è ciò che i romani più volentieri chiamano *iusta causa*

È notevole come da C. 2, 15, 1 = C. Th. 2, 14, 1 (Arc. et Hon., a. 408) emerga invece un significato tutto nuovo di *titulus*, un significato documentale. Il testo dice: *libelli aut tituli*. Si tratta evidentemente di documenti e da tutto il contesto s'intende trattarsi di documenti di credito. Tanto più interessante riesce questa curiosità terminologica quando si pensi alla latitudine che nel diritto moderno, attraverso il diritto intermedio, ha acquistato nel campo documentale, e appunto specialmente in tema di documenti di credito, il termine *titolo*. Oggi anzi il *titolo* è in genere qualunque documento e in specie il documento che ha il massimo del valore costitutivo: è necessario il possesso di esso per esercitare il diritto che in esso si incorpora.

TERMINI BIZANTINI

Βρέβιον

Così nel C. 4, 21, 22, 5 (Iustinianus), che detta una quantità di norme per la produzione di documenti, sono indicati i documenti ἀργυροπρατικά cioè probabilmente i conti dei banchieri (1). Nella costi-

(1) Questo è il senso in cui nell'interpretazione latina del testo dovuta al vecchio LEUNCLAVIO (cfr. *Corpus iuris civ.*, ed. cit. del GOTOFREDO, adhlg.) e ripetuta nelle antiche edizioni, sono intesi gli ἀργυροπρατικά βρέβια che vengono tradotti *argentarium brevia* con una locuzione la quale peraltro nelle fonti latine non ha riscontro.

tuzione (in cui di questi βρέβια non è fatto che un fuggevole cenno) non sono offerti (riesce impossibile ricostruirli mediante ipotesi) elementi che ci diano un'idea più precisa di tali documenti sia dal punto di vista del contenuto che da quello della forma.

Γραμματεῖον

È il termine bizantino che in alcuni casi e vedremo fino a qual punto corrisponde al termine latino *cautio*, il quale con esso infatti è quasi sempre tradotto dai Basilici (v. Elenco dei testi, s. v. *Cautio*). Inversamente è per lo più *cautio* la parola che rende γραμματεῖον nella versione latina delle costituzioni greche del Codice, che correda l'edizione tedesca del KRÜGER.

Data la brevità che intendo conservare in questi cenni di terminologia bizantina, mi limito a poche considerazioni generali. *Cautio* è, l'abbiamo visto, il documento della stipulazione. E abbiamo anche accennato alla graduale importanza assunta da tale documento e all'incentrarsi in esso di tutta la sostanza del negozio. Ora nelle nostre fonti bizantine — che sono poi in fondo alcune costituzioni del tardo diritto postclassico e del diritto giustiniano — γραμματεῖον ha un significato più ampio e quindi molto più scolorito in confronto a *cautio*. E ciò si capisce, quando si abbia un'idea, chiara anche se schematica, dell'evoluzione della stipulazione. Quando attraverso il succedersi di fasi svoltesi per graduali sviluppi l'una dall'altra (1) l'essenza della stipulazione si è ridotta prima alla redazione di un documento la cui dichiarazione equivale allo scambio di parole effettivamente avvenuto (con Leone), poi con Giustiniano addirittura all'*animus stipulandi* — salva fino ad un certo punto la presenza delle parti — si vede chiaramente che l'ambito della stipulazione si è talmente allargato da comprendere la conclusione di qualunque rapporto obbligatorio. Il documento, che ne è ormai l'anima, ha perduto in fondo ogni caratteristica formale. Il nome, sostanzialmente, come accade spesso

(1) Lascio di proposito, in sede di ricerca terminologica, impregiudicata la questione se lo svolgimento storico della *stipulatio* sia dovuto prevalentemente a evoluzione dall'interno o a influenze orientali. Dico *prevalentemente* perchè porre il dilemma in termini rigidamente esclusivi è, secondo me, rinunciare a priori a farsi un'idea esatta del problema.

nell'evoluzione degli istituti giuridici, sopravvive all'istituto. Proprio a questi periodi di sviluppo della stipulazione e del corrispondente documento si riferiscono le costituzioni cui accennavo: la grande ampiezza e il pallido colore di γραμματεῖον in tali fonti non è un carattere particolare di questa parola in confronto a *cautio*, se si guarda il fenomeno con attenzione. Anche *cautio* a questa tappa della parallela evoluzione sua e della *stipulatio* presenta lo stesso fenomeno.

Γραφή

Talora γραφή è usato dai tardi storici greci in senso di documento giuridico, in particolare di documento delle leggi (1).

Διάστρομα

È una parola documentale connessa col sistema archivio greco-egizio ed infatti se ne trova menzione nella così detta petizione di Dionisia, dove, alle ll. 40, 41, i διαστρόματτα, nell'interpretazione data dal DE RUCCIERO (2) al papiro, sono i fogli catastali, specie di fogli personali, intestati a ciascun titolare e forse ordinati per città, i quali venivano rinnovati ogni cinque anni in guisa che avvenuto un errore esso poteva rettificarsi con facilità.

Δικαίωμα

In alcune costituzioni, per es. in C. 4, 21, 22, 8 (*Iustinianus*), si trova il termine δικαίωμα: da questi casi come dalla versione dei Basilici risulta che esso, per il suo carattere di grande generalità, corrisponde all'*instrumentum* delle fonti latine.

(1) Dion. 2, 63, 74 dove il RICCOBONO (*Fontes*, Florentiae, 1909, 12) traduce il termine nel latino scriptum.

(2) *Le prime illustrazioni della c. d. Petizione di Dionysia* (*Bull. Ist. dir. rom.* XIII, p. 61 ss.); *Libri fondiari e ordinamento catastale nell'Egitto greco-romano* (*Bull. Ist. dir. rom.* XXI, p. 255 ss.).

Ποκτή

Questo termine nella traduzione latina delle costituzioni greche di cui è corredata l'edizione tedesca del *Codex* (v. sopra) nel C. 4, 21, 16 pr. è reso con *tabella*. Ma qualora si tenga presente il significato che di *tabella* mi è stato possibile ricavare dai pochi passi delle fonti in cui la parola appare, e d'altra parte ci si renda conto del senso di *ποκτή* nel passo in esame, la versione latina non sembra del tutto esatta. Mentre *tabella*, come vedemmo, ha le sue rare applicazioni nel campo giurisdizionale e amministrativo, *ποκτή* ha invece nella nostra costituzione un significato tipicamente privatistico. E tale significato conserva in genere anche negli altri passi del *Codex* di cui per desiderio di brevità ometto un esame più approfondito.

Se nel linguaggio documentale romano c'è una parola che faccia bene da *pendant* a *ποκτή* è probabilmente *codex*, e di ciò si ha conferma nel fatto che nei Basilici tale parola è resa con *ποκτή*. Un'approssimazione maggiore all'esatto equivalente è impossibile. Certo *ποκτή* è termine più comprensivo di *codex* che in fondo nel linguaggio giuridico privatistico, tipicamente, designa il libro degli impegni attivi e passivi (il noto *codex accepti et expensi*). Per questa sua generalità anzi *ποκτή* si accosta più alle *tabulae* romane.

Ad ogni modo è da notare come *ποκτή* sia uno dei pochi termini che il linguaggio documentale ellenistico ci offre in cui il nome del documento non è insieme il nome del negozio o dell'atto a cui esso si riferisce.

Χάρτης

Questa parola nel linguaggio documentale greco-bizantino è veramente importante. Molto più importante della corrispondente *charta* romana; e le ragioni ne sono facilmente comprensibili. Anzitutto nel linguaggio giuridico bizantino si può dire che manchi un termine equivalente a *tabulae* e tocca spesso a *χάρτης* rimediare alla meglio alla deficienza. Non basta. Molte volte, dove il latino usa parole varie, come *instrumentum*, *chirographum* ecc., i Basilici, forse per amore di concretezza, forse per adoperare una parola tipicamente greca, se la cavano con *χάρτης*.

Le osservazioni che ho fatte fin qui non sono naturalmente dovute a immaginazione; si appoggiano invece sul paziente confronto dei testi romani colle traduzioni dei Basilici, che sono per questo scopo terminologico il sussidio più valido. Appunto, per documentare le mie affermazioni ho raccolto negli elenchi dei testi anche l'equivalente sostituito dai Basilici. Addurrò qualche esempio a conferma di quanto dicevo, rimandando per il resto agli elenchi dei testi che precedono.

Nella traduzione del C. 4, 21, 1 pr. (Ant., a. 213) i bizantini rendono con *χάρτης* la parola latina *instrumentum* (Bas. 22, 1, 79). Altrove (Bas. 13, 2, 39 = C. 4, 34, 6 [Diocl. et Max. a. 293]) la frase *transactiones vel alia instrumenta* viene abbreviata e mutata nella seguente: *τῆς διαλύσεως χάρτης*.

Χεῖρ

Questo termine è reso con *scriptura* nella traduzione latina del KRÜGER; e almeno nella locuzione *χεῖρ ἰδία προφερομένη* pare si possa attribuirle un significato documentale, il significato appunto di *scriptura*. Veramente *χεῖρ* in altre locuzioni giuridiche indica l'atto di scrivere di proprio pugno e il carattere (nel senso grafico s'intende) di una determinata persona; ma in questa frase l'atto di scrivere e il carattere hanno preso corpo in un documento, cui è conservata la stessa denominazione.

CASI IN CUI IL DOCUMENTO È INDICATO COL NOME DEL NEGOZIO O ATTO CONTENUTO

A) TERMINI CLASSICI

ACTIO

Del documento della *litis contestatio* (*actio, formula, iudicium*) si è in dottrina discusso e in più occasioni (ma che esso esistesse e fosse usuale basta a provarlo l'*actio dictata* di D. 15, 1, 50, 2 [Pap. 9 quaest.]). La questione in proposito fondamentale è se a questo documento vada attribuito carattere costitutivo.

IUDICIUM

Quanto al *iudicium* in senso documentale, non deve essere affatto taciuta la difficoltà, a cui ci troviamo di fronte in qualche testo, in guisa che si resta nel dubbio se veramente in quei casi *iudicium* designi il documento o la *litis contestatio*. D. 26, 8, 15 (Marcianus 2 reg.) Accipientis et edentis iudicium idem tutor auctor utriusque fit. sed hoc utrum ita est, si his auctor factus est, an et una auctoritas sufficiat eo animo, ut ad utrumque pertineat? dubitat quidem Pomponius, sed fortiter defenditur sufficere unam auctoritatem. Pare esatto ammettere che il termine indicasse anche il documento in cui si voleva fissare la formula su cui si erano accordata l'una e l'altra parte. In verità, ogni volta che il *iudicium* appaia in espressioni come *iudicium accipere*, *iudicium dictare*, tali da indurre all'interpretazione del termine *iudicium* nel senso di documento della *litis contestatio* contenente la formula scelta, da qualcuno esso fu ritenuto un'interpolazione triboniana, la quale sostituirebbe sempre il termine *formula* (1). Va però rammentato che il WLASSAK (2) ritiene classicissimo *iudicium = formula*, e che nella famosa definizione dell'azione *persequi iudicio* equivale a *persequere per mezzo della formula*.

D. 21, 1, 30 pr. (Paul. 1 ed. aed. cur.) Item si servi redhibendi nomine emptor iudicium accepit vel ipse eius nomine dictavit, cavendum ex utraque parte erit, ut, si quid sine dolo malo condemnatus sit vel si quid ex eo quod egerit ad eum pervenerit dolove malo eius factum sit quo minus perveniret, id reddat.

D. 15, 1, 50, 2 (Pap. 9 quaest.) Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fideiussor pro servo accipi potest et ideo, qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest quam si iudicium dictatum non fuisset, eadem ratione fideiussor quoque utiliter acceptus videbitur, quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est. Questo frammento anche in altra sede da me richiamato, che dà a *iudicium* significato do-

(1) Cfr. *Index Interp.*, adhlg.

(2) *Röm. Prozessgesetze*, passim.

cumentale (sembra ciò evidente nella espressione *iudicium dictare*), fu ritenuto interpolato dal BESELER (1). Ma per la classicità di *iudicium = formula* basti avere ricordato l'opinione del WLASSAK.

TESTIMONIUM

D. 22, 4, 1 (Paul. 2 sent.) Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: et ideo tam testimonia quam personae instrumentorum loco habentur. In questo fr. che quasi certamente non è genuino (v. quanto ne ho detto sopra a proposito della terminologia relativa a *instrumentum*), la parola *testimonium* potrebbe designare semplicemente la testimonianza in quanto mezzo di prova, senza riguardo alla questione se sia o no incorporata e fissata in un documento. Tale questione pone invece, e ad essa dà una soluzione, lo scolio dei Bas. che parla di ἐγγράφους τῶν μαρτύρων φωνάς.

Un documento di questo genere è di difficile configurazione nel processo romano classico; nel processo giustiniano e orientale ritengo molto probabile che sarà stato compreso nella più ampia categoria degli *acta* o *gesta*, o rispettivamente ὑπομνήματα, che sono i documenti mediante cui si esplica il potere amministrativo e il nuovo tipo di *iurisdictio*.

B) TERMINI POSTCLASSICI E BIZANTINI

APPELLATIO

Anche nell'*appellatio oblata*, che è senza dubbio allusiva al documento, e della quale abbiamo menzione in C. 7, 62, 31 (Theod. et Hon., a. 423), si riscontra l'uso di denominare il documento (nella specie il documento in cui la parte soccombente dichiara al giudice di prima istanza l'intenzione di appellare) col termine che indica di solito l'atto il quale forma il contenuto del documento stesso. Quest'uso è naturalmente correlativo alla diffusione crescente del documento. Il non esserci stato tramandato nessun esempio di documento di *appellatio* ne rende impossibile una ricostruzione.

(1) *Beitr.*, 4, p. 192, 288; *SZ*, 45, 1925, p. 465.

BENEFICIUM

In sostanza il fenomeno per cui il nome di un atto giuridico è dato al documento corrispondente si verifica anche (in una costituzione di Costantino) pel *beneficium personale*, inteso non già, come intendevano i classici, nel senso di norma giuridica che stabilisce disposizioni di favore per mitigare opportunamente in alcune circostanze l'applicazione rigorosa di principi generali, ma nel senso di atto emanato dall'autorità in relazione ad una persona e ad un caso singoli. Sappiamo che elemento essenziale del documento di tale atto è secondo quella costituzione stessa (C. 1, 23, 4 [Const., a. 322], riportata anche dal Teodosiano) la data, o — come dicono i Romani — il *dies et consul* che bastano ad indicare il giorno e l'anno (il mese è compreso nell'espressione *dies*; cfr. p. es. la data 5 Kal. August. Probianus et Iulianus cons. in cui *dies* è tutta la notazione 5 Kal. August.).

CONTRACTUS

Anche *contractus* ha in C. 4, 30, 14 (Iustinianus, a. 528) un significato analogo a quello esaminato finora: *In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res datae vel numeratae esse conscribuntur*. In questo caso il senso documentale di *contractus* non ha bisogno di delucidazioni. È di evidenza innegabile. I Bas. traducono senza difficoltà *συναλλάγματα*, giacchè lo scambio fra *συναλλάγμα* e *συμβόλαιον* è nel linguaggio giuridico bizantino ben più frequente dell'analogo fenomeno romano, certo in rapporto al carattere dispositivo stesso proprio del documento bizantino.

DONATIO

I documenti della donazione sono chiamati talvolta *donationes*, come in C. 9, 22, 23 = Cod. Theod. 9, 14, 4 (Valens, Grat. et Valentinianus, a. 376): in questa costituzione si dispone oltre che per la falsità di altri documenti (e così, per citarne qui alcuni, di *tabulae testamenti*, di *chirographa*, di *testationes*) anche per quella delle *donationes*, il cui contenuto sarà stato diverso a seconda del negozio di cui la donazione è causa e, almeno nel diritto classico nel quale la donazione è causa generale di

acquisto e non negozio giuridico tipico e per sè stante, sarà consistito nell'attestazione dell'avvenuta tradizione o *mancipatio* della cosa nel caso di donazione reale, o nelle dichiarazioni di volontà costituenti il contratto nel caso di promessa di donare e via discorrendo.

A questo proposito, non è fuori posto ricordare come una costituzione costantiniana che noi possediamo e attraverso la raccolta di Teodosio e attraverso quella Giustiniana, C. 8, 53, 25 (Const., a. 323), indica come contenuto del documento di donazione il *nomen donatoris* e il *ius ac rem* i quali designano in forma imperfetta gli estremi del negozio che ha per causa la donazione.

Ai documenti della donazione, fino al documento per la donazione della *Stasia Irene* del 252 rammentato dal BRUNNER (1), fu propria la redazione da parte del destinatario, cioè del donatario, a cui giova il contenuto. La redazione da parte del donante ossia in forma chirografaria è ritenuta dallo stesso BRUNNER come invalsa più tardi.

C) TERMINI BIZANTINI

Διαθήκη

Come una locuzione equivalente a *tabulae testamenti* per designare il documento del testamento manca nel linguaggio giuridico bizantino; il termine *διαθήκη* indica il documento oltrechè il negozio. Ciò risulta non solo dalla versione dei Basilici, ma, se pure non si voglia uscire dall'ambito della compilazione giustiniana, anche da costituzioni di Giustiniano come ad es. dalla novella 117 nel cui cap. II^o la *διαθήκη* è messa accanto al *συμβόλαιον* e agli *ὑπομνήματα*.

(1) *Urk.*, p. 49 s.

Introduzione

§ 1. Oggetto del lavoro. — § 2. Cenni storici. — § 3 Premesse dogmatiche: valore probatorio e costitutivo e elemento reale e ideale del documento.

§ 1.

Questo studio non contiene la storia dei vari tipi o una teoria del documento nel diritto romano, nè considera il documento sotto gli svariati e molteplici aspetti in cui esso ci si presenta nella vita giuridica. Di tali aspetti se ne troverà qui esaminato uno solo: non mi occuperò ad es. del documento nella dottrina del negozio giuridico nè del documento come fonte di prova (istituto di diritto processuale). Studierò invece il documento in quanto *res*, indagando in particolare come agiscano gli elementi sui rapporti giuridici di cui esso è oggetto.

Un'indagine in questo senso manca nella letteratura romanistica moderna, in cui al documento non sono stati dedicati studii speciali e organicamente concepiti. Un paragrafo autonomo è dedicato al documento, in sede di parte generale e con carattere prevalentemente informativo e descrittivo, solamente dal MITTEIS (*Röm. Privatrecht*, I, 290 sgg.) e dal VOIGT (*Röm. R. Geschichte*, II, 378-386). Il carattere descrittivo si conserva, per quanto la trattazione sia più ampia e rinvigorita dagli intenti particolari dell'indagine, nella parte concernente il documento romano della monografia del BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte der röm. und germ. Urkunde* (44-66), la quale aggiunge alla descrizione dei varii tipi di documenti la discussione di questioni relative soprattutto al valore costitutivo o meramente probatorio, ma non si occupa dei problemi che sor-

gono considerando il documento come cosa. — Appena uno spunto per il tema della nostra ricerca si trova in una nota del GOLDSCHMIDT (*Handbuch des Handetsrechts*. I. 3. Aufl. 385¹⁵), che rileva come anche i documenti meramente probatori abbiano un valore rilevante per diritto privato, nel senso che possono essere oggetti di rapporti giuridici privati.

Una visione panoramica di questi problemi, come dicevo, manca; s'intende però che questo o quel problema singolarmente considerato è già stato preso in esame. Il compito quindi di chi si accinge ad un lavoro del genere è reso più difficile dalla frammentarietà della letteratura.

§ 2.

Non si trova nei sistemi dei più antichi giureconsulti romani una trattazione del documento in generale o di singoli documenti in particolare. Ma è singolare il fatto che anche nell'ulteriore sviluppo della giurisprudenza classica e nella sottile e acuta analisi degli istituti compiuta dalla giurisprudenza il documento, che pure per una necessità pratica della vita giuridica ha acquistato una certa importanza, non trovi posto come istituto attorno a cui raggruppare rapporti giuridici. Si consideri p. es. la differenza fra la posizione che occupa in Gaio il contratto letterale e quella che tiene in un moderno trattato di diritto commerciale la cambiale. In Gaio la *litteris obligatio* non è che uno dei *quattuor genera* in cui si dividono le obbligazioni *quae ex contractu nascuntur*, e si inquadra fra gli altri *genera*. Nei commercialisti moderni la trattazione della cambiale s'impenna tutta sul documento, tanto che si discute persino se siamo davanti ad un contratto. Tanto più colpisce questa singolarità quando si pensi al posto centrale che occupa il documento nel diritto greco-egizio, che pure dal punto di vista dell'evoluzione della tecnica giuridica non supera davvero il diritto

romano. Come prova dello sviluppo grandissimo del documento nel diritto greco-egizio, si può citare il complicato sistema archiviale, che veramente incentra una grande quantità di manifestazioni della vita giuridica appunto nel documento. Attorno al documento si svolge uno degli istituti più caratteristici di quel diritto che ha la funzione importante della pubblicità in fatto di trapasso di proprietà immobiliare. Alludo alla *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων*, un sistema di pubblicità dei diritti immobiliari perfettissimo, e sviluppato al punto da essere assai superiore al nostro delle trascrizioni ed iscrizioni. Le recenti scoperte dei papiri ci han rivelato quasi compiutamente la mirabile organizzazione, che in Egitto avevano i libri custoditi nella *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων*, di cui i fogli (*διασπρώματα*), contenenti l'elenco alfabetico dei possessori ed ordinati secondo il metodo della iscrizione personale (non reale), erano destinati a ricevere tutte le variazioni definitive e provvisorie per trasferimenti della proprietà e la costituzione, le modificazioni e l'estinzione dei diversi diritti reali, prime fra tutti le ipoteche. Alla *βιβλιοθήκη*, di cui par che un ufficio esistesse in ogni metropoli, presiedevano i *βιβλιοφύλακες*, ai quali dovevansi presentare le dichiarazioni degli acquisti e le richieste delle variazioni (*ἀπογραφαι*), nè atti di tal natura potevansi redigere dai notai e conservatori dei documenti (*συναλλαγματογράφοι καὶ μνήμονες*) senza la previa autorizzazione dei *βιβλιοφύλακες*.

Nè posso soffermarmi a rilevare l'importanza di un altro istituto prettamente documentale e molto sviluppato nel diritto greco-egizio: il notariato, del tutto sconosciuto al diritto romano classico, per cui è inconcepibile la stessa idea di un documento per il suo contenuto privato, e pubblico semplicemente per la sua veste, un documento *pubblico* che non sia insieme un atto sostanzialmente pubblico.

Quello su cui mi premeva di insistere — e non pretendo di scoprire novità — era da una parte lo sviluppo senza con-

fronti maggiore del sistema documentale nel diritto greco-egizio rispetto al diritto romano classico e dall'altra la diversità essenziale di fisionomia dei due sistemi. Diversità che, a ben guardare, non si esaurisce nella differenza notevole di proporzioni, ma è eminentemente qualitativa. Nel diritto classico è pressochè nulla l'elaborazione dei documenti pubblici, e il concetto di documento coincide quasi sempre con quello di *documento privato*. Non è qui il posto della dimostrazione di ciò.

S'intende perciò come, in mancanza di un documento pubblico, in mancanza di norme che regolino il documento come prova nel processo (dal momento che il *iudex privato* è pienamente libero nell'assunzione e valutazione delle prove), in costanza di un sistema giuridico tutto privatistico e orientato per dappiù verso un tipico formalismo interno (1), per una teoria giuridica del documento non ci fosse posto. — Al contrario in un sistema giuridico come il greco-egizio, a carattere prevalentemente pubblicistico, data la larga influenza che lo Stato ivi esercitò sulla formazione del diritto, è evidente come il documento, istituto che necessariamente nel suo sviluppo sfocia nel diritto pubblico (amministrativo e giudiziario) trovasse un terreno molto propizio. A conferma di questa correlazione da me stabilita tra l'influenza dello Stato nella tecnica giuridica e lo sviluppo del documento, si rammenti come ad un'intensificata influenza dello Stato sul sistema giuridico cor-

(1) Adotto qui la plastica terminologia del MITTEIS, *Römisches Privatrecht*. Egli distingue un *formalismo interno* ed un *formalismo esterno* degl'istituti giuridici. Il primo corrisponde a ciò che comunemente si chiama *tipicità dei negozi giuridici*, il secondo all'esistenza di norme che vincolano la volontà, diretta a concludere un negozio, ad estrinsecarsi in determinate maniere (parole solenni, scrittura, pubblicità). I due formalismi si escludono a vicenda, giacchè in un sistema in cui vige la tipicità dei negozi giuridici non ha senso regolare l'estrinsecazione di una volontà che non può dirigersi se non a certi negozi, voluti in blocco o non voluti affatto, a cui la volontà privata non può aggiungerne altri; reciprocamente il formalismo esterno non si concepisce che in un sistema in cui la volontà privata può creare un infinito numero di negozi giuridici, senza inquadrarli in dati schemi.

risponda nel periodo postclassico del diritto romano lo sviluppo del documento.

Ho detto più sopra che il documento, anche nel diritto classico, se non ha trovato, e non poteva trovare, adeguata regolamentazione legislativa e corrispondente elaborazione dottrina, pure ha fatto le sue apparizioni tutt'altro che rare, dovute, dicevo, a necessità pratiche della vita giuridica (1). Tali necessità non hanno bisogno di diffusa illustrazione; giacchè, com'è noto, il documento è essenzialmente *cosa rappresentativa*, la sua funzione pratica è di sostituire il *quid* rappresentato: la dichiarazione di volontà, l'attestazione di fatti. Colla sua consistenza materiale supplisce alla inafferrabilità e instabilità del *quid* rappresentato; supera in una parola gli ostacoli dello spazio e del tempo. Ecco come si spiega che anche nel diritto romano classico non manchi il documento; senonchè lo si è inquadrato nel sistema giuridico in tale fase del suo sviluppo? Conviene rispondere negativamente, se s'intende domandare se vi siano state delle norme giuridiche relative ai documenti in quanto tali; gradualmente si vennero formando disposizioni sparse e rare, ma un sistema vero e proprio, legislativo e dottrinale, non si ebbe che molto più tardi: l'ho già detto, e ho abbozzato anche una spiegazione del fenomeno. Nella prima fase del suo sviluppo nel diritto romano, che è, oltre che una fase storica, anche una tappa logica, il documento è preso in considerazione dalla giurisprudenza quasi esclusivamente sotto il suo aspetto reale; è una *res*, non dà ancora luogo a rapporti giuridici proprii, è trattato in relazione ai rapporti giuridici comuni (obbligatorii, reali, successorii etc.) in quanto oggetto di questi rapporti. Il suo *contenuto*, relevantissimo dal punto di vista economico-sociale, resta

(1) Cfr. RICCOBONO, *Punti di vista critici e ricostruttivi nella dissertazione di L. Mitteis*, in « Ann. del Sem. giur. dell' Univ. di Palermo », XII.

nell'ombra agli effetti della disciplina giuridica: vedremo in seguito come in alcuni passi delle fonti il documento sia trattato perfettamente alla stregua di un'altra *res* qualsiasi oggetto del medesimo rapporto. Il *contenuto del documento*, in una parola, non influisce sulla struttura del rapporto giuridico di cui il documento è oggetto.

Ma, successivamente — eccoci alla seconda fase storica, che è anch'essa insieme tappa logica —, il contenuto del documento comincia ad acquistare rilevanza giuridica nella struttura dei rapporti che lo hanno ad oggetto; proprio studiando, come faremo a suo tempo, i passi delle fonti che considerano il documento sotto questo aspetto, apparirà chiaro il carattere proprio del documento che riassume in sè, inteso con la dovuta larghezza, il nocciolo del contenuto di qualunque documento: il carattere di *cosa rappresentativa*. Se si pensi, p. es., al legato di chirografo, che nelle fonti viene parificato al legato del credito, si avrà un'idea chiara della trasformazione avvenuta dalla prima alla seconda fase, della influenza modificatrice esercitata dal contenuto del documento sul rapporto giuridico di cui esso è oggetto.

Nella terza fase la posizione del documento è profondamente mutata ed evoluta; si hanno norme relative ai varii documenti in ogni manifestazione della vita giuridica, pubblica e privata. Il mutamento è profondo, perchè profonde ne sono le cause; siamo ormai nell'epoca post-classica, il diritto romano ha perduto quel suo carattere rigidamente privatistico, come l'influsso del potere pubblico si è andato facendo sentire nell'evoluzione della tecnica giuridica. In corrispondenza dello sviluppo del documento si ha un'influenza modificatrice di esso su una quantità di istituti giuridici.

Naturalmente queste tre fasi, così sommariamente delineate, sono tappe di un unico processo di evoluzione; nè mi pare che sarebbero infirmati i rilievi da me fatti o spezzata la

linea da me tracciata, qualora mi si mostrasse un passo di fonte sicuramente classica, in cui si dettano o si commentano norme relative proprio ai documenti in quanto tali, considerati nella loro complessa funzione nel diritto pubblico e privato, sostanziale e processuale. Trovare di questi passi non è impossibile; ma si tratta di germi che raggiungeranno il loro completo sviluppo, o, se si vuole, di blocchi di pietra che prenderanno l'aspetto di edificio, solamente nell'epoca postclassica. Prima, ciò che manca è proprio l'*istituto* e il *sistema*, il che non esclude affatto l'esistenza di norme isolate o di frammenti di norme; si ha anzi in ciò una conferma della mia asserzione. Del resto oramai è massima notoria che il valore delle *tappe* o *fasi* nelle scienze storiche è meramente convenzionale. Si tratta sempre di prevalenza più o meno notevole, non mai di esclusività.

§ 3.

I documenti sono comunemente da tutta la dottrina moderna divisi in due categorie quanto al loro valore. Si parla di documenti probatorii in antitesi a documenti dispositivi, o, con maggior esattezza (1), costitutivi. Il fondamento della distinzione è attinto dall'assenza nella prima categoria di un carattere che invece sussiste nella seconda categoria di documenti in relazione al negozio o all'atto giuridico cui il documento è relativo. Il parlare di documenti probatorii equivale al parlare di documenti *meramente* probatorii giacchè tutti indistintamente i documenti, e quindi anche i costitutivi, hanno una essenziale funzione probatoria. Il carattere dispositivo del documento, si dice comunemente, sta nell'essere esso elemento costitutivo del negozio o dell'atto giuridico cui si riferisce. Secondo il BRUNNER, appunto, in ordine ai contratti conviene

(1) CARNELUTTI, *La prova civ.*, *passim*.

parlare di documento probatorio o dispositivo « secondo che il documento deve soltanto provare o perfezionare e provare il contratto » (1): in questa formula sono correttamente distinte le due funzioni del documento, l'una essenziale al concetto stesso di documento (la funzione probatoria, il *provare*), l'altra particolare ad alcuni tipi di documenti in relazione al negozio o all'atto giuridico (la funzione costitutiva, il *perfezionare*); mi pare tuttavia che la nozione di documento costitutivo abbisogni ancora di alcuni chiarimenti. A questi mi limiterò nei presenti cenni destinati a fornirci nel modo più chiaro possibile le nozioni fondamentali che dovranno servirci nello svolgimento del lavoro.

Anzitutto la distinzione fra documento probatorio e documento costitutivo è distinzione di diritto sostanziale, non di diritto processuale: l'efficacia perfezionante del documento rispetto al negozio (cercheremo più sotto di chiarire anche questa espressione) appartiene alla sfera del diritto sostanziale, e sarebbe errore chiamare costitutivo quel documento la cui esistenza fosse richiesta da una norma di diritto processuale al solo fine di imporre al giudice di non servirsi di prova diversa dalla documentale per riconoscere un determinato stato di fatto già giuridicamente esistente nel campo del diritto sostanziale. E da tale chiarimento discende, mi pare, un'importante considerazione: mentre il documento probatorio si estende, quanto al suo contenuto, a qualunque fatto possa divenire tema di prova, il documento costitutivo non può, per il suo carattere di elemento costitutivo perfezionante di un negozio o atto giuridico, avere come contenuto un *quid* che atto o negozio giuridico non sia: non un fatto naturale, non un fatto involontario. Di fronte a una norma giuridica che imponga la prova documentale di un fatto naturale, ad es. di una tempesta (il documento

(1) BRUNNER, *Rechtsgesch. der röm. und. germ. Urk.*, p. 60.

potrebbe essere il bollettino metereologico), sarebbe almeno ridicolo parlare di quel documento come elemento perfezionante la tempesta, o (il che vale lo stesso) come documento costitutivo rispetto alla tempesta. — Escluso quindi per incompatibilità logica che il documento costitutivo possa avere per contenuto l'attestazione di un fatto naturale o di un fatto umano involontario, per quanto giuridicamente rilevanti, va aggiunto però che anche un atto giuridico (1) che non sia un vero e proprio negozio giuridico può per la sua attestazione formare il contenuto di un documento costitutivo, purchè rivesta il carattere di atto volontario: così nel diritto moderno e forse già nel diritto giustiniano si può parlare di documento costitutivo in tutti quei casi in cui requisito di validità di un atto processuale (che può anche essere un'attestazione di fatti anzichè una dichiarazione di volontà) sia la confezione o la consegna o il possesso del documento; e le considerazioni svolte sin qui ci spianano la via a un'altra osservazione.

Comunemente il concetto di documento costitutivo è stato utilizzato solo dalla dottrina del diritto privato; ma non si vede perchè il concetto di documento costitutivo non vada esteso ai documenti pubblici. Da alcuni studiosi (CARNELUTTI, CAMMEO) è stata tentata l'estensione della categoria *negozio giuridico* alla sfera del diritto processuale o, più ampiamente, del diritto pubblico. E senza dubbio per i documenti relativi a questi negozi giuridici di diritto pubblico ha senso il domandarsi di volta in volta se ci si trovi di fronte a un documento probatorio o a un documento costitutivo; ma poi, anche per quegli atti giuridici-pubblici che non consistendo in dichiarazioni di volontà restano al di fuori della categoria dei negozi giuridici (processi verbali, inventarii e simili), quando il docu-

(1) La classificazione dei fatti e degli atti giuridici seguita nel testo è quella più esatta e comune in dottrina.

mento sia, nel senso che meglio vedremo, loro elemento essenziale, sarà, mi pare, del tutto corretto parlare di una sua funzione costitutiva.

Poichè il valore costitutivo di un documento consiste in un rapporto fra il documento e il negozio od atto cui esso si riferisce, chiarito il significato e l'ambito dei termini del rapporto — e fra essi di quello che più aveva bisogno di chiarimento, il secondo — resta a determinare l'essenza stessa del rapporto attorno alla quale finora molte difficoltà o incertezze possono sorgere. In dottrina si parla spesso del documento dispositivo, come di quel documento che *perfeziona*, a seconda dei casi, il contratto, il testamento ecc. (1), lasciando sempre nel vago il momento preciso in cui si esplica e i modi in cui può manifestarsi la funzione costitutiva del documento in rapporto a quei particolari negozi o atti giuridici. Generalmente non è chiarita la differenza fra quelli che a me paiono gradi diversi della funzione costitutiva del documento. Il BRUNNER, p. es., la cui opera, citata sopra, ho tenuta presente per farmi un'idea esatta del come venga svolto anche dai più profondi giuristi l'importante argomento del documento costitutivo, nel porre sotto gli occhi del lettore una quantità di esempi tratti dalle fonti romane nei quali egli trova il documento nella sua funzione costitutiva, non si cura affatto di far notare la differenza che passa fra i casi in cui elemento del negozio è la semplice emissione o redazione del documento (es. C. Th. 2, 29, 2: *scriptura, quae ea (praedia) in alium transferat, emittatur*), e i casi in cui elemento del negozio è non solo la redazione del documento, ma la consegna di esso o lo scambio fra le parti dei più documenti che eventualmente si debbano redigere all'atto della conclusione di un negozio bilaterale (così a proposito dell'evoluzione subita dalla stipulazione già prima di Giusti-

(1) BRUNNER, l. c.

niano (1): « la *stipulatio* s' immedesimò nell'atto della documentazione. La dazione del documento da parte dell'un contraente, la recezione di esso da parte dell'altro subentrò al posto della solenne domanda e risposta ») e i casi ancora in cui sia essenziale l'osservanza di certe formalità, come la sottoscrizione, la *completio*, l'*absolutio* (C. 4, 21, 17 Justinianus, a. 528), nei documenti di certi negozi. Io penso invece che, studiando l'esistenza e lo sviluppo dei documenti costitutivi nel diritto romano, riesca utile, perchè rispondente a un corretto criterio giuridico, il tener presente che il valore costitutivo del documento non si esaurisce in un unico rapporto fra documento e negozio, ma comprende tutta una scala di rapporti; e man mano che si sale questa scala la funzione costitutiva del documento assume importanza sempre maggiore rispetto al negozio. Al primo gradino della scala troviamo la necessità della confezione di un documento, comunque redatto, per la validità del negozio; poi può essere prescritto un documento avente certi requisiti di forma o di contenuto (sottoscrizione, *absolutio*, *completio*) o redatto da una determinata persona (autografia) oppure da una persona appartenente a una determinata categoria (*tabelliones*, notai); più su ancora, potrà esser dichiarata necessaria la consegna del documento a una certa persona o lo scambio dei documenti fra una parte e l'altra. Alla sommità della scala sta, secondo me, quel documento del quale, oltre la redazione e la consegna alla controparte, è necessario il possesso in chi pretende esercitare gli effetti derivanti dal negozio: il *titolo di credito*, e in particolare il titolo al portatore.

L'inserzione di questo tipo di documento nell'ampia classe dei documenti costitutivi non sembra sia stata ancora compiuta dalla dottrina. Si è di solito fatta una questione di elementi del documento, dicendo che nei titoli prevale l'elemento reale

(1) *Op. cit.*, p. 63.

sull'elemento del contenuto, e quanto ai rapporti fra documento e negozio si è sviluppata soprattutto la metafora dell'*incorporazione* (1) (metafora che ha bisogno di essere spiegata, invece di servire essa a spiegare qualcosa: e in termini semplici non vuol dire altro che questo: il diritto o l'effetto derivante dal negozio non può essere esercitato senza il possesso del titolo — o fenomeni inversi e simili —), o si sono con acume sviscerate le interessanti questioni degli effetti dello smarrimento, della derelizione e della circolazione dei titoli (2) senza porre in relazione il nocciolo comune a tali fenomeni con un concetto così fondamentale in materia di documenti come quello della funzione costitutiva: al lume di esso invece pare corretto procedere, quando si debba p. e. stabilire un confronto fra la circolazione — chiamiamola così — dei documenti di credito romani e la moderna circolazione dei titoli di credito, in particolare dei titoli al portatore.

Dopo avere così cercato di fissare, nel modo più chiaro possibile, il concetto di documento costitutivo, mi preme rilevare come in alcuni autori, pur insigni, questo concetto appaia alle volte offuscato e scolorito da elementi estranei. È ancora il BRUNNER (3) che fornisce l'occasione di questo rilievo. « Le fonti romane — egli afferma — parlano non di rado di un *convenire per epistolam, per litteras* (D. 2, 14, 2 pr.; 18, 1, 1, 2; 44, 7, 2), *vendere* (D. 26, 8, 9), *donare per epistolam* (*Frag. Vatic.*, 281; D. 6, 1, 77; C. 8, 53, 13), *in libertatem producere per epistolam* (C. 7, 6, 1, 1), locuzioni, che in casi isolati non lasciano dubitare di ciò, che la perfezione del contratto avveniva attraverso una scrittura dispositiva ». In tutti i casi citati dal BRUNNER l'*epistola* o le *litterae* o insomma la scrittura non è altro che il mezzo attraverso cui si *comunica* in casi specifici la di-

(1) GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrecht*, I, 3. Aufl. pp. 385-386.

(2) KUNTZE, *Die Lehre von den Inhaberpapieren*, Erste Abtheilung, pp. 312-316.

(3) *Op. cit.*, p. 61.

chiarazione di volontà costituente il negozio giuridico, che i passi addotti dal BRUNNER non ci dicono davvero non poter venire ad esistenza in mancanza della confezione del documento, come dovrebbe essere se veramente fosse da attribuire valore costitutivo, in quelle ipotesi, alle *epistolae* o alle *litterae*. Son proprio i passi citati dal BRUNNER che smentiscono le conseguenze che egli vorrebbe trarre da essi. D. 2, 14, 2 pr. (*Paulus, libro tertio ad edictum*): *Labeo ait convenire posse vel re vel per epistulam vel per nuntium*: l'*epistula* non è davvero elemento essenziale della *conventio* (che è termine generico nelle fonti, e qui allude certamente alla conclusione di un *pactum*), una volta che Labeone afferma essere essa un mezzo di manifestare la volontà da cui nasce la *conventio*, del tutto equivalente ad un tacito comportamento in una certa maniera (*re*) e alla dichiarazione verbale fatta giungere alla controparte *per nuntium*; si pensi allo sconvolgimento che l'affermazione, come abbiamo visto, erronea del BRUNNER porterebbe nella teoria dei patti.

Qualora poi si desiderasse (e non mi pare ce ne sia bisogno) una prova desunta aliunde dell'erroneità dell'interpretazione del BRUNNER, ce la offrirebbe un frammento delle Istituzioni giustinianee (3, 22, 1) che dà una definizione dell'*obligatio consensu*: *neque scriptura, neque praesentia omnimodo opus est, ac nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit, eos, qui negotium gerunt, consentire. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam aut per nuntium*. Ora proprio quei due concetti confusi dal BRUNNER — il documento del quale *opus est* per l'esistenza di un negozio giuridico appartenente ad un determinato tipo, e il documento attraverso cui, in un caso individualmente considerato, si comunica la dichiarazione di volontà costituente il negozio — sono nel nostro passo nettamente distinti, per quanto naturalmente lo scopo della distinzione sia un altro: tracciare la

linea di separazione fra i contratti letterali, verbali e reali da una parte e i contratti consensuali dall'altra. Bene: è fissato con risolutezza che la *scriptura* non è mai elemento costitutivo del contratto consensuale, tanto che *talia negotia contrahuntur* anche *inter absentes, veluti per epistolam aut per nuntium*: al BRUNNER sembra sfuggito un frammento così significativo che certo l'avrebbe allontanato da quella sua interpretazione delle frasi citate da lui e riportate sopra, alla quale duole non poter evitare la taccia di semplicista; infatti, il negozio tipo per la perfezione del quale *scriptura opus est* è rettamente concepito dal BRUNNER (o. c., p. 60) come negozio in ordine a cui il documento ha funzione *dispositiva*, la funzione di *perfezionarlo* oltre che *provarlo*; e le I., che qui rispecchiano fedelmente il pensiero classico, negano questa funzione in ordine ai contratti consensuali in genere. Ma d'altra parte si aggiunge che *talia negotia contrahuntur.... per epistolam*, ossia, secondo l'interpretazione che di espressioni consimili dà lo stesso B. una pagina dopo l'esatta definizione del documento dispositivo (p. 61), si verrebbe a creare una brusca contraddizione, dicendo in sostanza che, nei casi in cui *talia negotia contrahuntur per epistolam*, «la perfezione del contratto avviene attraverso una scrittura dispositiva».

Il documento ha valore costitutivo — ecco la conclusione a cui si giunge — non ogni volta che è il mezzo attraverso cui un negozio giuridico si realizza; chè allora la nozione di documento costitutivo coinciderebbe o comprenderebbe quella, attinta a criterii del tutto diversi, di documento preconstituito. La funzione costitutiva invece è attiva ed operante quando o positivamente la emissione o la redazione con certi requisiti o da parte di certi soggetti o la consegna o il possesso del documento è elemento essenziale per l'esistenza o per l'efficacia di un certo negozio tipo astrattamente considerato, ovvero negativamente la mancanza della confezione, del possesso ecc.

del documento è di ostacolo all'esistenza o all'efficacia del negozio. In ogni altro caso al documento spetta solamente quella funzione che gli è in ogni ipotesi propria, la funzione probatoria.

Considerati così, nel loro schema generale, i rapporti fra documento e negozio o atto a cui si riferisce, conviene formarsi un'idea chiara di quelli che del documento sono gli elementi. La cosa ci riuscirà facile, sulla scorta dei concetti fondamentali enunciati al principio di questa *Introduzione*. Mi sembra opportuno insistere, sia pure brevemente, su questo punto, dal momento che, come abbiamo visto di scorcio e come ampiamente vedremo nel corso di tutto il lavoro, nel diritto romano il documento segue nel suo atteggiarsi un'evoluzione che, partendo dalla prevalenza assoluta dell'elemento reale, giunge attraverso passaggi gradualmente alla prevalenza dell'elemento del contenuto; e diviene così, nel quadro dell'elaborazione giuridica, un istituto a sè stante, il *documento*, quello che prima era nient'altro che una *cosa*. Ci sarà perciò necessario distinguere nella trattazione l'elemento reale, il *corpus*, la cosa rappresentativa, dal contenuto del documento, il *quid* rappresentato, che, come dissi sopra, è un *quid* immateriale, è un'attestazione di fatti o una dichiarazione di volere. Studiando il documento come oggetto di rapporti giuridici privati, dovremo domandarci se si tratti di un rapporto avente ad oggetto il *corpus* o di un rapporto avente ad oggetto il *quid* incorporale (che vedremo in qual senso sia concepibile in diritto romano) o se infine mediante il rapporto avente ad oggetto il *corpus* si agisca sul *quid* rappresentato: ecco il motivo per cui fin d'ora è necessaria una chiara distinzione fra i due elementi.

Rapporti giuridici reali

I.

LA PROPRIETÀ DEL DOCUMENTO

§ 1. Cenni generali : confezione del documento e proprietà di esso. — § 2. La proprietà di alcuni tipi di documento : delle *tabulae testamenti*. — § 3. e dell'*epistula*. — § 4. La *traditio* dei documenti. — § 5. *Traditio instrumentorum* sostitutiva e costitutiva. — § 6. Difesa della proprietà dei documenti. — § 7. Il condominio dei documenti.

§ 1.

Qualunque documento è una cosa fisicamente complessa. Ciò discende da un carattere essenziale comune a tutti i documenti. Sono, l'ho già detto, cose rappresentative; ma solo in virtù della scrittura rappresentano quella dichiarazione di volontà o quell'attestazione di fatti che rappresentano. Emerge chiaro, mi sembra, come un tale carattere sia di fondamentale importanza per l'indagine sul documento in quanto oggetto di proprietà. Il documento risulta sempre dal complesso formato da due ordini di cose. L'una sono le *chartae membranaeque* su cui le parole sono scritte, l'altra le *litterae*, i caratteri. I termini sono di Gaio. Egli però non si riferisce (D. 41, 1, 9, 1 = Inst. giust., 2, 1, 33 (1)) in modo speciale al documento, ma in genere al tutto risultante da quei due elementi che non è detto sia (e spesso non è) un documento: anzi negli esempi por-

(1) Cfr. GAI, *institut. Epitome*, in *Fontes iuris Romani anteiustiniani* del BAVIERA, 1909, p. 177 (l. 2, tit. 1, 4).

tati da Gaio non lo è mai: *carmen, vel historiam, vel orationem*; certo però, se non sempre, di un documento si tratterà qualche volta. E in tal caso nessun dubbio che, quanto alla proprietà del documento in confronto con la proprietà dei suoi elementi materiali, varranno le medesime regole che valgono quando il tutto non abbia carattere documentale. E le regole sono quelle comuni in materia di *scriptura: literae...., licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt*: dunque proprietario del documento è il proprietario della carta (o della membrana) (1).

Da ciò la conseguenza che, se ad es. presso il banchiere esiste il registro dei conti relativi ai rapporti che egli ha con me in tale sua qualità, non sono il proprietario del registro io, ma è il banchiere che è *dominus* normalmente della materia del documento ed ha scritto i conti su quella materia. Non è dunque da meravigliarsi se, fedelmente seguendo questi principi esposti, senza peraltro perdere di vista l'interesse del cliente alla comunicazione del conto, il giureconsulto Ulpiano (D. 2, 13, 4, § 1) ci dica «*meum quodammodo instrumentum mihi edi*»; dove qualcuno a torto potrebbe vedere invece una negazione del principio dell'accessione dello scritto alla materia nel campo documentale (2). Appunto in quest'ultima direzione, che trova luogo ogniqualevolta la giurisprudenza romana mira a risolvere il problema della proprietà del documento, sono orientati implicitamente i testi che parlano di pertinenza del documento, per-

(1) È questo il principio che troviamo espresso in D. 6, 1, 23, § 3 (Paul., 21 ed.), altro frammento che considera la questione nel senso generale (*id quod in charta mea scribitur*) e non in ordine al documento; tale doveva essere anche il regime della scrittura documentale poichè non si trova, fra le migliaia di decisioni di casi pratici raccolte nelle nostre fonti (al di fuori, s'intende, delle enunciazioni generali ora citate e dei testi relativi a particolari tipi di documenti che verranno esaminati nei paragrafi seguenti), nessuna decisione di specie che sarebbe veramente preziosa.

(2) Una esatta concezione del fenomeno ebbero i glossatori di cui cfr. *Glossa Meum*, adhl. Assai incerta è però la genuinità del testo sulla quale v. più oltre nel § sui conti bancari e *factio in factum* per la produzione del conto.

tenenza che spesso non coincide colla proprietà; e pertanto, dal caso semplicissimo di pertinenza del documento a chi lo ha scritto, disgiunta dalla proprietà spettante alla diversa persona del proprietario della materia del documento stesso, al caso complesso di pertinenza del documento a colui ai cui affari esso è relativo disgiunta dalla proprietà spettante al banchiere con cui gli affari furono trattati da un mandatario (1), c'è una quantità di ipotesi in cui pertinenza e proprietà del documento spettano a soggetti diversi. La proprietà ha a fondamento l'interesse all'elemento *reale* del documento, la pertinenza è l'interesse al *contenuto*: i due interessi sono concettualmente distinti, tanto che, abbiamo visto, possono non coincidere nello stesso soggetto: e distinti li mantengono i classici. Solo in epoca postclassica e giustiniana, come vedremo, la distinzione sembra obliterata.

§ 2.

Se nelle fonti manca una trattazione del problema generico della proprietà del documento, non mancano invece cenni — e spesso son più che cenni — sulla proprietà dei vari tipi di documenti. La questione merita un esame a parte riguardo alle *tabulae testamenti*, anche perchè le fonti offrono materia a interessanti discussioni a tal riguardo. In applicazione dei principii precedentemente esposti, parrebbe che normalmente la proprietà del documento fosse spettata al testatore, perchè la supposizione più probabile è che egli incidesse il testamento su *tabulae proprie*; trattandosi quindi di cosa che all'apertura della successione era nel patrimonio del *de cuius*, parrebbe che essa dovesse spettare in proprietà all'erede o ai coeredi,

(1) Cfr. su ciò ULPIANO (D. 2, 13, 6 § 5).

in quanto fa parte del patrimonio ereditario. Confonde perciò, almeno a prima vista, la lettura del fr. di Ulpiano (D. 29, 3, 2 pr.):

Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis hoc est heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum,

in cui, se si trattasse della proprietà delle *tabulae*, essa verrebbe attribuita a tutti i beneficiati nel testamento (*quibus quid illic adscriptum est*), e perciò anche ai legatarii. L'ultima parte del passo poi (*quin....: fine*) è stata sospettata una aggiunta triboniana dal PEROZZI (1), e, mi sembra, con molta ragione; anzitutto, infatti, c'è un argomento di carattere formale e sintattico: l'introduzione di un'avversativa col *quin potius* seguito dall'indicativo (*est*) è costruzione niente affatto classica. Ma c'è poi una ragione sostanziale che induce a ritenere l'interpolazione. Ed è l'illogicità della frase *publicum instrumentum* in riferimento alle *tabulae testamenti*. Se *publicum* ha riferimento al carattere proprio del documento, i classici non distinguono fra *instrumenta publica* e *privata*, giacchè non esistono per loro *instrumenta publica*; meno che mai poi la qualifica di *instrumenta publica* pare applicabile alle *testamenti tabulae*: non per il contenuto: si tratta di disposizioni relative a rapporti giuridici privati; non per la forma: il testamento classico non è mai considerato dai giureconsulti un documento pubblico per le formalità della sua confezione. Se poi *instrumentum publicum* volesse qualificare il documento mediante l'indicazione del soggetto o dei soggetti che ne hanno la proprietà, l'ultima frase del passo si troverebbe in inconciliabile contraddizione con la prima. Anche ammesso, infatti, che tutto il frammento esamini la questione della proprietà, c'è una bella differenza fra il dire che le *tabulae testamenti* appartengono a tutti i beneficiati dal testamento (eredi e legatarii), come sa-

(1) Istituzioni, II, 578, n. 2.

rebbe detto nella prima parte, e l'affermare che si tratta di un *instrumentum publicum*, cioè — secondo una tale ipotetica interpretazione — di un documento di proprietà della *res publica*, come verrebbe asserito nella seconda parte. Il vero è che l'interpolazione scappa fuori comunque si tenti di rigirare la frase; e perciò mi pare che sia senza scrupoli sopprimibile il punto interrogativo che fa seguire al sospetto d'interpolazione il PEROZZI (1).

Sbarazzatici così dall'ultima parte del passo, che era a prima vista piuttosto imbarazzante, resta l'esame della prima parte del frammento. Per quanto ho detto sopra sulla proprietà del documento in genere e delle *tabulae testamenti* in specie non mi pare che qui Ulpiano esaminasse la questione della proprietà. Il passo, sia nella compilazione giustiniana che nella *Palingenesia* del LENEL, sta sotto il titolo *Testamenta quem. aper. insp. et describantur*; ed è quindi probabile che Ulpiano avesse voluto indicare, con una frase probabilmente più precisa di quella sostituita dai compilatori, l'interesse a prendere notizia del testamento, interesse che — non occorrono spiegazioni — è non solo dell'erede in confronto di qualunque detentore, o dei coeredi nei rapporti reciproci, ma anche dei legatarii e in genere *universorum, quibus quid illic adscriptum est*, rispetto all'erede o ai coeredi. Tale interesse non è senza conseguenze giuridiche, giacchè costituisce la base della legittimazione attiva (secondo l'espressione moderna) all'*interdictum de tabulis exhibendis* (2): la proprietà dell'erede era, come dice brevemente il PEROZZI (3), gravata dal dovere, che esisteva così per lui come

(1) La frase *publicum instrumentum*, aggiunta dai compilatori, è spiegabile colla considerazione del carattere di documento pubblico che assunsero le *tabulae testamenti* nel diritto giustiniano sotto il riguardo della forma. L'aggiunta fatta in un passo come il nostro è frutto di una confusione fra un problema di proprietà e un problema di pubblicità formale.

(2) Sull'*interdictum de t. e.* cfr. la trattazione più ampia, svolta *ex professo* nel cap. *I documenti come elementi di un'eredità*.

(3) *Op. e vol. cit.*, p. 578.

per qualunque detentore del testamento, di esibirlo a qualunque interessato (1).

Le fonti ci offrono poi un altro argomento a favore della nostra tesi circa la proprietà delle *tabulae testamenti*: è un passo di Gaio (libro septimo decimo ad edictum provinciale) che è fatto seguire dai compilatori, quasi come contrappeso o correttivo (D. 29, 3, 3), a quello di Ulpiano esaminato or ora.

Ipsi, tamen, heredi vindicatio tabularum sicut ceterarum hereditariarum rerum competit, et ob id ad exhibendum quoque agere potest:

tralasciata per ora l'ultima frase, che qui non c'interessa, sarà interessante l'esame della prima parte.

La legittimazione dell'erede alla *vindicatio tabularum* è il segno più sicuro che proprio a lui ne compete la proprietà. Non esiste *vindicatio* dove l'attore non si pretenda proprietario dell'oggetto. La parificazione gaiana delle *tabulae* alle *ceterae res hereditariae* per questo rispetto è abbastanza eloquente, anche perchè conferma quel concetto da me espresso al principio del lavoro sulla preponderanza dell'elemento *reale* nella sistemazione classica dei rapporti aventi ad oggetto documenti.

Sorge poi il problema se la *vindicatio tabularum*, attribuita all'erede, sia la stessa *rei vindicatio* che avrebbe intentata il defunto, oppure una vera *petitio hereditatis*: mi pare che sia giusta la risposta nel primo senso se il possessore delle *tabulae* le possedeva in virtù di un titolo non connesso con l'eredità (es. deposito fattone dal testatore); mentre si tratterà di una *petitio hereditatis* quando il terzo possedeva le *tabulae pro herede*.

Dunque in diritto classico l'attribuzione del dominio delle *tabulae testamenti* si basa sull'elemento reale del documento. L'in-

(1) È così che, con l'acume che spesso contraddistingue i glossatori (e che rende il loro studio necessario anche per il romanista moderno) laddove si tratta di lumeggiare certe differenze fra taluni concetti dogmatici come nel nostro caso, la *glossa Meum* a D. 2, 13, 4, § 1, interpreta il rapporto fra tutti i beneficiati e il testamento come pertinenza.

teresse al contenuto costituisce il fondamento di particolari mezzi processuali (*interdictum de tab. exhib.*) ma non si trasforma in dominio. Si capisce come il fatto che sia accordata a tale interesse protezione giuridica anche contro il proprietario sia stato concepito da taluno sotto l'aspetto di un limite alla proprietà (proprietà *gravata*, la qualificò il PEROZZI); ma si può dubitare se sia proprio esatto considerare limitata la proprietà di una cosa ogni volta che il proprietario come qualunque detentore ha un obbligo (nel nostro caso un obbligo all'esibizione) avente ad oggetto la cosa stessa.

Nel diritto giustiniano la tendenza a trasformare in dominio l'interesse al contenuto del documento appare progredita. Lo conferma la probabile modificazione subita dalla frase iniziale di D. 29, 3, 2 pr. Si va perdendo la distinzione fra interesse *reale* e interesse al *contenuto* del documento.

§ 3.

Altro tipo di documento in ordine al quale è esaminata dalle nostre fonti la questione della proprietà è la lettera missiva, la *epistula* (1). Il problema viene esaminato in vista della legittimazione attiva all'*actio furti* nel caso che il furto della lettera sia

(1) L'*epistula* nel diritto romano, come la lettera nel diritto moderno, non ha necessariamente il significato di documento: ci sono delle *epistulae* che *ab initio* hanno tale significato, per il loro carattere di documento preconstituito (es. *epistula donationis*), e ce ne sono invece di quelle che, equivalendo alle comuni lettere, mancano di tale carattere. I passi delle fonti studiati in questo paragrafo trattano dell'*epistula* in generale o in alcuni suoi aspetti speciali (la lettera di raccomandazione) in cui certo manca il carattere di documento preconstituito; senonchè non pare fuor di luogo trattarne qui per diverse ragioni: anzitutto perchè, quando della *epistula* le fonti trattano in generale, ciò che esse dicono va, in mancanza di regole diverse, applicato alle *epistulae* che rivestono il carattere di documenti preconstituiti; in secondo luogo perchè la rilevanza giuridica del contenuto di una lettera comune (la quale cioè non sia un documento preconstituito) può emergere inaspettamente.

avvenuto durante il suo viaggio, ossia dopo la sua spedizione e prima della sua recezione. Vengono naturalmente in discussione, oltre quello della proprietà, altri problemi che si riassumono nel quesito: quali erano, oltre il proprietario, gli interessati alla non sottrazione della lettera e quindi gli eventuali legittimati alla *actio furti*? Tali problemi però in questa sede non ci riguardano.

D. 47, 2, 14, 17 Ulp. 29 Sab. Si epistula, quam ego tibi misi, intercepta sit, quis furti actionem habeat? et primum quaerendum est, cuius sit epistula [utrum eius qui misit, an eius ad quem missa est] (1)? et si quidem dedi servo eius, statim ipsi quaesita est, cui misi: si vero procuratori, (non) aequae [(quia per liberam personam possessio quaeri potest)] ipsius facta est [, maxime si eius interfuit eam habere]. quod si ita misi epistulam, ut mihi remittatur, dominium meum manet [, quia eius nolui amittere vel transferre dominium]. quis ergo furti aget? is cuius interfuit eam non subripi, id est ad cuius utilitatem pertinebant ea quae scripta sunt. et ideo quaeri potest, an etiam is, cui data est perferenda, furti agere possit. et si custodia eius ad eum pertineat, potest: sed et si interfuit eius epistulam reddere, furti habebit actionem. finge eam epistulam fuisse, quae continebat, ut ei quid redderetur fieretve [: potest habere furti actionem: vel si custodiam eius rei recepit vel mercedem perferendae accipit. et erit in hunc casum similis causa eius et cauponis aut magistri navis: nam his damus furti actionem, si sint solvendo, quoniam periculum rerum ad eos pertinet].

Quel che importa a noi qui è semplicemente l'indagine sulla proprietà dell'*epistula*:

Et primum quaerendum est, cuius sit epistula [utrum eius qui misit, an eius ad quem missa est]?

(1) La frase *utrum-est?* è ritenuta interpolata dall'ARANGJO-RUIZ (p. 128 del corso sulla *Responsabilità contrattuale in diritto romano*²).

È presupposto naturalmente che al momento della spedizione l'*epistula* sia di proprietà del mittente; diventerà quindi di proprietà del destinatario in seguito ad un modo di acquisto derivativo della proprietà: trattandosi perciò di regola di alienazione volontaria di tale proprietà, basterà la *traditio*, giacché l'*epistula* (ciò ha importanza perchè il caso mi pare totalmente regolabile coll'antico diritto civile senza bisogno del ricorso al diritto onorario) è sicuramente una *res nec Mancipi*. La *traditio* non è in fondo se non la consegna. A questa consegna, in presenza di certe circostanze (l'essere la cosa in proprietà del tradente, una *iusta causa traditionis*), il trasferimento della proprietà. L'acquisto della proprietà attraverso la *traditio* fatta allo schiavo dell'acquirente è uno dei casi in cui emerge una delle principali funzioni giuridiche della schiavitù, in quanto la mancanza dell'istituto della rappresentanza viene ovviata appunto mediante l'impiego dello schiavo, che non essendo soggetto di diritti privati non è mai rappresentante (1). *Et si quidem dedi servo eius statim ipsi quaesita est*, assevera Ulpiano, *cui misi*. Vero e proprio acquisto del possesso attraverso rappresentante si ha invece allo stato attuale del passo nel caso di *traditio* della lettera fatta al procurator, il quale, come nota il BONFANTE (2), non è semplice mandatario, bensì un organo permanente del principale: *si vero procuratori*, continua il frammento, *aeque (quia per liberam personam possessio quaeri potest) ipsius facta est, maxime si eius interfuit eam habere*: la parentesi non mi lascia del tutto sicuro. Una regola troppo generale incastrata a sostegno della risoluzione del caso particolare è sempre un po' sospetta. È certo poi che nella frase *per liberam personam* non è classica la parola *liberam*: la frequente sostituzione in casi consimili di *libera* a *extranea* è avvertita dal BONFANTE (3).

(1) *Gai institut.*, I, 52 in fine; II, 87.

(2) *Ist. cit.*, p. 353.

(3) *Ist. cit.*, p. 352.

Il sospetto di interpolazione della parentesi induce poi a dubitare della genuinità di tutto il resto della frase: *si vero procuratori, aequae (...)* ipsius facta est, maxime si eius interfuit eam habere; riserbando di criticare fra un momento l'ultima proposizione (*maxime si... habere*), fermiamoci subito sull'altra. In essa è affermata la possibilità dell'acquisto della proprietà attraverso rappresentante. Ora è noto che per il diritto classico (1) un simile concetto contrasta col principio fondamentale dell'esclusione della rappresentanza diretta (2). Secondo i principii classici l'unico caso in cui la proprietà passava all'atto della spedizione doveva essere quello di consegna fatta allo schiavo (o genericamente a persona *alieno juri subiecta*). Nel caso di consegna fatta al *procurator* del destinatario, come normalmente, la proprietà doveva, secondo Ulpiano, rimanere al mittente fino al momento della consegna fatta al destinatario. C'è a favore dell'ipotesi d'interpolazione una prova d'indole formale. Il *vero* introduce sempre un'avversativa; dopo aver concluso, nel caso di consegna allo schiavo, per l'acquisto immediato, Ulpiano, cominciando la frase successiva con *si vero*, doveva concludere che *invece* nel caso di consegna al *procurator* l'acquisto andava ritardato al momento della recezione. Il fr. doveva quindi in questo punto essere stato scritto in questa forma: *si vero procuratori, non aequae ipsius facta est*; il radicale e semplice mutamento operato dai compilatori ha la sua spiegazione nell'ammissibilità per loro dell'acquisto della proprietà per mezzo di rappresentanti. Sicura del pari mi sembra l'interpolazione dell'inciso *maxime si eius interfuit eam habere*. Infatti l'interesse del destinatario alla recezione è elemento indispensabile della *traditio* solo se ha il significato di volontà

(1) *Gai institut.*, II, 95.

(2) Ma è noto che in alcuni testi è affermata la possibilità dell'acquisto del dominio attraverso il *procurator*, purchè dietro *iussum* della persona cui il dominio si acquista. Cfr. Paul. 54 ed. D. 41, 2, 1 § 21 (itp. *non-consenserint* secondo SCHULZ, *Einführung*, 66).

di acquistare il possesso — sia pure realizzata attraverso l'intervento del *procurator* —; e, mancando tale volontà, non avrà luogo la *traditio* nè il conseguente passaggio della proprietà.

C'è un caso in cui, secondo Ulpiano, nonostante l'avvenuta consegna della lettera allo schiavo o al *procurator* del destinatario, pure la proprietà non passa (1). *Quod si ita misi epistulam, ut mihi remittatur, dominium meum manet, quia eius nolui amittere vel transferre dominium*; il fatto dipende, mi sembra, da ciò che non avviene, per mancanza di un elemento essenziale (la volontà dell'acquirente di acquistare la signoria della cosa, la volontà del tradente di spogliarsene *definitivamente* in favore della controparte) la *traditio*. *Quia eius nolui amittere vel transferre dominium*: questa frase è ritenuta interpolata dal DE FRANCISCI perchè costituirebbe una inutile ripetizione di quanto è detto immediatamente prima (*dominium meum manet*). Comunque, la mancanza del trasferimento della proprietà va collegata alla mancanza di trasferimento del possesso per inesistenza della tradizione.

Esaminiamo adesso un altro frammento (D. 41, 1, 65 pr.) che porta l'*inscriptio*: *Labeo libro sexto pithanon a Paulo epitomatorum*; il principio enunciato da Labeone è il seguente: *Si epistulam tibi misero, non erit ea tua, antequam tibi reddita fuerit*; e non contraddice alle regole dettate da Ulpiano nel passo dianzi esaminato e da Paolo nel seguito del frammento in questione, nonostante l'apparenza di un dissidio piuttosto profondo fra i giureconsulti. Abbiamo visto difatti che anche da Ulpiano il passaggio della proprietà è fatto dipendere dalla *traditio* al destinatario o a un suo organo. Ora, se la *traditio* avviene quando la cosa passa dalla sfera giuridica del tradente

(1) Cfr. i risultati (analoghi a quelli cui arrivo nel testo) a cui giunge il DE FRANCISCI nella critica che fa di questa parte del frammento nella sua opera *Il trasferimento della proprietà*.

a quella dell'accipiente, è chiaro che ordinariamente (poichè i casi esaminati da Ulpiano vanno considerati eccezionali) la penetrazione della lettera nella sfera giuridica del destinatario avverrà non già al momento della sua spedizione, ma al momento in cui il destinatario riceve, da un organo o da un *procurator* del mittente, l'*epistula*. L'ipotesi contrapposta da Paolo (*immo contra: nam si miseris ad me tabellarium tuum et ego rescribendi causa litteras tibi misero, simul atque tabellario tuo tradidero, tuae fient*) non rappresenta, come a prima vista parrebbe, la posizione di una massima contraria, bensì la considerazione di un caso che è in fondo eccezionale. Ed è un caso sostanzialmente analogo, se non identico, a quelli prospettati per primi da Ulpiano nel passo esaminato dianzi. Il *tabellarius* è, come dice l'HEUMANN (1), un *privater Briefträger* e, a seconda che si trattasse di uno schiavo o di una persona libera, avrà avuto la funzione giuridica del *servus* o del *procurator* del passo di Ulpiano studiato sopra. Ad ogni modo giusto sembra il pensiero dei glossatori, che tendono a conciliare le due opinioni: quella di Ulpiano e quella di Labeone. La prima non rappresenta in fondo, stando ai glossatori, che la risoluzione adottata in casi i quali rispetto alla regola enunciata da Labeone appaiono eccezionali. Più fedele al rigore sistematico romano appare questa interpretazione di quella dei Basilici che (50, 1, 60) tradiscono in sostanza non solo l'avviso di Labeone, ma anche quello di Paolo. Εἰ γράψω σοι ἐπιστολήν, ἐξ ἔτου ταύτην ὁ διακομίζων λάβῃ, σὴ γίνεται: in tutti i casi in cui il *διακομίζων* non sia un organo o un rappresentante del destinatario, la lettera resta di proprietà del mittente anche dopo l'avvenuta consegna.

Il passo (D. 41, 1, 65 pr.) continua nella parte attribuita a Paolo: *idem accidet in his litteris, quas tuae dumtaxat rei gratia misero, veluti si petieris a me, uti te alicui commendarem et*

(1) HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon*³, s. h. v.

eas commendaticias tibi misero litteras; si tratterebbe dunque di una regola speciale relativa all'anticipo del trapasso della proprietà nelle lettere di raccomandazione. L'*idem accidet* va riferito alla massima enunciata prima: l'anticipo del trapasso della proprietà, che avviene al momento della spedizione, ossia della consegna fattane al vettore dal mittente (massima affermata sia da Ulpiano che da Paolo in casi speciali). Ma nell'ipotesi della lettera di raccomandazione una ragione giuridica ad anticipare il trasferimento della proprietà non c'è; in mancanza di altri elementi l'interesse del destinatario a ricevere la lettera avrà magari conseguenze giuridicamente rilevanti in ordine ad altre questioni (ad es. legitimerà ad esercitare l'*actio furti*), ma non si muterà mai, prima della *traditio* fatta al destinatario o ad un suo organo o rappresentante, in diritto di proprietà; ecco perchè la frase in parola mi sembra dovuta al rimaneggiamento triboniano, ed ispirata alla tendenza ad accordare la tutela giuridica *reale* all'interesse al contenuto del documento.

§ 4.

A proposito della *traditio* di documenti è necessaria anzitutto un'osservazione di carattere preliminare e molto più generale. Nelle nostre fonti è frequente, e specialmente in argomento, l'adozione di termini aventi un significato tecnico per designare concetti empirici. È ovvio del resto che *traditio*, *tradere* non hanno sempre il significato di *trasferimento della proprietà*, *trasferire la proprietà*. Così Pomponio, in quel suo rapido sguardo storico del diritto e della giurisprudenza romani, ci racconta (D. 1, 2, 2, 7) di quel famoso *Gnaeus Flavius scriba* che *subreptum librum populo tradidit* (si tratta del *liber actionum* custodito, com'è noto, dal collegio dei pontefici): non pare che qui nè la *surreptio* nè la *traditio* del libro abbiano significato giuridico.

All' infuori dei casi in cui la *traditio* di documenti non ha alcun significato giuridico, ma non altro che un significato volgare, esistono però altri casi in cui, come in D. 13, 7, 43 pr. (Scaev. V dig.), la *traditio* di documenti ha un significato giuridico quantunque diverso da quello tecnico di modo d'acquisto della proprietà: « Locum purum pignori creditori obligavit eique instrumentum emptionis tradidit... mota sibi controversia a vicino de latitudine... petit a creditore ut instrumentum a se traditum auctoritatis exhiberet... ». Ed appunto perchè la *traditio* viene a garantire la prova dell'ipoteca costituita sul fondo, Scevola, che vuole evidentemente alludere alla consegna del documento parallela alla costituzione di ipoteca, parla della *traditio* del documento in un caso in cui essa non ha significato di modo d'acquisto della proprietà (1). E dal momento che è sempre il documento giustificativo della proprietà quello di cui parla Scevola è chiaramente erronea, nè occorre insistere su questo punto, l'interpretazione di BARTOLO secondo cui il testo si sarebbe riferito, anzichè ai documenti giustificativi della proprietà del fondo, ai documenti che le parti avrebbero redatto per provare la costituzione d'ipoteca, mentre l'*instrumentum emptionis* è chiaramente (come aveva interpretato la glossa) il documento della compra-vendita attraverso cui il fondo è pervenuto all'attuale proprietario. Si può pensare che il nome di *instrumentum auctoritatis* significhi il documento della *mancipatio* del fondo con la relativa *satisfactio secundum mancipium* nella quale si riversava anche la responsabilità *de modo agri* (si tratta sempre dello stesso documento indicato con un'altra espressione).

Un altro testo relativo alla *traditio* di documenti (di *instrumenta emptionis*) è C. 3, 1, 4: (Alex., a. 228): *Si, cum*

(1) In questa ipotesi *traditio* significa dazione del documento, esprimente, o confermate, la volontà di ipotecare il fondo; cfr. C., 8, 16, 2 [Ant., a. 212]: non occorre insistere nel rilievo che mancano i requisiti del negozio traslativo.

tibi pretium praediorum a curatoribus reputaretur et INSTRUMENTA EMPTIONIS TRADERENTUR, quaestionem omissae evictionis non movisti: intelligis semel finitam litem instaurari non oportere; pare che qui la *traditio* (qualunque valore giuridico essa abbia) dei documenti sia avvenuta, insieme col resto del rendiconto, in seguito ad un'*actio negotiorum gestorum utilis* (se si tratta di un *curator furiosi* o di un *curator prodigi*) o ad un'*actio negotiorum gestorum* normale (se si tratta di un *curator minoris*) (1): comunque che una lite ci sia stata fra curatore e persona soggetta a cura non pare dubbio: ne è chiara prova l'accenno alla *semel finita lis*. L'unico problema che in questa sede c'interessa è se la *traditio* abbia oppure no il senso di trasferimento del possesso producendo il trasferimento della proprietà. Il dubbio ha la sua ragione nella spontaneità della domanda se la persona soggetta a cura è divenuta proprietaria del documento appena esso è stato dal venditore consegnato al curatore, ovvero lo divenga solo in seguito alla *traditio* fattane a lui dal curatore che era stato nell'intervallo fra la prima e la seconda *traditio* il proprietario degl'*instrumenta*. Tutto si riduce in fondo all'indagine se il curatore si comporti o no come un rappresentante. Nel caso affermativo la proprietà dei documenti passerebbe alla persona soggetta a cura dal momento che ne è fatta la *traditio* al curatore, analogamente a quanto abbiamo visto accadere, ma solo per diritto giustiniano, per la lettera missiva tradita al *procurator* del destinatario; e in tal caso la seconda *traditio* non avrebbe l'effetto di trasferire la proprietà del documento dal tradente all'accipiente, perchè ne mancherebbero tutti i presupposti. Mancherebbe infatti nel tradente la proprietà dei documenti, spettando la quale all'accipiente, questi non avrebbe nessuna intenzione di acquistarla

(1) Per le differenze e l'evoluzione di questi istituti — argomento che esula dal mio campo d'indagine — v. ARANCIO-RUIZ, *Istit. di dir. romano*, p. 484 sgg. e bibliografia ivi citata.

nè il tradente di trasmettergliela; e mancherebbe per gli stessi motivi la *causa traditionis*: la *traditio* avrebbe perciò in tale ipotesi il significato di sostituzione nella detenzione e non quindi il suo complesso e tipico significato tecnico. Diversamente si profila il caso qualora il curatore non vada considerato come rappresentante, dal momento che non può evidentemente essere considerato come un organo della persona soggetta a cura. Se vero rappresentante non è, egli acquisterà, in conseguenza della *traditio* a lui fattane dal venditore dei fondi, la proprietà dei documenti e la conserverà finchè se ne spogli con la *traditio* che ne farà al suo amministrato, il quale solo da quel momento ne diverrà proprietario: allora la *traditio*, è chiaro, avrà proprio il significato tecnico di trasferimento del possesso operante trasferimento della proprietà avendone tutte le caratteristiche.

Dunque tutto si riduce a un problema identico a quello esaminato nel paragrafo precedente circa l'acquisto della proprietà della lettera attraverso il *procurator*: ora la figura del curatore nel diritto romano non è figura unitaria. Vanno distinti infatti i due tipi di *curator furiosi* e *prodigi* da una parte e di *curator minoris* dall'altra; certo però per tutto il diritto classico e quindi all'epoca dei Severi (la c. in esame è appunto di Alessandro) sia per l'una che per l'altra figura di *curator* trova applicazione il principio che la proprietà non si acquista per mezzo del rappresentante (1). Da questo risulta che per la nostra indagine non ha interesse accertare se il passo alluda a una *cura prodigi* o *furiosi* ovvero a una *cura minoris* giacchè in entrambe le specie la proprietà dei documenti non passa direttamente nella persona soggetta a cura per effetto della *traditio* fattane al curatore. Ad ogni modo è, o così mi sembra, più probabile trattarsi di *cura minoris*. Infatti è praticamente piuttosto raro

(1) FERRINI, *Pandette*, p. 323: « Si comprende pertanto come nel diritto classico anche tutore e curatore non potessero acquistare il possesso pei loro amministrati ».

il caso di fine della cura *prodigi* e *furiosi* per causa diversa dalla morte della persona che vi è soggetta, mentre la cura del minore non si protrae oltre il 25° anno. Di *cura minoris* pare pensino trattarsi anche i Basilici (7, 6, 4), i quali parlano espressamente di *ὁ νέος*; comunque, a qualunque tipo appartenga questo curatore, egli non ha nei confronti del suo amministrato un potere di rappresentanza tale da far ricadere in capo a questo gli effetti della *traditio* a lui fatta.

In conclusione la *traditio* di cui parla il passo, del curatore all'amministrato, è vera *traditio* in quanto opera trasferimento di proprietà: ve ne sono infatti tutti gli elementi.

Io reputo, come spiegherò più sotto, interpolata la frase *item-edere* in D. 2, 13, 9, § 1 (Paul. 3 ed.): Paolo non doveva dire, a parer mio, in questo frammento assai discusso anche pel concetto della successione, se non che i *successori* qui (nella *successione ereditaria*, come specificano meglio i richiami all'erede del banchiere, cui è addossato l'obbligo all'esibizione dei conti o *rationes*) si hanno a ritenere obbligati all'esibizione, nel caso in cui posseggano il documento.

D. 2, 13, 9, § 1. « *Paulus, libro tertio ad edictum. Nihil interest si successores [aut pater aut dominus] argentarii eiusdem fuerunt professionis: quia cum in locum et in ius succedunt argentarii, partibus eius fungi debent. is autem, cui argentarius rationes suas legavit, non videbitur contineri [quia iuris successor his verbis significatur]: non magis quam si vivus eas donasset. sed nec heres tenebitur, cum nec possideat, nec dolo malo fecerit quominus possideret: sed si ei, antequam eas legatario traderet, renuntiatum fuerit [ne ante eas tradat] tenebitur quasi dolo fecerit [: item antequam eas tradat, tenebitur. quod si nihil dolo fecerit, causa cognita legatarius cogendus est edere] ».*

Ora, benchè io abbia ritenuto sopra (col BONFANTE, *Annotazioni alle Pandette del Gluck*, libro 29, parte I, pag. 438) inter-

polata la chiusa del testo, a me non sembra tuttavia che questa interpolazione abbia virtù tale da esimermi dallo studio della natura della *traditio* dei conti, di cui il frammento parla anche in un punto ritenuto genuino dagli studiosi. Io ritengo anche, come insegnano chiaramente i principii classici, che *traditio* nella specie non abbia significato consegna operativa del trasferimento di proprietà in tutti i casi, ma consegna susseguente all'acquisto della proprietà da parte dell'accipiente in quei casi, nei quali la proprietà si è acquistata direttamente al legatario, nei legati *per vindicationem*, mentre nei legati *per damnationem* la tradizione fatta dall'erede opera essa il trasferimento della proprietà.

Anche in materia di fedecommissi di documento non manca qualche accenno alla *traditio*. Un caso di fedecommissi di documento in cui è usata l'espressione *tradere instrumentum* è il D. 31, 77, 26 (*Papinianus 599 De fideicommissis I libro octavo responsorum*): *Instrumentum voluntatis meae filio meo tradi volo*. Non va esaminato qui l'atteggiarsi del contenuto del documento nei confronti del rapporto fedecommissario di cui esso è oggetto, giacchè tale questione fa parte dell'indagine sull'eventuale influsso del contenuto del documento sul rapporto medesimo (1) e d'altra parte questo rapporto non è la *traditio* considerata in sè. Qui il problema va studiato semplicemente in rapporto alla *traditio* come tale. La questione è se in questo caso la *traditio* del documento (e, limitata a questo punto l'indagine, non vi ha dubbio che il documento si comporta come un'altra cosa qualunque) abbia il significato tecnico di trasferimento del possesso operante trasferimento di proprietà: il quesito offre una certa analogia con quello esaminato dianzi. Intanto va stabilito chi siano i soggetti fra cui la *traditio*, abbia o no significato tecnico, avverrà, cioè chi sia il fedecommissario (e qui non sorgono dubbii) e chi la persona gravata del fedecommissi.

(1) Per questa indagine v. *infra*, IX § 2.

Ora, per quanto la lettera in cui la disposizione è contenuta sia diretta al depositario del documento, sembra sicuro che non sia lui il gravato, giacchè egli non è persona beneficiata dall'eredità. Anzi la ragione del dubbio sulla validità del fedecommissi, come appare dal frammento, doveva sorgere proprio dal fatto che destinataria della dichiarazione fedecommissaria era una persona che non poteva ritenersene gravata: e a questo dubbio risponde la seconda parte del passo: *cum pluribus heredibus intestato diem suum obisset, intelligi fideicommissum filio relictum respondi: non enim quaeri oportet, cum quo de supremis quis loquatur [sed in quem voluntatis intentio dirigatur]* (1): i gravati del fedecommissi sono quindi i *plures heredes ab intestato*: la *traditio* perciò, di cui parla il frammento, avverrà fra gli eredi (o uno di essi) e il fedecommissario; al carattere di questa *traditio* del documento va ristretta qui la nostra indagine. È di importanza fondamentale al riguardo la considerazione dell'efficacia del fedecommissi, efficacia obbligatoria (almeno nell'epoca classica) e non reale (2). La consegna dell'*instrumentum (epistula)* fatta al fedecommissario sarà una vera *traditio* nel significato tecnico di questo termine. Ce ne sono infatti tutti i presupposti. C'è nel tradente, o nei tradenti, la proprietà dell'oggetto; c'è la volontà di trasmetterne e rispettivamente di acquistarne la signoria di fatto; c'è infine la *iusta causa traditionis* che è costituita nella specie dal rapporto giuridico fedecommissario. In quanto oggetto della *traditio* il documento funziona come qualunque altra cosa.

(1) Le parole chiuse in parentesi sono ritenute interpolate dall'ALBERTARIO in *Riv. dir. comm.*, 27, 1 (1929), 249, n. 2.

(2) « Le fidéicommis ne fait jamais naître qu'une créance, qu'à la vérité le droit classique récent a assurée contre les aliénations du grevé en donnant au fidéicommis-saire une *missio in possessionem rei* contre les tiers acquéreurs de mauvaise foi, et, à l'invers, le grevé y doit toujours les intérêts depuis la mise en demeure »: GIRARD, *Droit romain*, p. 979. Per l'efficacia del fedecommissi nell'epoca giustiniana v. FERRINI, *Pandette*, pp. 811-812.

Un analogo ragionamento mi pare vada fatto per la *traditio* di documenti che venga effettuata a causa di una costituzione di dote: anche in questo caso le conseguenze derivanti dal contenuto si riallacciano non alla *traditio* bensì al contributo dotale che ne costituisce la causa. Il frammento relativo è D. 24, 3, 49 pr. (Paolo libro septimo responsorum) *Maevia marito suo inter alias res dotis etiam instrumentum solidorum decem tradidit*, in relazione a cui BARTOLO (1) commenta: *Traditio instrumenti habet vim non solum cessionis, sed mandati directarum*; ma la conseguenza non deriva dalla *traditio* per sè, bensì dalla causa di essa, cioè dal rapporto dotale. Per quanto attiene alla *traditio* di cui parla il passo, essa ha il suo pieno significato tecnico, giacchè ne esistono tutti i presupposti. Il documento di credito sarà normalmente in proprietà della moglie; il trasferimento del possesso di esso avviene coll'intento di trasferirne e rispettivamente di acquistarne la signoria di fatto. Infine il rapporto giuridico dotale costituisce la *iusta causa traditionis*: al marito passa per diritto romano classico il dominio delle cose dotali, a differenza di quanto accade nella legislazione moderna.

§ 5.

Da quanto abbiamo detto fin qui sulla proprietà del documento, e in ispecie sulla *traditio* di esso, emerge quello che a me sembra il carattere fondamentale dell'atteggiarsi del documento quando è oggetto in diritto romano classico di rapporti reali; a differenza di ciò che accade quando invece è oggetto di rapporti obbligatori, il suo contenuto non ha nessuna influenza sul rapporto reale stesso; il regime giuridico della proprietà e della *traditio* (in sè) del documento non è diverso da quello della proprietà e della *traditio* di qualunque altra cosa.

(1) *In Primam Infortiati Partem, Venetiis, apud Iuntas, 1570, p. 29.*

Ma nelle fonti c'è un altro aspetto sotto cui talvolta si presenta la *traditio*: c'è una forma di quella che, dal diritto intermedio in poi, va sotto il nome di *traditio ficta*, in cui l'oggetto della consegna materiale è un documento relativo alla cosa la quale è oggetto del negozio giuridico *traditio*. La funzione del documento in questo caso è fundamentalmente diversa da quella che era esplicita nei casi esaminati fin qui. C'è una vera *traditio*, ma l'oggetto non ne è il documento, bensì la cosa cui si riferisce il documento stesso. Questo ha la funzione di sostituirsi alla cosa per ciò che attiene alla materiale consegna. Si comporta dunque in modo analogo ai titoli rappresentativi del diritto moderno, i quali anche essi non sono l'oggetto del negozio di trasferimento (reale o obbligatorio) concluso mediante la loro consegna materiale. Senonchè come una tale funzione del documento contrasti con alcuni fondamentali principii del diritto romano è stato dimostrato dal RICCOBONO (1), specialmente in ordine alla concezione materialistica che della *traditio* avevano i Romani. D'altra parte il documento non ha mai nel diritto classico la funzione del nostro titolo rappresentativo.

Il passo, in cui, allo stato attuale delle fonti, il documento e la sua *traditio* adempiono alla funzione suindicata, è C. 8, 53, 1 (*Imp. Severus ed Antoninus, a. 210*).

Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis: et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere; il passo viene in considerazione qui per ciò che ha riguardo alla configurazione della *traditio instrumentorum*, giacchè le questioni relative al rapporto di donazione in sè non hanno in questa sede importanza. La costituzione, come appare nella compilazione giustiniana, riallaccia alla *traditio* dei documenti di compravendita degli schiavi la conseguenza del trasferimento

(1) *Traditio ficta* in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, XXXIII e XXXIV.

di proprietà degli schiavi stessi, che non poteva avvenire per i classici senza la *mancipatio*, o, in epoca successiva, la *traditio*, dei *mancipia*: che nel passo in esame la proprietà passi agli effetti del diritto civile è provato dalla ultima frase: *et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere*. Lo scolio di Teodoro, nei Bas. 47, I, 35, sopprime la menzione della *traditio* (1): Ὁ ὠνεακὸν δούλου τινὶ δωρούμενος δοκεῖ καὶ τὸν δούλον αὐτῷ χαρίσασθαι: non si tratta quindi di una *traditio* avente ad oggetto un documento, a cui IL DIRITTO PRETORIO, tenendo conto della *causa traditionis* e della volontà delle parti, riallacci conseguenze in ordine alla cosa a cui il documento o i documenti sono relativi. Sembra perciò del tutto convincente la conclusione del RICCOBONO circa il passo in esame (2): «La c. I di Severo e Caracalla, se può nei suoi presupposti di fatto rappresentare consuetudini e norme di diritto provinciale, non si adice in alcuna guisa al diritto romano». Ed egualmente persuasiva pare la ricostruzione del rescritto offerta dallo stesso Autore (3):

Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis frustra et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis; et ideo non potes adversus donatorem in rem actionem exercere; la cancellazione nella costituzione di due parole è stata tale da mutarne radicalmente il significato e la fisionomia. La congettura del RICCOBONO, dicevo, appare pienamente accettabile. Infatti la *traditio* dei documenti fatta *causa donandi* avrà per diritto classico, in relazione ai principii studiati sopra, prodotto il trasferimento della proprietà *dei documenti* come di qualunque altra cosa che fosse oggetto della *traditio* avvenuta *causa donandi*. In casi simili il pretore, volendo tener conto del-

(1) L'osservazione fu fatta già dal GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, Band I, Abt. 2, p. 640^r.

(2) *Op. cit.*, pag. 280 dell'anno XXXIII.

(3) *Op. cit.*, vol. cit., p. 283.

l'intenzione delle parti, avrà provveduto, secondo le circostanze, con altri mezzi, non certo concedendo un'*actio in rem* (cioè una *rei vindicatio*) all'acquirente contro il tradente, una volta che questi conservava dei *mancipia* la proprietà civile e il possesso (1).

Non mi convince del pari invece la connessione stabilita dal RICCOBONO fra il passo esaminato e quei testi in cui si accoglie o si reagisce contro (2) «la consuetudine ellenistica per cui la consegna del documento è ritenuta come un elemento essenziale per la perfezione del negozio, cioè in una funzione che corrisponde perfettamente al caso nostro in esame». Anzi tutto il documento la cui consegna è, secondo la consuetudine ellenistica, ritenuta come un elemento essenziale per la perfezione del negozio (donazione) è probabilmente il documento del negozio stesso, cioè della donazione. Nel caso nostro in esame, in cui pure la *causa traditionis* è una donazione, i documenti della cui consegna si discute non sono affatto i documenti della donazione, bensì i documenti della compra-vendita dei *mancipia* compiuta dal tradente: *EMPTIONUM mancipiorum instrumenta*. E poi, quanto alla funzione della consegna dei documenti, non vanno confusi due concetti essenzialmente di-

(1) Il RICCOBONO nello studio citato esamina una quantità di testi che affermano la perfezione della donazione nell'ipotesi di mancanza della *traditio* (nel senso classico) e, nei presupposti di fatto, dichiarano avvenuta invece qualcuna delle forme della c. d. *traditio ficta*: per il RICCOBONO l'interpolazione si spiega colla spiritualizzazione della *traditio*, per cui la *traditio ficta* si ritenne capace di trasferire il dominio. Da questa spiegazione si allontana, giustificando le interpolazioni con tutto un altro ragionamento (in forza del quale il compilatore avrebbe ritenuta perfetta la donazione colla *traditio ficta* per il riconoscimento della promessa obbligatoria di donare configurata sul tipo dei contratti consensuali), il CHECCHINI nella monografia *Trasferimento di proprietà, ecc.* negli «Atti del R. Ist. Ven.» del 1914. Anche il punto di vista del CHECCHINI merita attenta considerazione, ma a me pare che esso non spieghi la concessione dell'azione reale al donatario nel caso di *traditio ficta*: i bizantini avrebbero dovuto, se il loro pensiero fosse stato orientato soltanto nel senso voluto dal CHECCHINI, contentarsi di accordare al donatario un'*actio in personam* contro il donante per ottenere il trasferimento del dominio.

(2) *Loc. cit.*

versi: quello della *necessità* di essa in quanto elemento essenziale per la perfezione del negozio, e quello della sua *capacità sostitutiva* di un altro elemento essenziale, la consegna materiale dell'oggetto della donazione. Mentre nella consuetudine orientale di cui parla il RICCOBONO la consegna del documento adempie alla prima funzione, nel caso nostro in esame tutto verte sulla seconda funzione, sulla capacità sostitutiva della consegna dei documenti in confronto della consegna degli schiavi.

Perciò i passi che il RICCOBONO (1) cita a sostegno della sua tesi provano, sì, la consuetudine orientale di cui si è parlato e i contrasti di essa coi principii del diritto imperiale romano, ma quando si è provato questo non si è provato niente che sia in connessione, almeno diretta, coi problemi a cui abbiamo visto dar luogo quel rescritto.

Così, per es., il RICCOBONO cita C. 3, 32, 15, 1 (Diocl. et Max., a. 293):

Si igitur antecedenti tempore possessionem emissem ac premium exsolvissem apud praesidem provinciae probaveris, obtentu non datorum instrumentorum expelli te possessione non patieris.

Qui la prima questione che si affaccia, in ordine a quanto detto sopra, è se gl' *instrumenta* sono gl' *instrumenta* del negozio giuridico concluso (nella fattispecie della compra-vendita) oppure i documenti giustificativi della proprietà della cosa venduta. I Basilici traducendo la c. (15, 1, 94) interpretano in quest'ultimo senso: *δικαιώματα τοῦ ἀγροῦ*, e sotto questo riguardo, secondo tale interpretazione, la connessione stabilita dal RICCOBONO col C. 8, 53, 1 reggerebbe pienamente. La glossa poi (2) dà, alla frase *non datorum instrumentorum*, due interpretazioni diverse, dall'una all'altra delle quali anche il significato dell' *in-*

(1) *Op. e vol cit.*, p. 280 s.

(2) *Ed. cit. adhlg.*, p. 405.

strumentum varia. Secondo la prima infatti *non datorum* è spiegato: *id est factorum*, ossia, attraverso una interpretazione indubbiamente errata, il passo non avrebbe più voluto alludere alla *consegna di documenti*, bensì solamente alla loro *confezione*. Ad ogni modo la discussione così intesa sarebbe invece relativa non ai documenti giustificativi della proprietà, ma ai documenti della compra vendita conclusa dai contraenti. Secondo l'altra interpretazione della glossa (*non datorum instrumentorum, quae habuit ab actore suo venditor*) i documenti, la cui consegna, secondo quella tal consuetudine, sarebbe stata elemento perfezionante il contratto, sono proprio i documenti giustificativi della proprietà, che sogliono passare da un proprietario a quello successivo. Ma, a parte la questione della natura dei documenti della cui consegna si tratta, ciò in cui emerge la differenza fra l'ipotesi del C. 3, 32, 15, 1 e quella del C. 8, 53, 1 è proprio la funzione della consegna. Chi chiedeva il rescritto nel caso del C. 3, 32, 15, 1 aveva ottenuto, come emerge chiaramente, il possesso della cosa, ma temeva che la compravendita non si fosse perfezionata per la mancanza della consegna dei documenti, la quale dunque avrebbe in tal caso avuto valore *costitutivo*, e così doveva essere, come pensa il RICCOBONO, secondo qualche consuetudine orientale. Mentre, come ho detto sopra, la consegna dei documenti nel C. 8, 53, 1 ha valore sostitutivo della consegna della cosa a cui i documenti sono relativi.

L'altro rescritto citato dal RICCOBONO, che però attenua riguardo ad esso la connessione con quello da cui abbiamo preso le mosse, dicendo che il caso ivi risolto « *per certi rispetti* ha analogia col nostro » (1), è il V. F. 297: *Cum matrem tuam donationis instrumenta in neptem suam fecisses nec ea tradidisses dicas cet.* (il rescritto è di Diocleziano e Costanzo, a. 285): qui sulla natura degl' *instrumenta* non sorge dubbio di sorta. *Donationis*

(1) *Loc. cit.*, p. 281.

instrumenta non sono altro che i documenti della donazione, del negozio giuridico di cui si discute. Quanto alla funzione poi della consegna dei documenti, il suo carattere *costitutivo* (che è ciò che viene in discussione nel rescritto, a parte l'accoglimento o meno che del principio sia fatto) è riconosciuto in fondo dallo stesso RICCOBONO (1): «qui Giulia Tolemaide nella sua petizione rileva la non avvenuta consegna della scrittura di donazione alla nipote, per dedurre, e solo per questo motivo, la invalidità della donazione fatta dalla madre sua alla nipote»: il principio giuridico su cui dunque si fondava Giulia Tolemaide era che la consegna del documento della donazione fosse, rispetto al negozio giuridico donazione, elemento tale, che in sua mancanza, pur nella presenza di tutti gli altri elementi, il negozio non si perfezionasse: elemento *costitutivo* del negozio, in altri termini. Nella risposta di Diocleziano può a prima vista sembrare che invece alla consegna dei documenti venga attribuito, rispetto alla consegna della cosa donata, valore sostitutivo. *Neque instrumenta neque possessionem traditam esse ostende*: parrebbe che alla validità della donazione bastasse una delle due *traditiones*, e quindi in mancanza del trasferimento del possesso della cosa fosse sufficiente quello degl' *instrumenta*, il quale adempirebbe così una funzione sostitutiva. Senonchè Diocleziano qui, una volta che Giulia Tolemaide affermava non essere avvenuta la consegna dei documenti, intendeva evidentemente concentrare la sua attenzione sull'altro elemento, *possessionem traditam esse* (o *non esse*), dal quale soltanto per i principii classici poteva dipendere la validità di una donazione reale.

In conclusione la *traditio instrumentorum*, sia nella sua funzione *sostitutiva* della consegna della cosa a cui i documenti sono relativi, sia nella sua funzione *costitutiva* rispetto a certi negozi giuridici (le differenze fra le funzioni sono state rilevate

(1) *Loc. cit.*

nelle pagine precedenti), urta contro principi fondamentali del diritto romano e rappresenta il portato di consuetudini orientali: si tratta insomma di casi in cui il documento agisce e reagisce con maggiore o minore energia sui rapporti e sui negozi giuridici: sono fenomeni che appartengono a quella indicata sopra come la terza fase di sviluppo del documento nel diritto romano, la quale ha esplicazioni tutt'altro che trascurabili nella compilazione giustiniana.

L'esame, per quanto sommario, di questi fenomeni conferma, *ex adverso*, quanto fu detto al principio del presente paragrafo: la dimostrazione del teorema che nel diritto romano classico il regime giuridico della proprietà e della *traditio* dei documenti non differisce da quello della proprietà e della *traditio* delle altre *res*, è rafforzata dalla constatazione che i casi in cui invece differenze profonde emergono sono collegati a principii e a tendenze sicuramente non classiche.

§ 6.

I mezzi di difesa della proprietà del documento, o meglio le azioni reali aventi ad oggetto il documento, si riducono alla *rei vindicatio*.

Anzitutto, va rilevato che due soli testi parlano della *vindicatio* del documento.

In secondo luogo per tutta la categoria dei documenti di credito è rara la presenza dei presupposti della *rei vindicatio*, è raro cioè il caso che proprietà e possesso del documento si trovino disgiunti.

Infine, e sempre più quanto più si sviluppa il documento come istituto processuale — sviluppandosi il processo —, intorno al documento si impernano mezzi specialissimi, il cui studio non rientra nella materia di questo lavoro.

*
* *

L'azione fondamentale a tutela della proprietà, la *rei vindicatio*, è ricordata in relazione al documento in un passo di Gaio di cui si discorse nel paragrafo sulla proprietà delle *tabulae testamenti* (p. 126 sg.), quando dalla legittimazione dell'erede alla *vindicatio* delle *tabulae* traemmo una conferma dell'asserzione che all'erede ne spetta la proprietà. D. 29, 3, 3, Gaius, *libro septimo decimo ad edictum provinciale*. Ipsi tamen heredi vindicatio tabularum sicut ceterarum hereditarium rerum competit, et ob id ad exhibendum quoque agere potest. Certo è che, come fu allora rilevato, trova in questo testo conferma la preponderanza dell'elemento *reale* nel regime classico dei rapporti aventi ad oggetto documenti, una volta che la *rei vindicatio* delle *tabulae* non differisce, per esplicito rilievo di Gaio, da quella delle *ceterae res hereditariae*.

Concerne la revindica di documenti: C. 6, 2, 15. Diocl. Furti actione minime teneri successores ignorare non debueras. de instrumentis autem ablatis in rem actione tenentem convenire potes.

Come si vede, il testo afferma potersi convenire coll'azione reale i possessori di documenti rubati anche dopo l'estinzione dell'*actio furti* per morte del ladro: il principio, enunciato in ordine ai documenti, poichè a questi doveva riferirsi la petizione, è lo stesso che disciplina la rivendica delle altre cose; anche qui dunque l'elemento reale è quello che predomina.

§ 7.

In qualsiasi modo il fenomeno del condominio venga spiegato giuridicamente, è ovvio che anche il condominio dei documenti, fatto non raro nella vita giuridica, dà luogo a questioni cui non dà luogo la proprietà solitaria. Alcune di tali questioni

sono comuni a ogni forma di condominio, qualunque ne sia l'oggetto, e non entrano quindi nell'ambito degli argomenti di questa indagine. Ma c'è un altro gruppo di questioni che non sorgono quando oggetto del condominio sia una cosa priva di certi caratteri che sono invece comuni a tutti i documenti. Il gruppo di problemi a cui si accenna è in connessione coll'appartenenza dei documenti alle cose indivisibili, da cui deriva l'impossibilità di una divisione di essi in parti materiali la quale metta fine allo stato di condominio sostituendo ai vari diritti di comproprietà altrettanti diritti di proprietà solitaria quanti sono i condomini: le difficoltà nascono proprio dalla necessità pratica del perpetuarsi del condominio. Il gruppo dei problemi è in fondo così omogeneo, da non costituire che un solo importante problema. Dato il carattere di cosa indivisibile che hanno i documenti, è praticamente necessario il possesso solitario del documento da parte di uno dei condomini. Le nostre fonti si trovano allora davanti alla difficoltà della scelta di un criterio in base a cui attribuire a uno dei condomini il possesso del documento.

Il principio che risolve il problema non è unico: la varietà dei principii però, nei limiti in cui realmente sussiste, è dovuta probabilmente all'esistenza nella compilazione giustiniana di due tendenze, l'una classica, l'altra quasi certamente, almeno in questa applicazione, giustiniana.

D. 10, 2, 5 (Gai. 7 ed. prov.) contiene appunto quei due criteri, applicati alla questione del possesso di *cautiones hereditariae*.

Si quae sunt cautiones hereditariae, eas iudex curare debet, ut apud eum maneant, qui maior ex parte heres sit [; caeteri descriptum, et recognitum faciant], (?) cautione interposita, ut, cum res exegerit, ipsae exhibeantur. Si omnes iisdem ex partibus heredes sint nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, [sortiri eos oportet; aut] ex consensu [vel suffragio] eligendus est amicus, apud quem deponantur: vel in aede sacra deponi debent.

Qui sorge un dubbio di carattere preliminare, il dubbio se il caso contemplato dal frammento risolva una questione di possesso di documento comune o piuttosto una questione di divisione di un patrimonio comune di cui fa parte il documento, ponendo così fine anche su questo allo stato di comproprietà. Infatti, in questo passo è indicata la via a un *iudex* in un'*actio familiae erciscundae*. Ora, com'è noto, il fine di questa azione era proprio quello di sostituire alla comunione di diritti e di obblighi, esistente fra i coeredi, diritti ed obblighi di cui soggetti non fossero più tutti i coeredi, ma ciascuno di essi. Così, per quanto riguarda la proprietà, scopo dell'*actio familiae erciscundae* è di sostituire diritti di proprietà solitaria al condominio. Questa sarebbe, quindi, un'azione che, così schematicamente considerata, eliminerebbe tutte le questioni nascenti dalla comproprietà, e quindi anche la questione del possesso delle cose indivisibili comuni, una volta eliminata la comproprietà stessa. Risulta invece che, nel nostro caso, l'*actio familiae erciscundae* non fa cessare la comproprietà delle *cautiones hereditariae*, anzi regola e definisce le questioni nascenti dal perdurare di essa, e ciò risulta da parecchie considerazioni, non da una sola. Quando è divisibile la prestazione oggetto della *stipulatio*, il credito si divide *ipso iure* fra i coeredi (1). Ma poichè, essendo originariamente unica la *stipulatio*, è unica, e per di più indivisibile, la *cautio*, essa resta comune ai coeredi, mentre il possesso ne va assegnato ad un unico soggetto. Ciò posto, altri argomenti appoggiano l'inquadramento del caso fra quelli in cui non cessa, su certi oggetti ereditari, lo stato di comproprietà. In questo senso, mi sembra, depone l'espressione *apud eum maneat*, che

(1) Quando invece la prestazione è indivisibile, nel diritto classico ognuno degli eredi dello stipulante è legittimato *in solidum* e ottiene, agendo, una condanna pure *in solidum*. Nel diritto giustiniano si mantiene la legittimazione *in solidum*, ottenendo però ciascuno dei coeredi una condanna limitata alla sua quota ereditaria. Cfr. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obblig. indivisibili nel dir. romano*, pp. 53 sgg.

allude piuttosto alla risoluzione di un problema di possesso che a quella di un problema di proprietà; in questo senso infine l'ultima parte del frammento, relativa al deposito delle *cautiones apud amicum* o *in aede sacra*, che contempla un'ipotesi in cui certo il condominio sussiste, senza rilevare la profonda differenza che esisterebbe fra tale ipotesi e le precedenti, se in queste per effetto della sentenza (o dell'accordo) il condominio sulle *cautiones* cessasse.

Si è già accennato che diversi sono i criteri adottati dal frammento per la risoluzione del problema del possesso dei documenti ereditari. È, il primo criterio, suggerito al giudice da Gaio, per l'aggiudicazione del possesso, un criterio ispirato, nella risoluzione di un conflitto di interessi nascente dall'eguale forza dei diritti dei contendenti, appunto dalla prevalenza dell'interesse in uno dei coeredi anzichè in un altro. L'aggiudicazione, ai semplici effetti del possesso, avviene a favore di colui *qui maiore ex parte heres sit*, e che perciò stesso nel caso di stipulazione divisibile ha ottenuto un credito maggiore, nel caso di stipulazione indivisibile è titolare del credito per una maggiore quota (1). Infatti, nell'uno e nell'altro caso è maggiore l'interesse di quell'erede alla prova del diritto comune e quindi al possesso del documento che quel diritto rappresenta. Ora, nello stato in cui figura nella compilazione, il passo facilita anche agli altri coeredi la prova del loro credito, risultante dalla divisione, o del credito comune. Conseguentemente, prescrive che, una volta assegnato il possesso delle *cautiones* ad uno dei coeredi, « *caeteri descriptum et recognitum faciant* », cioè, come spiega l'ALOAN-

(1) La differenza della quota non ha ripercussione sul rapporto col debitore, verso cui ciascun coerede (n. prec.) è nel diritto classico creditore per l'intero; ma è ammessa dal GUARNERI CITATI (*l. c.*, p. 56) « la necessità che la *stipulatio qua singuli heredes in solidum habent actionem* venisse nel *iudicium familiae erciscundae*, quando l'azione non fosse stata ancora sperimentata, per impedirsi che uno dei condividenti agendo dopo sciolta la comunione, e conseguito l'intero, potesse trattenere anche la parte spettante agli altri ».

DRO (1), il coerede possessore *det coheredibus exemplum.... cautionum hereditarium, authentica apud se retineat*; senonchè una norma di questo genere suppone uno sviluppo del documento come istituto processuale, che non è in alcun modo pensabile al tempo di Gaio, qualora sia tenuto presente, non foss'altro, il posto di ultima importanza che egli assegna al documento nelle sue Istituzioni. I compilatori giustiniani, che ormai trovavano elaborati e chiariti concetti come quelli della *descriptio et recognitio instrumenti*, dell'*exemplum* contrapposto all'*authenticum*, concetti sconosciuti o ancora confusi in epoca classica, poterono inserire quella frase, riducendo così al minimo la necessità dell'esibizione delle *cautiones* da parte del possessore agli altri coeredi; infatti nella maggioranza dei casi sarà bastata a far fede del credito la *descriptio et recognitio instrumenti*, senza bisogno della produzione in giudizio del documento autentico. Per il medesimo motivo, l'importanza dell'elemento reale del documento, nella risoluzione del problema quale ci è fornita dalla compilazione, notevolmente si attenua. Anche in questo caso, come in altri in cui è riconoscibile l'intervento triboniano, il documento come cosa ha perduto la rigida fisionomia classica, una volta che mediante una serie di nuovi istituti è diventato, entro certi limiti, moltiplicabile e riproducibile. Era naturale che, quando di un documento determinato s'era trovato il modo di riprodurre copie o di fare descrizioni aventi valore giuridico, perdevano importanza le questioni relative al documento considerato come *cosa*, di cui al pari delle altre cose non sono possibili riproduzioni economicamente e giuridicamente equivalenti, o quasi, alla cosa stessa. Come si vede, è molto più conforme al modo di vedere classico intorno ai diritti reali su documenti la decisione di Gaio, quale appare una volta tolta

(1) *Corpus juris civilis Romani, cum notis integris* DIONYSII GOTHOFREDI, quibus accesserunt FRANCISCI MODII et aliae aliorum jctorum celeberrimorum, Neapoli, apud Januarium Mirelli bibliopolam, 1828. Ad h. l.

la probabile aggiunta triboniana: *si quae sunt cautiones hereditariae, eas iudex curare debet, ut apud eum maneant, qui maiore ex parte heres sit, cautione interposita ut, cum res exegerit, ipsae exhibeantur*; la *cautio* che doveva prestare il coerede aggiudicatario è di sapore prettamente classico, e aveva lo scopo di rafforzare l'obbligo della esibizione delle *cautiones hereditariae*, il cui adempimento, *cum res exegerit*, si sarebbe potuto ottenere coll'*actio ad exhibendum*: coll'*actio ex stipulatu*, competente ai coeredi non possessori in forza di quella *cautio* (*ut, cum res exegerit, ipsae exhibeantur*), l'attore sarà stato, almeno entro certi limiti, alleggerito dall'onere della prova del suo interesse all'esibizione. La *cautio* è spesso fondamento dell'aggiudicazione in possesso del documento comune in conformità dei principii classici. Vien fatto di rammentare come anche nel caso dell'interdetto *uti possidetis*, quando nessuno dei due destinatari obbedisca all'ordine del pretore e si debba perciò assegnare ad uno di essi il possesso della cosa fino alla decisione del giudice, l'assegnatario deve *cavere adversario suo fructuaria stipulatione* (Gai, IV, 166): l'analogia fra le due ipotesi consiste nel fatto che in entrambe all'assegnazione del possesso corrisponde l'onere di una *cautio*.

Evidentemente, il criterio della prevalenza dell'interesse al possesso non serviva in un caso, che è poi anche il più semplice: *si omnes iisdem ex partibus heredes sint*; nel quale l'interesse al possesso è di egual grado in tutti i coeredi. In ogni modo, c'è una possibilità di risoluzione, prevista da Gaio (*nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant*), in cui l'accordo delle parti serve, in pari causa, di criterio al giudice per l'assegnazione del possesso. Per il caso di mancanza di un accordo del genere, il frammento, come è adesso, adotta il criterio della sorte, che non deriva da alcun principio, perchè non risponde a nessuna esigenza logica. Sembrerebbe perciò che l'accenno all'adozione del criterio della sorte (*sortiri eos oportet*)

fosse dovuto senz'altro al compilatore. Ciò premesso, l'ipotesi più probabile pare questa: Gaio non doveva far cenno del criterio della sorte, ma, nel caso previsto di coeredi *iisdem ex partibus* e di mancanza d'accordo fra essi sul possesso delle *cautiones*, doveva suggerire senz'altro la via del deposito *apud amicum* o *in aede sacra*. E infatti, considerata un'aggiunta triboniana l'adozione del criterio della sorte, il passo conserva una fisionomia conforme ai principii classici, quando sia così ricostruito nella sua seconda parte: *Si omnes iisdem ex partibus heredes sint, nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant [sortiri eos oportet: aut] ex consensu vel [suffragio] (??) eligendus est amicus, apud quem deponantur: vel in aede sacra deponi debent*; anche perchè, qualora Gaio avesse adottato il criterio della sorte, non avrebbe avuto bisogno di ricorrere in via subordinata ad un altro espediente, quello del deposito, giacchè la sorte risolve sempre e in ogni caso la questione.

È evidente che uno svolgimento, anche schematico, della questione specifica del deposito delle *cautiones* (*apud amicum* o *in aede sacra*) non trova la sua sede appropriata qui (1).

Nei primi secoli dell'età imperiale, dunque, il criterio preferito per l'assegnazione del possesso delle *cautiones hereditariae* coll'*actio familiae erciscundae* dovette essere, come risulta dal passo di Gaio, il criterio della maggior quota ereditaria: nel caso di eguaglianza di tutte le quote e di disaccordo fra i coeredi si dovette ricorrere al deposito. Ora, oltre a tali due criteri (cui solo in epoca successiva, o giustiniana, dovette aggiungersi quello della sorte), dovette già da qualche giureconsulto classico proporsene un terzo: Ulpiano, che lo respinge e dice di trovarsi in ciò d'accordo con Pomponio (D. 10, 2, 6 [Ulp. 19 ed.]), l'indica col nome di *licitatio*, vale a dire *offerta all'incanto, all'asta*. Tutto ciò, per la mancanza di altri accenni a questo criterio in

(1) Tale questione è trattata più sotto nel § relativo al *Deposito di documenti*.

termini più chiari, riesce di alquanto difficile interpretazione: forse i sostenitori di quel sistema avranno proposto che il possesso delle *cautiones* venisse assegnato all'erede che per esso era disposto alla maggiore rinunzia ad altre pretese ereditarie. Anche qui la nostra mente è colpita dall'analogia col sistema dell'assegnazione del possesso in occasione dell'interdetto *uti possidetis* (quando esso fosse *redditum*); nel quale sistema appunto otteneva il possesso chi vinceva *fructus licitando, si modo adversario suo fructuaria stipulatione caverit, cuius vis et potestas haec est, ut si contra eum de possessione pronuntiatum fuerit, eam summam adversario solvat* (Gai, IV, 166): qui vinceva dunque nella *licitatio* chi offriva una somma maggiore *poenae nomine*, nel caso cioè che egli avesse perduto nella questione possessoria.

Il sistema, che abbiamo visto adottato da Gaio per la risoluzione del problema del possesso delle *cautiones hereditariae*, fu nel suo schema adottato anche per le *tabulae testamenti*, altro documento di comproprietà dei coeredi e destinato per la sua funzione a rimanere comune: nel D. 10, 2, 4, 3 (Ulpiano, 19 ed.) il sistema complicato e quasi farraginoso del passo gaiano, quale è uscito dalle mani dei compilatori, ha notevolmente guadagnato in semplicità. Anzi, il frammento ulpiano nella parte che qui c'interessa conferma l'ipotesi fatta sopra circa il passo di Gaio e le supponibili interpolazioni di esso: Ulpiano non accenna affatto al criterio della sorte, ma suggerisce, come originariamente doveva fare il frammento di Gaio, i due criteri della maggioranza della quota ereditaria e del deposito *in aede* (che per ragioni pratiche doveva essere più facilmente realizzabile di quello *apud amicum*), fra cui il secondo veniva adottato quando il primo non funzionasse data l'eguaglianza delle quote ereditarie.

Il giureconsulto Paolo, dopo aver dichiarato di non ritenere necessaria l'*editio* delle parole del testamento nel caso di

richiesta di legato (*non iubet praetor verba testamenti edere*), a guisa di giustificazione di questo principio (*ideo fortasse quia*) per quanto dubitativamente (col *fortasse*), ci informerebbe del possesso da parte degli eredi di copie del testamento (1) da cui risulterebbe un diverso regime della comproprietà del testamento che consisterebbe nella creazione di copie del documento comune, e ci darebbe, nel caso che la frase fosse realmente di Paolo, motivo di dubitare dell'attribuzione ai bizantini dello stesso sistema in ordine agli altri documenti ereditari.

La frase però è stata appuntata dalla critica del BESELER (nota 1 a piè di questa pagina), e, come è ben chiaro, è sospetta anche per considerazioni di carattere sostanziale (2). L'interpolazione provata in prima linea dalla ragione giuridica è confermata dall'indice formale il quale ultimo soltanto è stato esplicitamente avvertito (3). Si può notare inoltre che, se la giurisprudenza classica avesse risolto il problema coll'espedito a cui si riferisce il nostro passo, non sarebbe occorso dettare diversi criterii.

Ma la questione del possesso di documenti comuni ha confini più ampi di quelli posti al problema dai testi finora esaminati. Pertanto vediamo qualche testo il quale presuppone una risoluzione di quel problema non del tutto conforme a quella che abbiamo visto dai classici darsi alla questione relativa ai documenti ereditari. È da ritenere che il regime adottato per tali documenti si applicasse anche al caso di documenti la cui comunione derivasse da causa diversa, così come il regime della comunione e divisione ereditaria servì generalmente di modello per il regolamento delle altre forme di comunione e di divisione.

(1) La frase *ideo fortasse quia heredes solent habere exemplum testamenti*, sospetta anche per l'uso del *fortasse*, è perciò ritenuta interpolata dal BESELER; cfr. *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen*, h. 3, p. 84: il testo è D. 2, 13, 2.

(2) V. sopra, p. 152.

(3) Cfr. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, vol. III, p. 84.

Nell'ipotesi in cui uno dei comproprietari fosse lo Stato non è detto esplicitamente da C. 2, 1, 7 (Alex., a. 225) che il possesso dei documenti spettasse in ogni caso allo Stato senza riguardo alle quote di condominio. Ma questo sembra essere il presupposto della decisione: del resto in tal senso è l'interpretazione di tutta l'antica dottrina. Di fronte alla norma regolante il possesso dei documenti in condominio di privati, dovette con tutta probabilità formarsene fino dall'epoca classica una di contenuto diverso ed eccezionale per il caso che uno dei condomini fosse lo Stato. Considerando il regime a cui anche nei rapporti di diritto privato veniva assoggettato lo Stato, non fa a noi meraviglia questa norma di *ius singulare* anche nella materia che ci interessa. Ciò risponde a un carattere tipico del diritto romano in cui lo Stato, anche quando si pone o si trova coi privati in rapporti di diritto privato, non perde quella posizione di superiorità che gli è attribuita *iure imperii* (1).

Nelle due categorie, così delineate, di casi di condominio di documenti vollero i commentatori rintracciare una regola comune: *instrumenta communia quantum ad proprietatem et utilitatem debent stare penes digniorem*, escogitò BALDO (2), in piena concordia con BARTOLO (3), entrambi seguiti dai culti. D'altronde la *dignitas* venne intesa da qualcuno, proprio da BALDO, in un significato che lo portò a risultati apertamente contrastanti coi testi studiati sopra: così, nel caso di due fratelli, egli afferma che è quello *maior natu penes quem erant instrumenta*, prendendo l'età a misura della *dignitas*, ed inventa in tal modo una norma del tutto nuova, che fa a pugno coi frammenti di Gaio e di Ulpiano. D'altra parte, pur accogliendo il principio dei commentatori dell'*apud digniorem*, Dionigi GOTOFREDO (4) si sentì

(1) Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Ist.*, 67.

(2) Ed. cit., *ad h. l.*

(3) Ed. cit., *ad h. l.*

(4) *Corpus juris cum notis DIONYSII GOTHOFREDI*, cit. sopra, *ad h. l.* n. (17).

in dovere di non mettersi in contrasto con le decisioni classiche e considerò *dignior* l'erede per la maggior quota.

Non ci affanneremo, giunti a questo punto, a dimostrare che la regola dell'*apud digniorem* non è nè classica nè giustiniana, ma è senz'altro creazione dei commentatori; è una regola che, non foss'altro, o va a cozzare contro principii e decisioni classiche o, se con queste vuol esser conciliata, si risolve in un circolo chiuso, nell'affermazione che il possesso dei documenti spetta a chi dall'ordinamento giuridico ne è ritenuto più meritevole. Per verità la dottrina classica, nelle decisioni di Gaio e Ulpiano da una parte e in quella di Alessandro dall'altra, non si ispirò a un unico principio, ma fissò probabilmente nella costituzione una norma eccezionale, come dissi sopra, di fronte alla regola esposta dai giureconsulti nelle loro opere. Così intesa, la costituzione non rende necessario il ricorso a nessun principio, che poi finisca per rivelarsi evanescente; se pur non contempla un caso in cui il possesso spetta al fisco in conformità della regola, nell'ipotesi in cui esso sia per la maggior quota condomino dei documenti. Checchè sia di ciò, la questione proposta all'imperatore non si riferisce al possesso dei documenti comuni, ma all'uso di essi da parte del condomino privato. Per diritto romano, di regola, il problema veniva risolto con un'*actio ad exhibendum* esperibile dal condomino non possessore: ma per i documenti in alcune ipotesi dovette dalla fine dell'epoca classica adottarsi uno speciale sistema. Non mi occupo nemmeno dei particolari (che sono strettamente connessi allo sviluppo del documento come istituto processuale) quali appaiono dalla costituzione di Alessandro (1) (in cui è già delineata la distinzione fra il rilascio di

(1) Procurator privatae rationis instrumentorum, quae communia tibi esse cum fisco dicis, describendorum facultatem secundum morem fieri jubebit: et si quando res exegerit ad fidem petitionis tuae apud alium judicem probandam aliquod eorum proferri, desiderante eo qui convenitur, ut id fiat, praecipiet.

una copia o *descriptio instrumenti* e la produzione del documento originale, distinzione che nel processo postclassico e giustiniano assume via via maggiore importanza). In questa decisione — come in un altro caso sopra esaminato — i requisiti propri del documento come istituto processuale hanno preso il sopravvento sui caratteri che esso come cosa ha comuni colle altre cose. Bisogna infatti — lo notai di sopra (1) — che nel documento prevalga il carattere di cosa entro certi limiti moltiplicabile e riproducibile sugli altri caratteri che anche le altre cose hanno, perchè sia possibile eliminare fino ad un certo punto la necessità dell'esibizione del documento comune da parte del condomino possessore, il quale invece per lo più soddisfa l'altro condomino creando un nuovo documento, che come tale ha caratteri propri.

Concludendo, per quanto concerne l'uso di documenti comuni, probabilmente si ricorreva ad un'*actio ad exhibendum* o, in casi speciali, a mezzi equipollenti, a cui collo sviluppo del documento come istituto processuale s'andò in una quantità di ipotesi sostituendo la creazione di una copia, cioè di un documento del documento.

(1) P. 152.

II.

PEGNO DI DOCUMENTO

§ 1. Pegno di documenti giustificativi della proprietà. — § 2. Pegno di documenti di credito.

§ 1.

Abbiamo già visto, discorrendo della *traditio* (pag. 140 ss.), che solamente in epoca giustiniana è ammissibile la sostituzione della consegna materiale mediante la consegna dei documenti relativi alla cosa di cui si vuole trasferire la proprietà. Nello impero d'oriente, potette ammettersi invece una tale funzione della consegna del documento anche prima di Giustiniano per l'influsso dei diritti orientali: senonchè in C. 8, 16, 2 (degl' imperatori Severo e Antonino, a. 208 d. Cr.) sembra si affermi una funzione perfettamente analoga del documento in relazione al *pignus*, giacchè si decide che costituite in pegno le *emptiones agrorum*, ossia i documenti dei negozi delle *emptiones agrorum*, ciò rappresenta un *argumentum conventionis pignoris contractae* dandosi alla *conventio pignoris* per oggetto i fondi. Ridotta in questi termini, sembra che la costituzione in pegno delle *emptiones agrorum* abbia per la costituzione del pegno sui fondi la stessa funzione che la consegna del documento ha per il trasferimento del possesso della cosa, cui si riferisce. Anche C. 8, 16, 2 accenna infatti ad una funzione del documento che oggi sarebbe chiamata rappresentativa (il rapporto costituito

sul documento va inteso costituito sugli oggetti cui il documento si riferisce). Da questa legge emergerebbe un valore del tutto nuovo del documento in quanto oggetto di *pignus*, perchè esso non si comporterebbe più come una cosa qualunque, bensì reagirebbe energicamente col suo carattere rappresentativo sul rapporto di cui è oggetto (esempio del fenomeno delineato sommariamente nei cenni storici tracciati all' inizio di questo lavoro). Come si vede, si tratta di un caso che ha però anche elementi diversi dall'altro a cui lo abbiamo avvicinato: chè la figura di *traditio* illustrata nel § 5 del cap. prec. ha, come negozio giuridico, per oggetto la cosa e non il documento; anzi, come si vide, è una tappa del processo di spiritualizzazione della tradizione della cosa.

Ora, come è possibile per un classico affermare che il pegno costituito sulle *emptions agrorum* gravi di un'ipoteca i fondi? Probabilmente la volontà di ipotecare i fondi è espressa *re ipsa* mediante la dazione del documento.

Ciò premesso, la spiegazione del rescritto, dal punto di vista giustiniano, appare molto semplice, qualora sia tenuta presente la larga applicazione orientale della funzione pienamente rappresentativa dei documenti. Questa, di solito, fa sì che il documento sostituisca e rappresenti la cosa in quanto oggetto del rapporto e del negozio, nel caso in esame del *pignus* costituito sul fondo attraverso il documento. Ma anche la redazione originaria del testo poteva logicamente dedurre, dal principio che il pegno è costituibile anche col solo consenso senza il trasferimento del possesso, l' illazione che chi consegna a scopo di garanzia documenti relativi a fondi costituisce in ipoteca i fondi stessi.

In questa decisione non si dichiara — come a rigor di logica sarebbe necessario — che la volontà delle parti era diretta a vincolare gli *agri*, ma si dichiara che il pegno costituito sui documenti relativi vale a stabilire la garanzia sui fondi. Bis-

ogna distinguere tra pegno di un documento di credito e pegno di un documento di proprietà: per quest'ultimo può sorgere nel diritto classico il problema relativo alla *interpretazione del negozio*.

Concludendo, il *pignori posuit* è un'espressione inesatta, ma che può essere benissimo classica, per indicare la consegna dei documenti, da cui si deduceva la volontà di costituire il pegno sui fondi.

È interessante osservare che l'azione *pigneraticia* viene accordata al pignorante in D. 13, 7, 43 pr. (Scevola 5 dig.), nel caso in cui è avvenuta una *conventio pignoris* avente ad oggetto un fondo, la quale, analogamente alla ipotesi esaminata (1), è rafforzata dalla dazione al creditore del documento giustificativo della proprietà della cosa ipotecata.

Mentre l'azione *pigneraticia* classica è *in factum*, quella giustiniana è di buona fede; e accanto al *iudicium directum* è sorto il *iudicium contrarium* (2). Per il suo carattere di buona fede l'azione è, nel diritto giustiniano, esperibile anche in caso di *conventio pignoris*, così per fare ottenere al pignorante l'*hyperocha* (l'eccedenza del prezzo realizzato colla vendita della cosa sull'ammontare del credito). Ma anche nel diritto classico dovette essere fornito al debitore che avesse pagato un mezzo per riottenere dal creditore ipotecario il documento a lui dato allo scopo di facilitargli la prova dell'avvenuta convenzione. Ritengo che tale mezzo potesse essere appunto l'*actio pigneraticia*, la cui formula *in factum concepta* avrà posto a fondamento della condanna le circostanze del caso: *conventio pignoris* avente

(1) Vedi sopra, p. 161 e seg.

(2) Vedi ultimamente LA PIRA, *Studi in onore di Federico Cammeo*, II, p. 3 e 21. L'*a. pign. contraria* non esisteva nel dir. classico: l'incompatibilità del « supposto della esistenza di una doppia formula » col fatto che nei commenti editi « nessuna traccia si ha di una formula 'in ius' » fu rilevata dal BIONDI, *Annali del Sem. Giur. della R. Univ. di Palermo*, vol. VII, p. 233.

ad oggetto la cosa, consegna del documento giustificativo della proprietà di essa al creditore da parte del costituente, pagamento del debito cui la *conventio pignoris* è accessoria.

Fra le opinioni che la critica moderna ci offre su tale questione, va considerata, oltre la conclusione cui pervenne il BIONDI (*La compensazione nel diritto romano*, in Ann. Pal. XII, p. 301³) (1), anche la tesi — cui s'accosta la mia — del BESELER (2): tesi che ritiene, per quanto dubitativamente, applicabile anche in epoca classica, a fare riottenere al debitore che abbia pagato il documento della cosa ipotecata, l'azione pignericia accordata secondo altri solo dal diritto giustiniano. Ecco il frammento:

D. 13. 7. 43 pr. (Scaev. 5 dig.) Locum purum pignori creditori obligavit eique instrumentum emptionis tradidit: et cum eum locum inaedificare vellet, mota sibi controversia a vicino de latitudine, quod alias probare non poterat, petit a creditore, ut instrumentum a se traditum auctoritatis exhiberet: quo non exhibente minorem locum aedificavit atque ita damnum passus est. quaesitum est, an, si creditor pecuniam petat vel pignus vindicet, doli exceptione [posita iudex huius damni rationem habere debeat] (summoveatur). respondit, [si operam non dedisset, ut instrumenti facultate subducta debitor caperetur], posse debitorem pecunia soluta pignericia (formula) agere: [opera autem in eo data tunc et ante pecuniam solutam in id quod interest cum creditore agi].

Io credo che il responso genuino non desse all'*exceptio doli* la funzione compensativa. Ed invero non si comprende come mai Scevola potesse affermare un concetto tanto alieno da quello classico dell'eccezione, secondo cui essa o non ha alcuna efficacia o paralizza del tutto l'azione; questo rilievo tuttavia non

(1) «La chiusa del testo che accorda l'azione è certo intrusa»

(2) *Beiträge*, III, p. 12.

c'interessa. Il punto che ci interessa invece è l'ammissione della pignericia nel caso in esame.

Occorre indagare anzitutto se il rapporto si debba configurare come una *conventio pignoris* o come una *datio pignoris* relativamente al fondo di cui il testo dice che fu *obligatus pignori*.

Il fondo è stato dato in pegno al creditore, oppure solo è stata conclusa una *conventio pignoris* cioè è stata costituita un'ipoteca? Il frammento nella parte genuina dice: «...pignori creditori obligavit eique instrumentum emptionis tradidit: et cum eum locum inaedificare vellet, mota sibi controversia a vicino de latitudine, quod alias probare non poterat, petit a creditore, ut instrumentum a se traditum auctoritatis exhiberet».

Da questa fattispecie pare sicuro trattarsi di una *conventio pignoris*, inquantochè verrebbe a mancare nel caso di *datio pignoris* lo scopo della consegna del documento; l'ipotesi poi che il costituente costruisca sul fondo sembra praticamente rispondere meglio al caso in cui egli abbia conservato il possesso ossia appunto abbia costituito un'ipoteca.

Di questo ordine di considerazioni non tiene conto la ricostruzione di D. 13. 7. 43 proposta dal BESELER:

Respondit, [si operam non dedisset, ut instrumenti facultate subducta creditor caperetur], posse debitorem pecunia soluta pignericia (formula Sc.) agere (ut et fundum et instrumentum emptionis reciperet Sc).

Ad ogni modo non è dubbio che il testo non presenta una fattispecie di *datio pignoris* nè quando ne sia considerato oggetto il fondo nè quando ne sia considerato oggetto il documento di cui è avvenuta la consegna. Quindi, se il frammento parla di azione pignericia spettante al costituente, bisogna supporre che il giureconsulto avesse di mira la restituzione del documento, e che pertanto questa si ottenesse coll'azione pignericia.

§ 2.

L'efficacia, nel diritto giustiniano, del *pignus* costituito su documento di credito per attuare nel creditore pignoratorio l'acquisto del credito stesso fino alla concorrenza del credito proprio, frutto di un'inconsapevole confusione fra credito e documento relativo, risulterebbe secondo qualche vecchio autore dal testo che segue:

D. 20, 1, 13, § 2 Marcianus Lib. singular. ad formulam hypothecariam (1) Pomponius lib. VII ad edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

Ora, questa interpretazione, per quanto apparentemente appoggiata su qualche sfumatura linguistica, non mi sembra convincente affatto. Da una quantità di testi ricordati sempre dal GOTOFREDO che è l'autore di quella interpretazione (2), risulta invece che la figura cui accenna il nostro frammento non è altro se non il cosiddetto pegno del credito il quale piuttosto che un pegno vero e proprio è una forma di cessione pura o condizionata del credito, da cui derivano attraverso la protezione pretoria le conseguenze economiche che deriverebbero dal pegno se il credito fosse una cosa corporale e avesse quindi la capacità di divenire oggetto di pegno la quale, invece, gli manca. Anzi altri rescritti ancora, riportati nel Codice, svolgono la figura del pegno di credito sempre più avvicinandola al vero diritto di pegno quanto più da una parte si fa strada il concetto del cre-

(1) Da ultimo l'EBRARD (*Die Digestenfragmente ad for. h. und die Hypothecarezeption*, Lipsia 1917) ha tentato di dimostrare la tesi che la giurisprudenza postclassica avrebbe rielaborato le opere di Gaio e Marciano *ad formulam hypothecariam* e l'ARANGIO-RUIZ trova la cosa non improbabile. (*Ist.*³, 254¹).

(2) *Op. cit.*, II, p. 182.

dito come cosa e dall'altra il diritto di pegno attenua il proprio originario carattere reale (1).

Ma, invece, in altri frammenti c'è qualche accenno a una figura che sicuramente è un pegno del documento di credito in ordine a cui è affermato il principio che finora abbiamo visto affermato e svolto in relazione al così detto pegno del credito e che ha indubbiamente almeno il suo punto di partenza in decisioni classiche. L'accenno all'efficacia del pegno del documento di credito appare in qualche passo della compilazione ed è tutt'altro che improbabile che questo istituto del *pignus cautionis* con le sue conseguenze relative al credito sia una creazione dei compilatori.

Anche ammettendo che la figura del pegno di credito si fosse svolta fino ad un buon punto per opera dei giureconsulti classici e del pretore, dato che il documento è cosa corporale (atta per questo suo carattere a divenire oggetto del diritto reale di pegno), il pegno costituito su di esso — qualora sia stato in uso un tale genere di *pignus* — avrà semplicemente privato il costituente del possesso del documento e quindi dell'utilità probatoria di esso fino all'estinzione del credito garantito, ma non avrà senz'altro esercitato influssi sul credito cui il documento si riferiva. Infatti, se non è intervenuto fra le parti un patto diretto a modificare in qualche modo il rapporto di credito cui il documento è relativo, attribuendo ad es. al creditore pignoratorio la facoltà di riscuotere gli interessi, il *pignus cautionis* di per sé non avrà avuto davvero quegli effetti, che gli vengono attribuiti dai compilatori con la riduzione di esso alla figura di origine classica del pegno di credito anch'esso del resto incamminato per nuove vie.

Come si vede, anche in questo caso Giustiniano, con aggiunte varie, volle — secondo l'ipotesi più probabile — dare al documento una funzione pienamente rappresentativa, riducendo

(1) Si veda C. 8, 16, 4 (Alex., a. 225). Confronta GOTOFREDO, *op. cit.*, p. 182.

il rapporto costituito su di esso al rapporto quale oramai è costituibile sul nomen da esso rappresentato, senza bisogno di patti.

L'ipotesi che, nel caso di mutuo ad refectionem aedificii, si convenga che il mutuante riceva *iure pignoris* il credito del mutuatario come locatore dell'edificio restaurato, è del tutto diversa dal caso di pegno puro e semplice di un documento di credito. Basterebbe, a questo punto, il solo richiamo di D. 20, 1, 20 (Ulp. 63 ed.): Cum convenit, ut is, qui ad refectionem aedificii credidit, de pensionibus iure pignoris ipse creditum recipiat, etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet [cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit]. Qui le due ipotesi vengono avvicinate come applicazioni di un unico principio e di un'unica figura giuridica che sarebbe indifferentemente pegno del credito e pegno del documento. Così, mi sembra estremamente probabile che la seconda ipotesi la quale sarebbe il fulcro della teoria del pegno del documento di credito sia un'aggiunta di Giustiniano, dovuta alla nuova concezione del pegno del credito e del pegno del documento di cui si è discusso finora.

Il creditore, che voleva rinunciare al proprio diritto a favore del suo creditore, aveva dunque anche nel diritto classico il mezzo del così detto pegno del credito senza l'intervento del pegno del documento (il quale doveva avere semplicemente la funzione di privarlo a garanzia del suo creditore del possesso del documento: v. sopra), e l'avvicinamento di quest'ultimo istituto con varie forme di cessione del credito sembra dovuta all'intervento del compilatore.

Giustiniano, che ha ordinato il pegno del documento sul modello del pegno del credito, certamente innovò anche nelle diverse figure di cessione del credito, come per es. nella *nominis venditio*, nel senso di un'estensione generale della concessione di azioni utili (1).

(1) C. 4, 39, 7 (Diocl. et Max.); C. 6, 37, 18 (Diocl. et Max., 294). Per la donazione: JUSTINIANUS, C. 8, 53, 33.

Rapporti giuridici obbligatorii

III.

CONTRATTI AVENTI AD OGGETTO DOCUMENTI

§ 1. Deposito di documenti. — § 2. Compra-vendita di documenti. — § 3. Trasporto di documenti. — § 4. I documenti come oggetti di contratti fondati su causa illecita.

§ 1.

In alcuni dei testi in cui sono esaminate le conseguenze giuridiche di contratti di deposito aventi ad oggetto diversi tipi di documenti (1) si trova in modo più o meno grave modificata

(1) L'ipotesi che, per qualche significato speciale assunto in certe locuzioni dal verbo deponere, rimanga l'incertezza se ci si trovi di fronte ad una figura di depositum di documenti o a una diversa figura giuridica, non è rara. Che ciò si debba ammettere, risulta, a mio avviso, dalla considerazione, che ad es. in C. 11, 23, 1 (Valentin. et Valens, a. 366) c'è una frase la quale, almeno a prima vista, si presta a due diverse interpretazioni, dato che sono anche molteplici i significati di testatio: «Nautici apud praesidium aut magistratum acta confiteantur incorruptas species suscepisse, eorumque, apud quos deponitur ista testatio, praesens aspectus probet nihil in his esse vitii». Ora la locuzione a cui accennavo, è evidente, si presta a due diverse spiegazioni, secondo che si ritenga che la dichiarazione di cui il passo ci parla prenda o no corpo in un documento dal dichiarante redatto. Pure ammettendo, come pare piuttosto improbabile, che il testo accenni ad una consegna da parte del dichiarante all'autorità di un documento da lui redatto e contenente la dichiarazione di cui è parola al principio del testo, non è dubbio che l'espressione deponitur sia usata in questo caso ad indicare un atto che col deposito, contratto di diritto privato, non ha niente a che fare, tranne la comunanza del nome dovuta all'uso di una speciale locuzione giuridica. In questo ordine di idee è naturale che l'atto preso in considerazione dal testo citato (emissione di una dichiarazione confessoria) non entri affatto nel novero dei contratti di deposito che vengono qui esaminati in quanto aventi ad oggetto documenti. Va poi osservata una peculia-

del deposito stesso la configurazione normale. Anzi, alcuni passi, che sono forse fra i più interessanti, ci mettono sotto gli occhi casi in cui il carattere *reale* del documento si viene intrecciando all'altro carattere di « istituto » e punto di incrocio di diversi istituti.

Ma, a conferma di queste considerazioni, gioverà più di tutto l'esame dei testi in cui esse trovano appoggio. Così, in una forma particolare di deposito, nel sequestro, Valeriano e Galieno in un rescritto del 259 (C. 4, 34, 5) reagiscono ad una tendenza orientale per cui avrebbe avuto importanza sostanziale per l'estinzione di un credito la sorte dell'*instrumenta*, giacchè il richiedente, finchè non ritornava in suo possesso il documento da cui risultava debitore, non si riteneva sicuro della efficacia estintiva della *solutio* (1). Basterebbe, a prova di questa interpretazione, la sola lettura della costituzione. Va rilevato che in questo rescritto la funzione del sequestro anche quando abbia ad oggetto documenti rimane una funzione di garanzia, mentre ciò che è garantito non è come di solito unicamente un diritto sulla cosa sequestrata, bensì il complesso giuridico, cui la cosa è relativa, e che con essa non s'intreccia se non per effetto della sola volontà dei contraenti, una volta pattuito che l'estinzione del sequestro è subordinata al pagamento del debito il quale risulta dai documenti sequestrati. Pure ammettendo, come abbiamo visto or ora, che la funzione di garanzia del sequestro sia diversa e più complessa in ordine ai documenti che in ordine ad altre cose, non è meno vero che il sequestro di *instrumenta*

rità terminologica, l'uso cioè, in un significato speciale, di deponere, che riproduce l'uso oggi molto comune dello stesso verbo in locuzioni di portata analoga. Sull'argomento confronta LEONHARD, *Depositum*, in PAULY-WISSOWA V, Stuttgart 1903; dove, in prova dell'uso della parola in locuzioni del genere, è citato C. 2, 58 (59), 1, 1 (JUSTINIANUS, a. 529). *Deporre*, nel linguaggio giudiziario nostro, indica l'attività di chi offre al giudice gli elementi di fatto per la decisione.

(1) Cfr. *Corpus iuris*, ed. cit., vol. IV, p. 387.

non differisce per i classici quanto al suo regime giuridico dal sequestro di un'altra cosa (1).

Già abbiamo accennato (pag. 154) che per l'indivisibilità del documento si ricorre in ultimo al deposito del documento comune: in questi casi, e secondo la opinione che riteniamo più corretta, si può parlare di una forma di sequestro, che anzi per la sua funzione si avvicina più delle figure esaminate finora al sequestro comune, in ordine al quale ciascuno dei deponenti si spoglia della detenzione della cosa, giacchè è dubbio a chi di essi quella spetterà. Anche in questo caso il deposito costituisce la risoluzione di un conflitto di pretese, le quali però sono tutte emanazioni di altrettanti diritti soggettivi della medesima categoria e grado, concorrenti sullo stesso oggetto. (2). Come si vede, si tratta di due forme diverse di deposito aventi però caratteri speciali comuni: quello della pluralità dei soggetti deponenti, e una certa analogia quanto al conflitto di pretese concorrenti sulla cosa; anzi, come si è visto, l'analogia è veramente forte.

Ma in ogni modo, quali sono, se ci sono, le deviazioni — sia pure non rilevanti — dalla struttura normale del *depositum* dovute al carattere di documenti degli oggetti di esso (giacchè, come è evidente, le deviazioni che non sono determinate

(1) Cfr. *Corpus iuris*, IV, p. 387, dove GOTOFREDO riporta (come *summarium* della cost. 6) il passo di BALDO in cui è affermato che il sequestro di documenti è tenuto a renderli in casu reddendi, come è indicato chiaramente da Diocleziano e Massimiano, in C. 4, 34, 6: decisione motivata probabilmente dalla necessità di reagire a consuetudini orientali secondo cui il documento modificava come istituto anche quei rapporti di cui era oggetto come cosa; così il sequestro di *instrumenta* sotto tali consuetudini doveva intrecciarsi col negozio a cui quelli si riferivano: questa ipotesi viene confermata dalla c. 5 che stiamo studiando, nella parte che rintuzza la tendenza a fare del recupero del documento da parte del debitore un elemento dell'estinzione dell'obbligazione.

(2) Che nelle ipotesi in discussione (in cui le *cautiones hereditariae* o le *tabulae testamenti* fanno parte di un'eredità devoluta a più eredi), per il perdurare del condominio su tali documenti, sia necessario l'inquadramento dei casi fra quelli in cui non sussiste una vera litigiosità della cosa (*supra* p. 150) risulta sicuramente provato, oltre che dalle espressioni dei passi che vengono esaminati appresso nel testo, dagli altri argomenti ricordati *supra* a p. 150 cit.

dal documento in quanto oggetto del contratto, per quanto vadano rilevate, non suscitano direttamente il nostro interesse)? Intendo ricercare quelle deviazioni che dimostrino eventualmente una reazione del documento come istituto sul rapporto di cui è oggetto in quanto cosa. Ora nei passi che verranno adesso esaminati il documento si comporta sempre come una cosa qualunque — sebbene le fonti non ci offrano esempi di una eguale forma di deposito per oggetti diversi dai documenti — e il carattere rappresentativo di esso non trova modo di emergere, modificando la relazione giuridica. Nella serie di testi in cui è delineata questa forma di deposito, che ha luogo in casi di comunione ereditaria, per i documenti che fanno parte del patrimonio ereditario come cose ed esplicano la loro funzione come istituti su oggetti o situazioni che entrano nella sfera giuridica di tutti i coeredi, vanno annoverati:

a) D. 10, 2, 5 (Gaio 7 ed. prov.): Si omnes iisdem ex partibus heredes sint, nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, [sortiri eos oportet: aut] ex consensu vel [suffragio] (??) eligendus est amicus apud quem deponantur: vel in aede sacra deponi debent (1).

Come si vede, si tratta di un deposito, che presenta alcune particolarità soprattutto in ordine alla sua conclusione che avviene per l'impossibilità di dirimere altrimenti il conflitto dei diritti di proprietà concorrenti sulla medesima cosa. Da questa, come da altre fonti, emerge la possibilità di una conclusione di un deposito di documenti comuni in occasione della divisione coll'actio familiae erciscundae del patrimonio cui appartengono: ne derivano notevoli deviazioni rispetto alle regole comuni sulla conclusione dei negozi giuridici, secondo le quali per la nascita del negozio nel caso in cui una delle parti sia costituita da più soggetti, data la spontaneità che normalmente regna nella con-

(1) Cfr. *supra*, I, § 7.

clusione dei negozi, è necessario il consenso di tutti i soggetti. Anche in questo caso, esaminato dal nostro frammento, nel quale per le considerazioni svolte a suo tempo è evidente la necessità della conclusione di un deposito dei documenti comuni, non vien meno il rispetto alle regole fondamentali accennate or ora giacchè è detto che il depositario va scelto in base al consenso dei coeredi aventi sui documenti la comproprietà. Era naturale che, concepito il deposito come l'unico espediente possibile, si rendesse necessaria la predisposizione di regole speciali intorno alla conclusione di esso le quali lasciassero aperta la via del deposito anche quando non si formasse l'accordo dei coeredi sulla persona del depositario dei documenti delle stipulazioni ereditarie. Come si vede, questa sarebbe la giustificazione del suffragio ossia del criterio della maggioranza in base a cui in mancanza di accordo il frammento ci dice che viene scelto il depositario: è innegabile però che l'adozione di un simile criterio del suffragium, come si è visto, rappresenta una deviazione non indifferente dai principi generali (1).

Ma in ogni modo, se anche il criterio della maggioranza — adottato dal testo come appare nella compilazione — non va attribuito a Gaio (il quale del resto, com'è chiaro, pure adottandolo avrebbe dovuto sempre prevedere la possibilità che anch'esso fosse insufficiente, nel caso in cui non si formasse la maggioranza), è suggerito subito dopo il criterio del deposito in aede sacra — ricordato molte altre volte nelle fonti (2) — intorno a cui sarà forse opportuna qualche parola, diretta ad illuminarne il particolare profilo giuridico. Nella serie di testi,

(1) ALBERTARIO, *Bull. dell' Ist. di dir. rom.*, XL, 251: «La parole *vel suffragio* in D. 10, 2, 5 non sono certo *gaiane*».

(2) Cfr. DE RUGGERO (in *Studi econ. giurid.* pubblicati per cura della Facoltà di giurisprudenza, a. I, R. Università di Cagliari Ist. Econ. Giurid.), che (p. 137) rimprovera al FABRO la sistematica negazione della genuinità della menzione di deposito da eseguirsi in luogo pubblico, presso una *aedes* o un *officium*.

in cui ci è presentata questa figura del deposito in aede, c'è quanto basta a dimostrare che tale deposito è l'ultimo espediente a cui è fatto ricorso in una quantità di casi, ad es. dal debitore quando il creditore sia in mora nel ricevere il pagamento, e che esso non doveva probabilmente configurarsi alla stregua del normale contratto di deposito: a) in esso l'aedituus (1) non si comporta come ogni altro depositario, ma, più che altro, ha, se è lecita l'espressione, la veste di una specie di pubblico ufficiale, e il tempio quella di un'istituzione pubblica. b) Questo elemento pubblicistico, riscontrabile nell'aedituus, informa poi di sé tutto il rapporto, che ricorda certe forme moderne di depositi in qualche ufficio o istituzione pubblica.

b) D. 22, 4, 6 Ulp. 50 ed.: Si de tabulis testamenti deponendis agatur, et dubitetur cui eas deponi oportet: semper seniore*m* iuniori et amplioris honoris inferiori, et mare*m* feminae, et ingenuum libertino praeferemus.

Non mi occupo nemmeno dei particolari (che per noi offrono un interesse soltanto indiretto) dell'ordine di preferenza stabilito da Ulpiano (in tutto rispondente a criteri classici applicati anche in altra materia). Rilevo soltanto che la probabile — sia pure non certissima — classicità del frammento ulpiano, del quale sembra

(1) Parlo dell'aedituus, perchè da D. 31, 77, 26 (Pap. 8 resp.) pare che sia questa la persona cui si consegna la cosa e che s'incarica di custodirla e di restituirla al deponente o a qualcuno da lui indicato: il MOMMSEN (*Droit public romain*, I, 373) insegna che in epoca più antica questi aeditui, i quali avevano funzione di domestici nei templi dello Stato e negli altri edifici pubblici, erano schiavi pubblici, mentre successivamente — la cosa è testimoniata già da Varrone — questa mansione di fiducia fu affidata di preferenza ad uomini liberi; Il M. ritiene inoltre (p. 374 n. 1) che la nomina degli aeditui spettasse ai redemptores, «interessati in prima linea alla custodia del tempio e di ciò che gli appartiene». Il DE RUGGIERO, *op. cit.*, p. 138, rammenta che «Cicerone (*Verr.* 4, 44, 96) ricorda più aeditui e custodes preposti al fanum Chrysaee amnis; ed in genere » aggiunge «è da ritenere che pei più ricchi e dotati di valori essi fossero sovente più d'uno». — Quanto alla natura giuridica del deposito in aede, scrive ancora il DE RUGGIERO (p. 182): «Il tempio (poichè ad esso manifestamente si allude) e per esso l'aedituus che gli è preposto, è un vero e proprio sequester, perchè è chiamato a custodire cose intorno al cui possesso v'ha controversia tra le parti».

sicuro lo stile e soprattutto paiono genuine le singole categorie applicate e ispirate evidentemente a criteri più generali di quello necessario per risolvere la questione particolare, è indizio dell'interpolazione sospettata nell'altro passo e dimostra che in mancanza di accordo provvedeva alla scelta del depositario del testamento e degli altri documenti il giudice (dell'actio familiae erciscundae).

c) D. 10, 2, 4, 3. Ulp. 19 ed. Sed et tabulas testamenti debeat aut apud eum, qui ex maiore parte heres est, iubere manere, aut in aede deponi. [Nam et Labeo scribit vendita hereditate tabulas testamenti descriptas deponi oportere: heredem enim exemplum debere dare, tabulas vero authenticas ipsum retinere, aut in aede deponere].

Come si vede, il deposito in aede doveva trovare applicazione spessissimo nel caso della necessità del deposito di documenti comuni. Ma molte volte, data la complessità delle vicende giuridiche attraverso cui i documenti passavano, il deposito in aede si presta anche per documenti che non sono, quanto alla proprietà, comuni a più di un soggetto. L'efficacia, nel diritto classico, della venditio hereditatis per determinare l'obbligo nell'erede di trasferire al compratore la proprietà dei documenti ereditari, senza che venga escluso il documento del testamento, sembrerebbe negata dal testo che precede, nella parte relativa alla sorte delle tavole testamentarie dopo la vendita dell'eredità. Ora, questa tesi, per quanto attribuita a Labeone, non mi sembra convincente. Anzi, il secondo periodo, quello relativo al nostro argomento, sembra non sia sicuro anche per il richiamo delle diverse specie di documenti opposte fra loro come copie e documenti autentici.

*
* *

Ma, secondo me, proprio in altri testi in materia di deposito il documento si profila nel modo accennato sopra (pag. 172) funzionando come cosa e insieme come istituto.

Per lo meno l'atteggiarsi del documento in tali passi come oggetto di deposito mi sembra confermi proprio un concetto apparentemente ovvio se pure non privo di valore per noi, cioè appunto il concetto che esso è cosa speciale per la funzione giuridica che ha.

Ora, anche ammettendo che il documento fosse concepito semplicemente una « cosa speciale » dai testi che verranno esaminati, dato che secondo il diritto del periodo classico l'evoluzione non è giunta al punto da configurare come rapporto prettamente documentale (o col documento per centro) qualunque rapporto in cui il documento rappresenti una parte importante, si potrebbe concludere forse che in tali ipotesi — in cui la fisionomia del deposito è influenzata dal carattere del *documento* — ci troviamo nei casi assegnati da noi alla seconda fase evolutiva del documento, nella quale emerge quel carattere rappresentativo che tutte le peculiarità funzionali dei vari tipi di documento riassume in sé. A conferma di ciò si può richiamare, in prima linea, D. 19, 1, 52 pr. (Scaev. 7 dig.) il quale prospetta il caso seguente: *Creditor fundum sibi obligatum, cuius chirographa tributorum a debitore retro solutorum apud se deposita habebat, vendidit Maevio ea lege, ut, si quid tributorum nomine debitum esset, emptor solveret: idem fundus ob causam eorum tributorum quae iam soluta erant a conductore saltus, in quo idem fundus est, venit; eumque idem Maevius emit, et pretium solvit. quaesitum est, an empti iudicio, vel aliqua actione, emptor a venditore consequi possit, ut solutionum suprascriptarum chirographa ei dentur; respondit, posse emptorem empti iudicio consequi, ut instrumenta de quibus quaereretur exhibeantur. Qui il deposito dei chirografi dei tributi pagati fatto dal debitore al proprio creditore, che ha ipoteca sul suo fondo, subisce complicazioni speciali in seguito alle vicende narrate nel nostro testo per cui il fondo è venduto ad un terzo dal creditore insoddisfatto (e questi è obbligato ad esibire i documenti al suo compratore per il carattere di buona fede dell'azione di compravendita).*

Come si è detto (pag. 178) l'atteggiarsi del documento nei contratti di deposito di cui è oggetto nei casi esaminati risente spesso del carattere rappresentativo ad esso particolare, che modifica in certe direzioni la fisionomia del contratto, ma solo reagendo su qualche punto speciale. Così, a proposito dell'obbligo di esibire i documenti nel caso visto or ora, Scevola (D. 19, 1, 52 pr.) lo faceva osservare coll'*actio empti*, mentre nell'epoca postclassica in casi analoghi (per lo sviluppo assunto dal documento come istituto) potrà essere predisposto un mezzo tipicamente documentale, appunto perchè in questo periodo la reazione del documento è divenuta straordinariamente più forte modificando la stessa struttura fondamentale dei relativi rapporti.

Dal punto di vista pratico, il fatto che sia concesso, per la tutela del *depositum* di documento, un mezzo giuridico, piuttosto che un altro, ha un'importanza tutt'altro che meramente formale, dato che la misura della responsabilità del depositario può essere diversa (giacchè in caso sia esperibile l'azione da deposito, la responsabilità si ferma al *dolus*: diversamente se un'altra azione sia esperibile contro il depositario). Comunque sappiamo che il mezzo diverso dall'azione di deposito non è concesso per il carattere di documento dell'oggetto; al quale carattere si sostituiscono, nel determinare la scelta dell'*actio* differente dall'azione di deposito altrimenti applicabile, ragioni inerenti al complesso giuridico di cui il deposito dei documenti è un elemento sfornito nella specie di configurazione giuridica autonoma (cfr. Ulp. D. 17, 1, 8 pr.).

Sembra, del resto, che anche la giurisprudenza classica si accorgesse che nel deposito di documenti fosse possibile una violazione del contratto mediante atti che sarebbero inconcepibili per un oggetto diverso: e che il passo di Ulpiano in D. 16, 3, 1, 38 si movesse proprio in quest'ordine d'idee laddove accoglieva il parere di Labeone (1). Le fonti, esclusivamente in

(1) Non convengo con l'opinione del Jörs nel ritenere interpolata l'aggiunta *quibusdam praesentibus* nella seconda parte del paragrafo, per la considerazione che svol-

un frammento attribuito ad Ulpiano e escerpito dai libri ad Sabinum, mettono a disposizione del testatore deponente anche un altro mezzo per ottenere il risarcimento del danno recatogli colla divulgazione del testamento :

D. 9, 2, 41 pr. (Ulp. 41 Sab.) Si quis testamentum deleverit, an damni iniuriae actio competat, videamus. et Marcellus libro quinto digestorum dubitans negat competere: quemadmodum enim, inquit, aestimatio inibitur? ego apud eum notavi in testatore quidem hoc esse verum, quia quod interest eius aestimari non potest, verum tamen in herede vel legatariis diversum, quibus testamenta paene chirographa sunt. ibidem Marcellus scribit chirographo deleto competere legis Aquiliae actionem. sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit vel pluribus praesentibus legerit utilius est [in factum et] (depositi et?) iniuriarum agi [si iniuriae faciendae causa secreta iudiciorum publicavit].

Il passo accorda al testatore deponente un'azione in factum di cui non è chiaro nè il carattere nè la finalità specifica (utilius est in factum et iniuriarum agi). Rimanendo oscuro se questa azione miri al risarcimento del danno patrimoniale o morale, il testo come è ora tramandato genera confusione e dubbi: parrebbe ad ogni modo che quest'azione in factum avesse di mira il risarcimento del danno morale derivante dalla divulgazione del segreto e tutelasse perciò il diritto al contenuto del documento piuttosto che il diritto nascente dal deposito del documento stesso concepito come una qualsiasi cosa. È da

gerò ampiamente in sede opportuna. Quando poi Labeone accorda l'azione *depositi* per la *lectio pluribus praesentibus*, secondo me egli intende (è questa l'interpretazione dei Basilici: cfr. scolio τῆ περι παραθήκης ἀγωγῆς, 13, 2, 1, 38) dare il mezzo di ottenere il risarcimento del danno derivato al testatore dall'apertura delle tavole, intesa proprio come atto mutante la condizione meramente materiale (in quanto si sono tagliati i fili che tenevano congiunte le tavolette) dell'oggetto del deposito e capace quindi di fare condannare il depositario coll'azione di buona fede (nel caso che non restituisca) oltre che al *quanti ea res erit* anche ad un di più rappresentante l'interesse del deponente a che non avvenisse l'apertura.

notare che Giuliano non parla di una simile azione pretoria nell'esame di una fattispecie analoga (D. 9, 2, 42) (1).

L'azione, che secondo il DE FRANCISCI si collega alla creazione bizantina dell'*actio in factum generalis*, è data dal solo Marcello attraverso la compilazione. Se nel testo genuino egli prendeva in considerazione il mezzo con cui si sanzionava la responsabilità contrattuale, questo era l'azione da deposito.

Infatti, l'azione cui usa riferirsi, nella determinazione dei mezzi contrattuali concessi contro il depositario danneggiante, la giurisprudenza classica è sempre l'azione da deposito: questo è provato, pel danneggiamento materiale, da D. 9, 2, 42 cit., dove l'azione *depositi* viene messa in primissima linea e mostra il documento depositato oggetto di danneggiamento come un'altra cosa qualsiasi.

Ma, poichè i mezzi apprestati dalla giurisprudenza contro la divulgazione da una parte ed il danneggiamento dall'altra del documento depositato fanno sempre capo per la responsabilità contrattuale alla azione da deposito secondo quanto abbiamo visto, è singolare che in D. 4, 3, 35 (Ulp. 30 ed.) si dica che l'erede del testatore deponente contro il depositario il quale dopo la morte del testatore abbia distrutto o comunque danneggiato il testamento « *habebit actionem de dolo* »: la meraviglia che nasce a questo punto, nei riguardi dell'azione accordata dal frammento, è dovuta al fatto che anche in questo caso ci aspetteremmo di vedere concessa all'erede la azione da deposito che al testatore sarebbe stata certamente data.

Ciò posto, il regime che dal frammento si trae (in antitesi a quello desunto dagli altri testi per i casi in cui la divulgazione o il danneggiamento materiale del documento avvengano durante la vita del deponente) è il seguente :

(1) MARCHI (*Il risarcimento del danno morale secondo il dir. rom.*, in « *Bullettino dell'Istituto di dir. rom.* » XVI, p. 237) ritiene interpolata l'*actio in factum* trovandola superflua. Per l'interpolazione è anche DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα*, II, pp. 88-90.

A) *Rispetto all'heres scriptus* :

se il depositario ha distrutto o danneggiato il testamento dopo la morte del testatore che l'aveva depositato, l'erede ha l'*actio doli*, in modo che egli otterrà il risarcimento del danno recato direttamente a lui colla distruzione o con altri atti che abbiano reso illeggibile il documento. Questo danno consiste nella difficoltà probatoria in cui viene posto l'erede nominato col testamento andato distrutto o reso illeggibile, in quanto per provare la sua posizione di erede dovrà ricorrere ad altre prove del contenuto del testamento; ma certo in diritto non può essere (secondo i principii romani) una prova della sua qualità di erede a lui vietata, anche se il documento del testamento sia da concepire fornito di efficacia costitutiva, bensì dovrà essere una prova questa praticamente difficilissima, nel senso che la ricostruzione incontrerà ostacoli di fatto (i quali non hanno bisogno di spiegazione), che a fatica l'erede riuscirà a superare. Cfr. Gai II 151.

B) *Rispetto ai legatarii* :

il *legatarius* è trattato esattamente come l'erede agli effetti del mezzo di ottenere il risarcimento del danno dal depositario recatogli.

Si è già detto (pag. 181) che desta meraviglia il non trovare nel nostro frammento la *actio depositi* concessa all'erede; che cioè, quando la distruzione o il danneggiamento del documento avvengano dopo la morte del deponente, l'azione che poteva intentare costui, trasmettendosi all'erede nominato da lui nel testamento, ci si aspetterebbe fosse data appunto all'erede, il quale subentra nel contratto di deposito concluso dal suo dante causa. Ciò deriva, com'è chiaro, dal concetto medesimo della successione e della trasmissione delle azioni.

A giustificare la concessione dell'*actio de dolo* io rilevo come il danno recato all'*heres scriptus* e ai legatarii, nonostante la differenza della posizione loro rispetto al defunto, sia quali-

tativamente identico, e diverso da quello che lo stesso atto del depositario avrebbe recato al testatore se fosse avvenuto in sua vita. Da ciò consegue che quell'azione stessa spettante all'erede è accordata anche a tutti gli altri interessati alla leggibilità del documento, mentre un tale interesse non richiedeva una tutela speciale nel testatore deponente, cui l'*actio depositi*, abbiamo visto, serviva per ottenere almeno il risarcimento del danno contrattuale (1).

§ 2.

Nel diritto giustiniano, come s'è detto, per la concepibilità dell'alienazione del credito, la cessione di esso, che pel diritto classico richiedeva speciali espedienti processuali (costituzione di rappresentante processuale), sia in virtù di negozii fra vivi che *mortis causa* (2), si attua invece come l'acquisto di una cosa corporale e l'acquirente esercita il diritto di credito mediante l'azione utile (3).

Quello che a noi interessa porre in rilievo è che l'alienazione, a titolo particolare, del credito, intesa in senso economico, non è sconosciuta al diritto classico, ma in senso giuridico è realizzabile solo attraverso varii espedienti e sempre coll'aiuto dell'attività pretoria. L'eccezione che sarebbe offerta da qualche espressione delle fonti come ad es. D. 32, 59 (Iul. 34 dig.) non va presa in considerazione perchè, com'è noto, la vendita del *namen* è concepita dai classici in maniera affatto differente dalla

(1) Invece i modi di punire l'illecito extracontrattuale, che ciascuno di quegli atti viene a costituire a sua volta, quali l'*actio furti*, l'*actio iniuriarum* e l'*actio legis Aquiliae*, vengono esaminati a proposito degli atti illeciti aventi ad oggetto il documento.

(2) ARANGIO-RUIZ. *Ist. di dir. rom.*, 387, D. 15, 3, 3, 5 (Ulp. 29 ed.); D. 17, 1, 8, 10 (Ulp. 31 ed.).

(3) Interpolate: D. 3.3, 55 (Ulp. 65 ed.) « *Qui enim suo nomine etc.* »; C. 4, 10, 1 (Gord. a. 242): « *Quae si ita sunt, etc.* »; C. 8, 41, 3 (Gord. a. 239): « *vel aliquid ex — denunciaverit* »; JUSTINIANUS, C. 8, 53 (54), 33.

vera vendita di una cosa corporale, come ogni forma di cessione del credito ha struttura diversa dall'analogo negozio avente ad oggetto una cosa corporale, e trova riconoscimento solo attraverso la giurisdizione pretoria. Proprio il documento di credito pare che già in epoca classica costituisse il *punto di partenza* di uno di quegli espedienti; del documento infatti, per il suo carattere di cosa corporale, è pienamente concepibile l'alienazione cui poi attraverso l'indagine della volontà delle parti il pretore riconnette conseguenze rilevanti circa la cessione del credito, che si viene a realizzare così in una forma relativamente semplice. *Eum, qui chirographum legat, debitum legare, non solum tabulas argumento est venditio: nam, cum chirographa veneunt, nomen venisse videtur* (1). Tenendo conto della volontà delle parti in relazione all'oggetto speciale della compravendita, ecco che il pretore non ritiene l'obbligazione derivante dal contratto esaurita nella consegna del documento, bensì fa obbligo al venditore di cedere il proprio credito al compratore, in un tempo successivo al contratto; sulla base di queste disposizioni il contratto raggiunge così per diritto pretorio il completo adempimento che per i puri principi di diritto civile dovrebbe esaurirsi invece nella consegna del chirografo, unico oggetto della compravendita e unica cosa di cui sia concepibile l'alienazione.

Come si vede, si tratta di un espediente giuridico per attuare una necessità della vita economica: la circolazione dei *nomina* a titolo oneroso e gratuito. La difficoltà di attuare giuridicamente questa circolazione consiste nel non essere il credito concepito come una cosa corporale e come tale alienabile; onde i giuriconsulti ricorrono, come si è visto, al documento che è cosa corporale e perciò alienabile.

Ma, in ogni modo, quale è la differenza giuridica fra questa circolazione dei documenti di credito — e dei crediti — nel di-

(1) D. 30, 44, 5 (Ulp. 22 Sab.).

ritto romano classico e la moderna circolazione dei titoli di credito? In particolare, la questione interessa in rapporto ai titoli al portatore, mediante cui si realizza nel nostro diritto moderno la stragrande maggioranza dei negozi di circolazione dei crediti, sia nella vita commerciale che nella vita civile. Ora sembra identico il punto di partenza e lo è sicuramente quello d'arrivo, quando si prescinda dai particolari espedienti giuridici che nel nostro caso conducono alla meta — cessione del credito realizzata mediante la rappresentanza processuale inserita nel negozio d'alienazione del documento — e che in parte sono già stati spiegati.

L'efficacia, nel diritto classico, della *venditio chirographi* per attuare la trasmissione del credito, mediante naturalmente i noti espedienti pretorii, risulta anche dal testo che segue:

D. 32, 59 Iulianus lib. 34 Digestorum.... cum venditis chirographis intelligimus nomen venisse: quin etiam si nomen quis legaverit, id, quod in actionibus est, legatum intelligitur.

Ora, questo frammento, almeno per quanto concerne la compra-vendita, afferma quasi negli stessi termini il principio enunciato dall'altro passo esaminato sopra. Si soggiunga che, se mai, l'accento alle azioni richiama il modo con cui la cessione del credito era attuata, nel processo, nell'esercizio dell'azione contro il debitore, che il pretore accordava al cessionario come rappresentante del cedente il quale per diritto civile non cessava di essere il vero creditore.

Ebbene, da questi testi e dal richiamo fatto sopra di alcuni principi fondamentali del diritto romano (1) mi pare che sgorghino gli elementi per la risposta all'interrogativo che precede. Anzi, la differenza fra i due fenomeni trae origine dal mutamento che alcuni principi basilari del diritto romano hanno subito nella successiva evoluzione giuridica, cedendo il posto a principi del

(1) *Supra*, p. 183 s.

tutto diversi, su cui poggia oggi più di un pilastro dell'edificio degli studii giuridici in specie commercialistici. Come si vede, si tratta dei due concetti diversi del credito quali figurano rispettivamente nella dogmatica romana e in quella moderna: del concetto romano della *obligatio* quale c'è offerto fra l'altro da Gai., II, 38, opposto al concetto nostro del credito. L'*obligatio*, come si è visto, poichè resta un rapporto giuridico concettualmente inscindibile dal soggetto attivo e passivo non è a rigor di termini alienabile, mentre il credito, qual'è inteso dalla dogmatica moderna, è, in quanto elemento patrimoniale attivo del creditore, suscettibile (salvo casi eccezionali dovuti sempre a ragioni giuridiche diverse) di alienazione al pari di ogni altra cosa.

Ciò premesso, la spiegazione della differenza fra i due fenomeni messi a confronto appare molto semplice.

Infatti, nel fenomeno della circolazione dei chirografi del diritto romano l'oggetto vero del negozio di alienazione non è il credito o come dicono le fonti il *nomen* ma il documento che in quanto cosa è suscettibile di alienazione, dalla quale il diritto pretorio in conformità della volontà delle parti fa derivare l'obbligo della cessione delle azioni.

L'efficacia, nel diritto moderno, dell'*alienazione del titolo* per attuare l'acquisto del credito all'acquirente del titolo, senza che siano necessari due distinti negozi, non dipende dall'interpretazione della volontà delle parti. È la struttura del titolo al portatore, per cui — salvi i casi eccezionali di disincorporazione del diritto di credito dal titolo — titolare del diritto è il proprietario del titolo (1).

(1) Accolgo, come la più soddisfacente fra le molte teorie sui titoli di credito, la così detta *teoria della proprietà*, illustrata dall'ARCANGELI in *Rivista di diritto commerciale*, 1910, vol. VIII, parte I, pp. 185 sg., 351 sg., 438 sg. Secondo l'A. la teoria è applicabile a ciascuna delle categorie in cui si classificano i titoli di credito moderni: cfr. pei titoli al portatore pp. 354-6, pei titoli all'ordine e nominativi p. 358.

Senonchè, nelle fonti è prospettato un caso di compra-vendita di documenti avente una configurazione speciale. I documenti sono trattati assolutamente alla stregua delle altre cose costituenti la *hereditas* anche nella compravendita dell'eredità (1). L'esempio che se ne dà (D. 19, 1, 13, 5[Ulp. 32 ed.]) si presenta complesso, perchè si ragiona di una vendita della eredità avvenuta in seguito all'occultamento fatto dal compratore all'erede di alcune cose e documenti e schiavi che la costituivano: ma in realtà i termini della questione sono abbastanza chiari e consentono una ricostruzione, sì da permetterci di trarre dal testo qualche insegnamento (circa il comportarsi dei documenti).

Come si è visto, l'esclusione dell'alienabilità del credito fa sì che la circolazione dei crediti si ottenga talora mediante la compra-vendita del documento alla quale vengono connessi dal diritto pretorio effetti circa la sorte del credito. In questo caso abbiamo rilevata una forte reazione del contenuto del documento sul rapporto di compra-vendita di cui esso è oggetto. Così, a proposito della vendita di chirografi e dei suoi effetti, D. 30, 44, 5 cit. osservava che, *cum chirographa veneunt, nomen venisse videtur* (dove *nomen venisse* è un'espressione che non corrisponde rigorosamente al fenomeno). Nella compra-vendita dell'eredità invece sappiamo che la cessione dei crediti si attuava indipendentemente dalla considerazione del passaggio dei documenti, per i quali, appunto perchè in questo caso si comportano come tutti gli altri oggetti ereditarii, la compra-vendita non ha altro effetto oltre l'obbligo di consegnare.

In questo caso, il contenuto del documento, pur non influendo sulla struttura giuridica del rapporto, può avere rilevanza dal punto di vista pratico. Solo considerando che il do-

(1) Il trasferimento (effettuato colle *stipulationes emptae et venditae hereditatis*) dei crediti ereditarii, e quindi anche di quelli cui sono relativi i documenti ereditarii, non è una conseguenza del passaggio dei documenti, ma elemento dell'attuazione della compra-vendita dell'eredità.

cumento ha un valore dato dal contenuto, si spiega il compimento di certi atti (come, nel caso prospettato nelle fonti, l'occultamento allo scopo di ingannare l'erede sulla consistenza dell'eredità: cfr. p. 187). Giova ricordare, benchè connessa con un problema differente, la interpolazione che uno studioso tedesco, occupandosi della colpa nella conclusione del contratto nel diritto romano, ha criticato nel nostro testo. Tale interpolazione secondo Lui sarebbe provata dal fatto che Giuliano doveva dare un'actio doli per il risarcimento dell'intero danno, e dalla considerazione che l'occultamento delle cose non produce nessuna alterazione della consistenza dell'eredità (1). Per conseguenza, mentre l'accento ai documenti non è colpito dal sospetto di interpolazione dell'HELDRICH, l'ultima parte del frammento dalle parole *an venditi* alla fine sarebbe stata sostituita ad una decisione in cui si doveva attribuire all'erede venditore l'actio doli, nella misura del danno cagionatogli dall'occultamento delle cose e degl'*instrumenta*. Ora questo danno è, in casi come il nostro, ritenuto, dall'HELDRICH che trova in questo argomento uno dei pilastri della sua tesi, differente dal *quanto pluris hereditas valeret, si hae res subtractae non fuissent*. Egli insiste che nella realtà nonostante l'occultamento la consistenza del patrimonio ereditario non è cambiata; e dimentica, con queste considerazioni troppo vere per essere probanti, che il danno patito dall'erede è semplicemente la differenza fra il prezzo al quale egli si è indotto a vendere la eredità, e quello a cui l'avrebbe venduta se avesse avuto conoscenza degli elementi occultati (cfr. il *quanto pluris hereditas valeret* che l'HELDRICH respinge). In questo caso, l'errore non viene a determinare solo l'intenzione di concludere il negozio, ma anche uno degli elementi di esso, cioè il prezzo che è fissato in misura diversa se-

(1) Si veda la critica che l'HELDRICH, nel lavoro *Das Verschulden im Vertragsabschluss*, rivolge a p. 16 sg. contro l'ultima parte del testo che ci riguarda.

condo che il venditore conosca o no la vera consistenza dell'eredità. Ove l'HELDRICH pretende di bersagliare il testo con argomenti speciosi, il lettore spregiudicato non può concordare con lui. Va infine osservato che, mentre le argomentazioni sostanziali dell'HELDRICH sono basate su un equivoco e offrono il fianco a facile critica, possono cioè essere infirmate senza discostarsi dal terreno positivo, quella della rispondenza della decisione all'altra del paragrafo seguente, addotta dallo scrittore tedesco a sostegno della sua tesi, è se mai a questa nettamente contraria, giacchè anch'essa dà l'azione contrattuale e c'è un *etiam in huiusmodi specie* che ribadisce l'omogeneità delle decisioni proprio in confutazione della tesi che l'HELDRICH vorrebbe vederne appoggiata. La soluzione giuliana, secondo questo scrittore che anche nel paragrafo 6 vede sostituita dai compilatori la azione contrattuale a quella *de dolo*, sarebbe opposta a quella che il Digesto ci presenta. Ma ognuno vede come sia debole il fondamento di tutta l'argomentazione desunta dall'omogeneità delle due decisioni una volta che quella la quale serve da termine di riferimento è ricostruita mediante una congettura dell'autore.

§ 3.

D. 3, 3, 1, 1 (Ulp. 9 ed.) Procurator autem [*vel omnium rerum vel unius rei*] esse potest constitutus vel coram vel per nuntium vel per epistulam: quamvis quidam, ut Pomponius libro vicesimo quarto scribit, non putent [*unius rei mandatum suscipientem*] (.....) procuratorem esse: sicuti ne is quidem, qui rem perferendam [*vel epistulam vel nuntium perferendum glossa?*] suscepit, proprie procurator appellatur. [*sed verius est eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit*].

È il testo che, più d'ogni altro, ha rivelato ad alcuni romanisti moderni la creazione bizantina della figura del *procurator unius rei* e la fusione pure bizantina del mandato e della pro-

cura. Ed è il testo che, nella forma in cui appare sopra, è stato ricostruito soprattutto dall'ALBERTARIO (1). Poichè, non esistendo nel diritto classico la figura del procuratore di un solo affare al di fuori della rappresentanza processuale (2), manca la possibilità della sussunzione di colui « qui rem perferendam vel epistulam vel nuntium perferendum suscepit » sotto il concetto classico del procuratore (questo sembra acquisito checchè si pensi poi dei rapporti fra mandato e procura), il testo citato, che ormai può essere ritenuto per spurio nell'ultima aggiunta, mantiene sicuramente ancora nella parte che ci interessa un principio negativo del diritto classico, per cui il carattere di procuratore manca a « is qui rem perferendam suscepit » come manca a chiunque o per incarico ricevutone o per sua iniziativa sbriga un affare isolato per conto di una altra persona. Io ritengo che non vi siano elementi sufficienti per considerare senz'altro come un glossema l'intera frase *sicuti ne is quidem, qui rem perferendam vel epistulam vel nuntium perferendum suscepit, proprie procurator appellatur*. Questa opinione si collega all'idea non pienamente giustificata che il frammento originario parlasse solo di procuratore processuale (3).

Fondandosi, con acume degno di nota, sulla illogicità e inutilità dell'aggiunta *vel epistulam vel nuntium perferendum*, un noto scrittore sospetta, e non manca di avvalorare il sospetto anche col rilievo di un'improprietà formale, che l'aggiunta in parola debba ritenersi un glossema nato da un'ingenua ripetizione delle parole *vel per nuntium vel per epistulam* del principio del paragrafo. Quando al loro posto quelle parole hanno il significato di un'antitesi pienamente concludente, ripetute qui è

(1) Cfr. *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, 1921, 6, 89. Cfr. anche DE FRANCISCI, in *Archivio giuridico*, 1921, 86, 261.

(2) Su questo punto v. i dubbii del RABEL, in *SZ.* 46, 473.

(3) Cfr. da ultimo KOHLER, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, XXXV, p. 68.

inevitabile convenire che esse hanno il valore di una tautologia aggravata dalla ripetizione del *perferendum* da cui viene fuori una frase priva di qualunque snellezza (1). Così, a proposito dell'inutilità logica di quella aggiunta, il LEVY ricorda che Ulpiano altrove (D. 3, 5, 5, 4 [Ulp, 10 ed.]) prendeva in considerazione *pecuniam vel aliam quandam rem* (dove *quaedam res* è ogni cosa e quindi anche una lettera). Invece nella aggiunta che già conosciamo « *vel epistulam vel nuntium perferendum* » l'espressione *epistula* pare indichi una specie non compresa nel genere *res*, e ci prova anche per questo lato la non classicità dell'aggiunta, appunto perchè nel periodo postclassico si fa strada la tendenza a isolare i documenti dalle altre cose anche nella trattazione dei rapporti di cui sono oggetti in quanto cose. Qui importa ricordare che, nella elaborazione postclassica dei rapporti aventi ad oggetto documenti, questa fisionomia speciale del documento rispetto alle altre cose è sempre accentuata (anche nei rapporti comuni di cui il documento è oggetto in quanto cosa) facendo a questo scopo gravitare il rapporto verso il contenuto anzichè verso l'elemento reale dei documenti. Se tutto ciò è vero, chi può meravigliarsi che il postclassico cui è dovuto il glossema sentisse il bisogno di distinguere l'*epistula* dalla *res*; accostando per giunta l'*epistula* al *nuntium* che ne rappresenta il contenuto?

È molto probabile che Ulpiano, non scostandosi dal concetto classico (2), avvertisse:

ne is quidem, qui rem perferendam suscepit, proprie procurator appellatur

e che i postclassici aggiungessero l'*epistulam vel nuntium* che ai loro occhi non era ben sicuro, per il rilievo acquistato dal contenuto del documento, rientrassero nel concetto di cosa.

(1) Cfr. LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, 1925, p. 56.

(2) ALBERTARIO, *St. nelle sc. giur. e soc.*, 1921, 90.

In un altro fr. (D. 50, 1, 36 pr. [Mod. 1 resp.]) il trasporto di documenti è considerato un mandato. - D. 50, 1, 36, pr. (Mod. 1 resp.) Titio, cum esset Romae studiorum gratia, epistula missa est a magistratibus patriae suae, ut porrigeret imperatori decretum eiusdem civitatis, quod erat cum ipsa epistula missum. is autem, qui suscepisset litteras restituendas, collusione facta dedit Lucio Titio, qui et ipse Romae morabatur suae rei gratia: (is Mo.) sublato Titi nomine, cui erat decretum missum, uti per ipsum daretur, suum nomen scripsit et sic imperatori decretum secundum mandata rei publicae dedit. quaero, qui viaticum petere ab ea potuisset? et quid commisisset videtur is, qui non restituit litteras ei, cui restituere mandatum susceperat, et is, qui sublato alieno nomine inscriptoque suo, quasi ipse iussus a patria, decretum imperatori porrexit? Herennius Modestinus respondit Titium quidem viaticum petere non posse: sed eum qui nomen incidisset (*plura desiderari vidit SCHULTING, Kr.*).

Mi siano permesse alcune osservazioni suggerite da questo testo. Come si vede, il trasporto (certo effettuato da una terza persona che la glossa chiama *nuntius*) dell'*epistula* o *litterae* e del *decretum* dalla patria di Tizio a Roma è considerato da Modestino un mandato in conformità certo del principio classico per cui il carattere distintivo del mandato è la gratuità (1).

Piuttosto, perchè più complicato, va esaminato un po' più accuratamente il contratto che la *res publica* conclude con Tizio per mezzo della lettera mandatagli, contratto consistente nell'incarico di *porrigere imperatori decretum*.

(1) D. 17, 1, 1, 4 (Paul. 32 ed.): Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit. — Il carattere gratuito del mandato sussisteva, anche se il mandante s'impegnava « per patto a remunerare il mandatario, cioè a dimostrargli la sua gratitudine col dargli una somma ». L'onorario non è una mercede. Cfr. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, 307 e n. 1.

Questo contratto è considerato un mandato da Modestino, il quale parla di colui che *imperatorum decretum secundum mandata rei publicae dedit*, venendo così implicitamente a dire che l'incarico secondo i principi romani doveva essere gratuito una volta che veniva configurato come un mandato. È probabile, che il *viaticum* di cui parla il frammento rappresenti tutto il complesso di spese che può avere incontrate colui che ha consegnato all'imperatore il decreto. Perciò, quando osserviamo che il BYNKERSHOEK si meraviglia della conclusione del passo e pretende leggere *Titium quidem VIATICUM PETERE POSSE, SED non eum, qui nomen incidisset* (1), non possiamo non trovarlo inconseguente una volta che prima ha giustamente interpretato il *viaticum* come *expensas et necessarias et utiles et quidquid decreti offerendi gratia abest* poichè il rimborso delle spese compete (coll'a. *neg. gest.*) a chi effettivamente le ha fatte e non a chi non ha eseguito il mandato sia pure senza sua colpa.

In conclusione il trasporto doveva essere considerato *mandatum* o *locatio conductio* dai Romani in base alla presenza o all'assenza dell'elemento della gratuità; ma comunque il documento oggetto del trasporto non modificava di esso la struttura essenziale.

§ 4.

Si ammette in vari testi delle Pandette che, quando due persone si siano messe d'accordo su una prestazione e una controprestazione lecite, ed una abbia adempiuta la prestazione che essa aveva promessa, sorge nell'altra l'obbligo di adempiere alla controprestazione, e che alla parte adempiente spettano tre gruppi di mezzi, onde ottenere dalla controparte la restituzione di quanto fu dato o l'indennizzo per quanto fu fatto,

(1) *Obs. iuris Romani*, lib. II, c. IX. Coloniae Allobrogum, 1761.

oppure ottenere la controprestazione. Se il principio dell'obbligo di eseguire la controprestazione sia, come si è sostenuto, sempre giustiniano, è oggetto di viva discussione (1). Di fronte a casi simili, la giurisprudenza classica concede almeno la ripetizione di ciò che è stato dato o l'indennizzo per quanto è stato fatto: della struttura contrattuale del rapporto, con tutte le sue conseguenze, non si nega che anche nei classici esista qualche spunto, ma tuttavia si ammette che essa abbia avuto sviluppo nel diritto giustiniano. In ispecie, poichè l'azione per la esecuzione del contratto innominato ha il valore di un'azione generale, *actio praescriptis verbis* come spesso è chiamata, molti (principalmente il DE FRANCISCI) affermano che in questo mezzo processuale si ravvisa la innovazione giustiniana, nel senso che con esso la possibilità di ottenere la controprestazione non è limitata a poche ipotesi, ma estesa a tutte le figure in cui sia ravvisabile uno di questi contratti secondo la nuova dottrina. Stando alla quale, l'azione per ottenere la controprestazione è concessa però solo quando il rapporto tra le due prestazioni non abbia carattere di illiceità, nel quale caso è mantenuto il complesso dei principi classici, secondo cui è accordata la ripetizione a chi ha eseguito la prestazione purchè la turpitudine della causa non sia anche dalla sua parte, e il contratto non si può considerare esistente nemmeno nel diritto giustiniano, perchè la causa illecita impedisce la esistenza di quello che del contratto è un elemento essenziale.

Ma il più interessante, forse, tra i rilievi suggeriti dal testo che esamina la questione in rapporto ai documenti è che in esso sono riscontrabili tendenze bizantine riscontrate anche nella sistemazione di altri rapporti aventi ad oggetto i documenti. D. 12, 5, 2, 1 (Ulp., 26 ed.). Item si tibi dederò,

(1) Sul tema cfr. specialmente DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα: storia e dottrina dei c. d. contratti innominati*, Pavia, 1913-16; BETTI, in *Bull. Istit. dir. rom.*, 28, 1915, p. 3 e segg.; MEYLAN, *Nature et origine de l'a. pr. verbis*, Losanna, 1919; PEROZZI, *Ist.*, 2, p. 278 seg.; BESELER, *Beiträge*, 2 p. 156 seg.

ut rem mihi reddas depositam apud te [vel ut] < velut > instrumentum [mihi redderes]. È stato notato un'altra volta che la scienza postclassica trasforma, in occasione dell'elaborazione dei rapporti comuni aventi ad oggetto il documento, il concetto stesso del documento come cosa, dandogli un posto speciale tra le altre cose e compiacendosi quasi di staccarlo nella trattazione da quelle, consapevole com'è che questa cosa è anche un istituto, la cui natura reagisce in molti modi sulla struttura del rapporto (1). Per diritto classico, il documento è una cosa che si comporta come tutte le altre cose: soltanto Giustiniano e probabilmente già i postclassici amano distinguerlo dalle altre cose (2).

Quando, in qualche altro testo (D. 4, 2, 8, 1 [Paul. 11 ed.]), le nostre fonti discutono intorno al caso del pagamento di una somma di danaro ad evitare che l'accipiente alteri un documento (che egli possiede) relativo agli interessi del dante, si aggiunge agli elementi esaminati dianzi un elemento nuovo, strettamente legato al contenuto del documento che giunge a configurare in forma nuova il rapporto, ogni volta che il contenuto rivesta carattere tale da giustificare il metus, in caso che ne sia minacciata l'interservio. D. 4, 2, 8, 1 (Paul., 11 ed.). Si is accipiat pecuniam, qui instrumenta status mei intersersurus est nisi dem, non dubitatur quin maximo metu compellat, utique si iam in servitute petor et illis instrumentis perditis liber pronuntiarum non possum. — Ciò si palesa di straordinaria rilevanza pratica pensando alle conseguenze (enormemente più gravi) a cui

(1) Richiamo qui una osservazione da me esposta sopra nel § relativo al trasporto dei documenti, in cui notai che nel glossema *vel epistulam vel nuntium perferendum*, già sospettato, nel D. 3, 3, 1, 1, dal LEVY (*Der Hergang der römischen Ehescheidung*), va rilevata la tendenza postclassica a dare al documento un posto speciale nel sistema delle cose, in quanto oggetto di rapporti comuni.

(2) D. 12, 5, 2, 1, cit., interpolato il *mihi redderes* e sostituite le parole *vel ut* al *velut* che doveva apparirvi originariamente.

dà luogo il negozio viziato da violenza rispetto a quello fondato semplicemente su causa turpe. L'intervento del magistrato (il quale riconosca nella fattispecie gli estremi per accordare l'actio quod metus causa) fa sì, già nell'epoca repubblicana, che nel caso di condanna questa abbia per oggetto il quadruplo della prestazione fatta (1). Vedemmo al contrario che nell'ipotesi di semplice causa illecita il solvente, quando la turpitudine della causa non sia anche dalla sua parte, ha soltanto l'azione per ripetere la prestazione. Ora nel caso che sia dato per scongiurare la minaccia di un'alterazione grave degl' *instrumenta status mei* è riconosciuto il metus, dal che deriva l'azione quod metus causa avente per oggetto il quadruplo della prestazione. In ispecie, risulta dal nostro testo che si intentava l'actio quod metus causa nel caso in cui il solvente si fosse indotto a pagare per il timore che l'accipiente alterasse o distruggesse i documenti provanti il suo stato di libertà, dato che in tale ipotesi il metus era giustificato dall'importanza del contenuto dei documenti.

(1) Sul carattere penale dell'a. *quod metus causa* cfr. da ultimo von Lübtow, SZ. 52, 339.

IV.

LE OBBLIGAZIONI NON CONTRATTUALI DA ATTO LE- CITO AVENTI AD OGGETTO LA CONSEGNA DI DOCU- MENTI (1): NEGOTIORUM GESTIO E FIGURE AFFINI - TUTELA

§ 1. *Negotiorum gestor*. — § 2. Schiavo manomesso. — § 3. Curatori. — § 4. Tutore.

§ 1.

Nell'elenco dei quasi contratti, occupa un posto importante la *negotiorum gestio*: anzi si può osservare che appunto nell'elenco delle Istit. (3,27) tiene il primo posto. Il gestore è tenuto anche a certi atti e fatti positivi (compilazione d' inventario, conservazione delle ricevute, fatture, ecc.): solo che il complesso degli obblighi del gestore a gestione finita consta di un altro elemento che pare sfuggito all'attenzione del PACCHIONI (2), a cui pure si deve un capitolo pregevole sull'obbligo di render conto. La nostra affermazione è basata su quei testi che spie-

(1) La giustificazione di questa categoria, e le ragioni per cui non sembra possibile raccogliere le figure qui esaminate sotto una denominazione razionalmente più soddisfacente, sono di ordine dogmatico e pratico. In questi casi l'obbligo della consegna dei documenti anzichè derivare da un contratto è collegato alla struttura del rapporto e sanzionato o fin da principio con un'azione di buona fede o dapprima con un'azione in factum e successivamente con un'azione di buona fede.

(2) *Trattato della gestione degli affari altrui*, 1893.

gano il significato del reddere rationem, il quale comprende la consegna dei documenti in cui erano scritti i conti, vera consegna e non semplice esibizione in giudizio a scopo di prova.

Ecco dunque le definizioni testuali della resa dei conti.

D. 40, 7, 6, 7 (Ulp. 27 Sab.) Si quis non dare decem et liber esse, sed rationibus redditis liber esse iussus sit, an ad emptorem haec condicio transeat, videamus. Et alias sciendum est eas demum condiciones ad emptorem transire, quae sunt in dando: ceterum hae, quae sunt in faciendo, non transeunt, ut puta si filium eius litteras edocuerit: hae enim personis eorum coherent, quibus adscribuntur. rationum autem reddendarum condicio, quod ad reliqua quidem attinet, in danda pecunia consistit, quod autem ad ipsa volumina rationum tradenda percontandasque et examinandas rationes [et in] (et exin *Mo*) dispungendas atque excutiendas, factum habet. num quid ergo reliqua quidem et emptori dando perveniat ad libertatem, cetera in persona heredis consistant? puto igitur (rationum exactionem apud heredem remanere *Mo*) et ad emptorem reliquorum solutionem transmitti: sic fiet, ut dividatur condicio: et ita Pomponius libro octavo ex Sabino scripsit.

D. 35, 1, 82 (Call. 2 quaest.) Cum servus ita liber esse iussus sit 'si rationes reddiderit' eique fundum heres dare damnas sit, videamus, utrum condicio libertati praeposita sit an vero et legato. et quidem si libertati soli accipiamus praepositam, nullus tractatus amplius superest: nam legatum purum invenitur et ideo inutile fit: quod si condicio etiam legato insita sit, quod quidam recte putant, simul cum libertate dies quoque legati utiliter cedit. quid ergo continetur his verbis si rationes reddiderit? quidam hoc aiunt 'si reliqua reddiderit', quasi nihil intersit, utrum sub hac condicione 'si reliqua' vel hac 'si rationes reddiderit'. [sed nos neque condicionem meram putamus esse, quae in datione existit, neque meram condicionem, quae in facto sit, sed eam condicionem, quae ex mixtura quadam

consistit.] nam non utique si ille in folle reliqua optulerit, liber erit: non enim testator hoc sensit, sed illud, ut rationes reddat, quomodo servus reddere solet, id est legendas offerre rationes primum, deinde computandas, ut explorari possit, imputationes probe an improbe referantur, accepta recte relata an non recte: ita enim incipit quidem res a facto, pervenit autem ad pecuniam. inest his verbis etiam heredes notitia instrui rationum, ut sciant, quid in quaque ratione scriptum sit. nam quod ipse vivus facturum erat, ab heredibus suis fieri iussisse intellegitur: ille autem utique non sic solebat servo suo ostendenti reliqua rationes subscribere, sed ita, ut legeret examinaret exciperet. itaque cum servo sub hac condicione testamento libertas datur 'si rationes reddiderit', non hanc solam habet significationem, si cautiones instrumentaque omnia actus sui exhibuerit heredi, sed et si reliqua solverit.

Si cfr. anche D. 50, 16, 89, 2 (Pomp. 6 Sab.). La resa dei conti comprende due elementi, di cui uno consiste nel dare il residuo attivo e l'altro nel consegnare i libri dei conti che da chi li riceve debbono essere esaminati. Nei casi in cui il rendere i conti costituisce la condizione di una manomissione è affermato che esso consta anche della consegna dei libri dei conti (1). Per conseguenza, se ad uno è fatto obbligo di reddere rationes o ciò gli è imposto come condizione, egli non avrà adempiuto l'obbligo o la condizione se non avrà consegnato i conti, quando anche abbia pagato il residuo (2).

(1) Cfr. per l'affermazione implicita di questo principio D. 50, 16, 89, 2 cit.. Inoltre, in base a D. 35, 1, 32 (Afr. 9 quaest.) parrebbe che la resa dei conti non fosse che il pagamento dei residui, ma è naturale che questo fosse l'elemento principale dal punto di vista economico: e d'altronde la questione del testo verteva su questo elemento. A questo consetto è ispirato D. 21, 2, 69, 4 (Scaev. 2 quaest.).

(2) È un testo classico (dalla critica è ritenuto genuino D. 34, 3, 8, 5 [Pomp. 6 Sab.]) il quale afferma il principio che risulta in armonia con quanto è stato fin qui esposto. In questo senso è orientato anche D. 35, 1, 50 (Ulp. 1 off. cons.). Un argomento per dimostrare la differenza tra l'aspetto documentale e l'aspetto non documentale del ren-

Il testo delle I. 3, 27, 1 riassume le obbligazioni del gestore sotto l'espressione *administrationis rationem reddere*. Il *rationem reddere* si riferisce qui certamente in prima linea al pagamento del residuo senza che però si voglia escludere la consegna dei libri dei conti. Nel diritto giustiniano, anche la consegna dei libri ha la struttura di un obbligo, e tale struttura ha nel diritto classico in quanto sia lecito parlare di obblighi derivanti da *negotiorum gestio*. Il regime, che pei conti della gestione ci è offerto dalle nostre fonti, convince non trattarsi di una semplice produzione in giudizio: in quanto si parla di un tradere i libri, è chiaro che si ha riguardo non alla semplice esibizione. Poi nessun testo accenna ad una consegna dei libri avente il solo scopo di provare le pretese, non si saprebbe poi se del solo gestore o anche del dominus; infine non è nello spirito del diritto classico fissare, se non in casi sporadici, norme di diritto probatorio.

Mentre l'obbligo della consegna dei conti è collegabile, quanto alla sua giustificazione giuridica da un punto di vista formale, al carattere equitativo dell'azione in *factum* e a quello di buona fede dell'azione in *ius* (1), da un punto di vista sostanziale esso costituisce una manifestazione della tendenza del diritto pretorio e imperiale a far coincidere la pertinenza e la proprietà del documento nella stessa persona (2).

dicono è dato dal fatto che, mentre Scevola suppone il caso di remissione allo schiavo del pagamento del residuo, disposta dal padrone in un testamento o in codicilli insieme con la manomissione (D. 33, 8, 23, [1 [Scaev. 15 dig.]), dalle parole della disposizione risulta la volontà del disponente che i conti siano consegnati agli eredi.

(1) Cfr. da ultimo sulle differenze fra l'equità del diritto pretorio e la buona fede del diritto civile il recente studio del PRINGSHEIM: *Aequitas und bona fides* in « Conferenze per il XIV centenario delle Pandette ». Ma sembra che praticamente le due nozioni rispondano ad esigenze di natura analoga.

(2) In altri casi, come in materia di documenti di operazioni bancarie, la scissione della pertinenza e della proprietà è giuridicamente inevitabile. Ma, poichè l'interesse derivante dalla pertinenza merita una tutela giuridica anche contro il proprietario, esso è protetto con un'azione, e Ulpiano (D. 2, 13, 4 [Ulp. 4 ed.]) offre una trattazione di

Sorge spontaneo il richiamo di

D. 3, 5, 2 (Gai, 3 ed. prov.). *Si quis absentis negotia gesserit licet ignorantis, tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit vel etiam ipse se in rem absentis alicui obligaverit, habet eo nomine actionem [: itaque eo casu ultro citroque nascitur actio, quae appellatur negotiorum gestorum]. et sane sicut aequum est ipsum actus sui rationem reddere et eo nomine condemnari, quidquid vel non ut oportuit gessit vel ex his negotiis retinet : ita ex diverso iustum est, si utiliter gessit, praestari ei quidquid eo nomine vel abest ei vel afuturum est. (1). Il testo è ritenuto interpolato, per quanto in varia misura, dal PARTSCH (2), dal BIONDI (3), dall'ALBERTARIO (4) e sarebbe stato addirittura rifatto quasi integralmente dai compilatori secondo il*

tale *actio in factum* che sarà esaminata più avanti. — Quando altrove si afferma non esser necessario che chi chiede in giudizio un legato all'erede produca il testamento giacchè gli eredi di solito ne hanno un esemplare (cfr. su questa ipotesi D. 2, 13, 2 [Paul. 3 ed.]; e sulle modalità della produzione dei conti nel processo D. 2, 13, 1, 2 [Ulp. 4 ed.]), si gettano le prime basi di una sia pure frammentaria regolamentazione del documento come istituto processuale.

(1) Cfr. D. 44, 7, 5 pr., (Gai, 3 anr.) *Si quis absentis negotia gesserit [si quidem ex mandato, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet; si vero sine mandato], placuit [quidem sane] eos invicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aequae invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. [sed neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur: neque enim is qui gessit cum absente creditur ante contraxisse, neque ullum maleficium est sine mandato suscipere negotiorum administrationem: longe magis is, cuius negotia gesta sunt, ignorans aut contraxisse aut deliquisse intellegi (non Hal.) potest: sed] utilitatis causa receptum est invicem eos obligari. [ideo autem id ita receptum est, quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur quasi statim redituri nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant, deinde novis causis intervenientibus ex necessitate diutius absunt: quorum negotia desperare iniquum erat, quae sane desperirent, si vel is, qui obtulisset se negotiis gerendis, nullam habiturus esset actionem de eo, quod utiliter de suo impendisset, vel is, cuius gesta essent, adversus eum, qui invasisset negotia eius, nullo iure agere posset.] — Le interpolazioni segnate furono viste dall'ALBERTARIO in *Rendiconti dell'Istituto lombardo di Scienze e Lettere*, 1926.*

(2) *Neg. gest.* 26.

(3) *Iud. b. f.*, 76.

(4) *Rendiconti dell'Istituto lombardo di Scienze e Lettere*, 1926, 441⁵.

DONATUTI (1). Ma, pesati gli argomenti del DONATUTI, è evidente che egli dà importanza esagerata agli indizi filologici, che non riescono, quando mancano indizi sostanziali, a distruggere la nostra opinione per la rispondenza del fr. al diritto classico eccetto naturalmente la breve frase centrale, che si denuncia da sé quando afferma la originaria esistenza degli iudicia contraria.

§ 2.

D. 3, 5, 44, 1 (Ulpiano IV. opin.): Qui pure testamento libertatem acceperunt, actus, quem viventibus dominis administraverunt, rationem reddere non compelluntur.

Il « pure testamento libertatem acceperunt » rileva un'antitesi con la manomissione sottoposta alla condizione *si rationes reddiderit*; lo schiavo qui pure testamento libertatem accepit non ha l'obbligo del rendiconto e quindi neanche della consegna dei documenti. Il concetto di actus non è diverso se lo amministratore è uno schiavo invece che una persona libera (2). È vero che per la negotiorum gestio i termini actus ed administratio s'incontrano in testi rimaneggiati (3), ma da questa constatazione non possono trarsi conclusioni affrettate giacchè, come fu osservato (4), l'intento dei compilatori con ciò fu soltanto quello di estendere alle azioni in factum il regime dell'obligatio ultro citroque.

La negotiorum gestio però riguarda due soggetti indipendenti riguardo alla loro personalità. L'administratio invece dello schiavo poggia su presupposti giuridici diversi (5). Ma è evi-

(1) *Ann. Perugia* 1921-22, 387.

(2) Cfr. D. 3, 5, 2 cit.; D. 26, 7, 19 (Ulp. 1 resp.); D. 27, 3, 1, 3 (Ulp. 36 ed.); D. 26, 7, 3, 2 (Ulp. 35 ed.); D. 2, 13, 10, 1 (Gai. 1 ed. prov.)

(3) D. 3, 5, 2; *Ist.* 3, 27, 1; per la tutela D. 27, 3, 1, 3, su cui vedi oltre.

(4) DE FRANCISCI, *Studi sen.*, 24, pag. 400.

(5) Cfr. sopra, I, § 3.

dente che, ammessa la necessità della distinzione, potrebbe rimproverarsi di trascurare la possibilità che il comportamento dello schiavo faccia sorgere nel padrone obbligazioni di fronte ad un terzo. V'ha di più: l'obbligo che lo schiavo assume è, ove esistano certi fattori, efficace perfino se ha come creditore il padrone. Si considera infatti, in alcuni casi, l'ipotesi che lo schiavo a cui è stato concesso un peculio abbia debiti verso il pater familias, i quali sono, per usare la frase del BONFANTE, fatti onde si argomenta l'intenzione del paterfamilias e l'ammontare del peculio. Certo, è così dato ai debiti del servus verso il padrone un riconoscimento pretorio. Per diritto classico, l'azione negotiorum gestorum non doveva però essere data contro lo schiavo. L'azione, che naturalmente presuppone la capacità giuridica del gestore durante la gestione, è del tutto inapplicabile contro lo schiavo. La resa dei conti sarebbe in contrasto con lo spirito di liberalità, da cui è animata la manomissione (1). In certi casi questo principio dovette subire qualche attenuazione almeno apparente dovuta alla prevalenza di principi e necessità diverse: in ogni modo poi gli eredi avranno potuto ottenere i documenti colla *vindicatio* quando ne avessero la proprietà.

La manomissione poteva essere imposta all'erede od altro onorato anzichè compiuta direttamente nel testamento, ed anche in questo caso poteva essere imposta *pure* anzichè sotto la condizione rationibus redditis. Se si dovesse applicare il principio ora studiato per la manomissione diretta, bisognerebbe concludere che anche in questa ipotesi lo schiavo non ha l'obbligo di « rationem reddere ». La manomissione viene imposta dal magistrato, quando il fiduciario si rifiuti di compierla sotto pretesto che non sono stati resi i conti: tuttavia l'imperatore Marco avrebbe deciso *ex continentibus tamen arbitrum dandum esse*

(1) Cfr. C. 7. 2. 4 (Sev. et Ant., a. 215).

qui computationem ineat, vale a dire avrebbe riconosciuto, almeno in parte, l'onere della resa dei conti. D. 40, 5, 37. (Ulp. 6 fid.). Si pure data sit fideicommissa libertas et is servus rationes administrasse dicatur, divus Marcus rescripsit moram libertati non esse faciendam [, ex continentis tamen arbitrum dandum esse, qui computationem ineat]. verba rescripti ita se habent: ('Statim oportet) ['Aequius videtur] Trophimo ex causa fideicommissi praestari libertatem, quam sine condicione reddendarum rationum datam esse constat' [, neque humanum fuerit ob rei pecuniariae quaestionem libertati moram fieri. qua tamen repraesentata confestim arbiter a praetore erit dandus, apud quem rationem, quam administrasse eum apparuit, ex fide reddat'. tantum igitur rationes reddere cogetur, sed an et reliqua restituere debeat, nihil adicitur, nec puto cogendum; nam de eo, quod in servitute gessit, post libertatem conveniri non potest. corpora plane rationum et si quas res vel pecunias ex his detinet cogendus est per praetorem restituere: item de singulis instruere] (1).

(1) Secondo il BESELER, SZ 51, 193-194, il rescritto sarebbe stato fedelmente riferito da Ulpiano — nell'opera genuina — in questa forma: ('Statim oportet) [Aequius videtur] Trophimo ex causa fideicommissi praestari libertatem, quam sine condicione reddendarum rationum datam esse constat'. Tutto il resto della decisione imperiale ed il commento relativo sarebbero compilatorii: [neque — instruere]. Apparterrebbe quindi a Triboniano la distinzione della consegna dei documenti (e restituzione di cose del padrone) dal pagamento del residuo, e gli apparterrebbe ancora l'argomento che lo schiavo *de eo, quod in servitute gessit, post libertatem conveniri non potest*. — L'opinione del B. sembra accettabile soprattutto perchè è difficile ammettere che l'imperatore, dopo avere affermato che si doveva *praestare libertatem, quam sine condicione reddendarum rationum datam esse constat*, concludesse che lo schiavo doveva *reddere rationem*. Ma che i due elementi del rendiconto sussistessero anche nel dir. classico, e che lo schiavo manomesso *pure* fosse esonerato dal rendiconto perchè *de eo, quod in servitute gessit, post libertatem conveniri non potest*, non sembra possa negarsi. Quanto ai *corpora rationum* e alle *res vel pecuniae* che fossero di proprietà dal padrone e poi degli eredi, ho già detto che questi avranno potuto rivendicarli — e anche qui può osservarsi che la frase *per praetorem restituere* è tutt'altro che adatta: l'imposizione della manomissione è indipendente da quella *vindicatio* dei libri dei conti o di altre cose di proprietà dell'erede.

Si è visto come il diritto romano abbia contrapposto gli schiavi manomessi puramente a quelli manomessi sotto condizione: fra le condizioni cui è sottoposta la manomissione, la più frequente fu quella della resa dei conti. Per diritto giustiniano gli elementi della condizione *rationum reddendarum* vengono classificati come elementi consistenti in dando ed elementi consistenti in facendo (1). La classificazione è poco soddisfacente in quanto, in tutti i casi (e saranno la maggioranza) in cui le *rationes* siano di proprietà del padrone, la restituzione di esse è prestazione analoga al pagamento dei residui.

La *condicio rationum reddendarum* implica un comportamento anche della persona a cui il conto va reso, sicché mancando l'accettazione del conto da parte dell'erede a rigore la condizione non sarebbe avverata. Ma il *ius civile* ha fissato il principio della così detta *finzione* di avveramento della condizione (2). Se l'erede *causatur* accipere *rationes*, lo schiavo diventa egualmente libero. Soltanto in epoca avanzata è ammesso ancora un processo *apud eum qui de libertate cognoscat* (3).

(1) Cfr. BESELER, *Beiträge*, 3, 137. I testi relativi (D. 35. 1, 82 cit. e D. 40, 7, 6, 7, anch'esso cit.) erano stati anche da altri esaminati con intento critico.

(2) Cfr. da ultimo GROSSO, *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione*, p. 24. Secondo questo Autore solo i compilatori estendono il principio, trasformandolo nell'altro « che lo statulibero acquista la libertà *si per eum non stat quo minus condicio impleatur* » (p. 37).

(3) Cfr. D. 40, 7, 34, 1 (Pap. 21 quaest.): Imperator Antoninus rescripsit *iussum rationes reddere et liberum esse, si heres causabitur accipere rationes, nihilo minus liberum fore. quod rescriptum ita accipi debet, ut, si reliqua non trahat, liber sit; quod si trahat, ita demum, si optulit eam quantitatem, quae refundi debuit ex fide veritatis; non enim libertati sufficit heredem in mora fuisse, si non id fiat per statuliberum, quod remota mora libertati aditum daret. quid enim si ita manumissum 'Dama si in Hispaniam profectus anno proximo fructus coegerit, liber esto' Romae retineat heres neque proficisci patiatur? numquid dicturi sumus statim ante fructus coactos liberum fore? nam et cum Romae stipulatio concipitur ita 'centum in Hispania dare spondes?', inesse tempus stipulationi, quo possit in Hispaniam pervenire, nec ante iure agi placuit. sed si heres acceptis rationibus et reliquis computatis donare se ea statulibero non habenti quod inferat proscribat aut etiam litteris ad eum missis palam faciat, condicio libertatis impleta videbitur. quid ergo, si neget se reliqua traxisse atque ideo, quia per heredem steterit,*

Il pretore nominava un arbitro fra lo schiavo ed il nuovo padrone; costui esaminava i conti ed assodava le giuste pretese dell'erede, anche magari non accordando cieca fiducia ai conti. I giureconsulti parlano di un *arbiter rationibus excutiendis* (1): i consigli dati dai giuristi all'arbitro offrono interesse dal punto di vista del documento come istituto processuale (2).

Quando debba essere decisa la questione della libertà e chi si trova nella posizione di schiavo pretenda di essere libero, si decide nelle fonti per l'ipotesi in cui sia proclamata la libertà. È riconosciuto l'obbligo di rendiconto per gli affari amministrati dal presunto schiavo, e pare che tale obbligo venga fatto valere con l'azione *negotiorum gestorum*. Nell'epoca postclassica, la norma è attestata in una costituzione di Costantino pervenutaci anche attraverso il Codice Teodosiano oltre che quello giustiniano, ma è probabile, per le ragioni anzidette e che non ripetiamo, che anche il diritto classico (per quanto se ne può congetturare) provvedesse nello stesso senso in cui provvede appunto Costantino (3).

Al caso di prelegato (o genericamente di legato?) di uno schiavo amministratore si riferisce D. 10, 2, 8 (*Ulpian. libro 19 ad edictum* n. 632) Pomponius scribit, si uni ex heredibus praelegatae fuerint rationes, non prius ei tradendas, quam coheredes descripserint. nam et si servus actor, inquit, fuerit legatus,

ut accipiat rationes, liberum factum, heres autem neque se fecisse moram et reliqua debere statuliberum contendat? [apud eum qui de libertate cognoscit, an condicio sit impleta, constabit: cuius officio continebitur de mora considerare nec minus computare rationes et, si reliqua trahi compererit, non esse liberum pronuntiare. sed si numquam negavit reliqua debere, cum autem conveniret heredem et rationes offerret, professus sit refusurum, quidquid in reliquis esse constiterit et eius pecuniae reum numerare paratum idoneum optulit et heres in mora fuit: sententia pro libertate dicitur.] BESELER, *Beiträge*, 3, 151, ritiene il periodo fattura dei compilatori; e vi sono elementi sostanziali favorevoli alla sua tesi.

(1) D. 40, 1, 5, 1 (Marcianus 2 inst.); D. 5, 1, 11 (Herm. 1 iuris epit.).

(2) Così D. 35, 1, 111 (Pomp. 11 epist.).

(3) C. 7, 18, 3, 1. = C. Th. 4, 8, 6, 1 (Const., a. 323).

non alias eum tradendum, quam rationes reddiderit. nos videbimus, numquid et cautio sit interponenda, ut, quotiens desideratae fuerint rationes [vel actor praelegatus?], copia [eorum] (earum) fiat? [plerumque enim authenticae rationes sunt necessariae actori ad instruenda ea quae postea emergunt ad notitiam eius spectantia. et necessarium est cautionem ab eo super hoc coheredibus praestari]. — Nella parte che c' interessa, si afferma che si devono rendere i conti prima che il possesso dello schiavo sia trasferito a chi ne ha acquistato la proprietà.

§ 3.

Non crediamo che la indagine sulla consegna dei documenti ottenuta coll'azione *negotiorum gestorum*, fatta finora in questo capitolo, possa chiudersi senza considerarla nell'azione stessa diretta contro il curatore. Nel diritto nuovo, come si è già osservato da tutti quelli che si sono occupati dell'argomento, l'azione del minore contro il curatore assume una terminologia oltremodo varia e si modella su quella contro il tutore (1). Coloro che, essendo stati curatori di un minore, debbono rendere i conti della cura nel diritto classico sono tenuti a ciò coll'*actio negotiorum gestorum* (normale, diretta) (2). L'*actio negotiorum gestorum* il diritto classico la concedeva nella cura dei minori in qualunque momento (3).

C. 5, 37, 14 (Phil., a. 245) Rationes [curae administratae ante impletum vicesimum et quintum annum] (tutela) durante officio posci iure non posse manifestum est.

(1) C. 5, 51, 7 (Diocl., a. 293) Quidquid tutoris dolo vel [lata culpa vel?] levi culpa sive curatoris minores amiserint vel, cum possent, non quaesierint, hoc etiam in tutelae sive negotiorum gestorum [utile] iudicium venire non est incerti iuris.

(2) Sulla rispondenza al diritto nuovo (e solo ad esso) del pensiero che tutti i curatori sono da parificare ai tutori v. BONFANTE *Corso di diritto romano*, I, p. 496.

(3) Sulla differenza, a questo riguardo, fra *a. neg. gest.* e *a. tutelae* v. *infra* § 4.

Questo rescritto, quanto alla cura del minore, è interpolato in quanto dichiara che non possono essere chiesti i conti al curatore finchè dura l'ufficio (1). Gli argomenti da cui dovrebbe risultare secondo qualcuno (2) che già nel diritto classico l'*actio negotiorum gestorum* contro il curatore durante la cura non aveva l'efficacia di produrre la consegna dei documenti in quanto non metteva termine all'amministrazione, non mi sembrano resistere alla critica dal momento che non sembra realmente dimostrato che il *curator minoris* classico abbia avuto l'*administratio* (3).

Nel diritto giustiniano in cui la cura è divenuta un ufficio analogo alla tutela, essa è assoggettata, sotto ogni riguardo, a un regime rigoroso anche per il rendiconto (4). Ma, se originariamente i testi si riferivano alla tutela, C. 5, 6, 3, 1 (Gord.) e D. 26, 7, 5, 6 (Ulp. 35 ed.) può stupire che parlino di *ratio negotiorum gestorum* e di *negotiorum gestorum iudicium*. E d'altra parte non si comprenderebbe come un impedimento matrimoniale, non riconosciuto nei riguardi del figlio del curatore rispetto all'adolescente dal diritto classico, potesse formare la base della decisione di Gordiano che regna nella prima metà del terzo secolo appena (5).

(1) Va notata l'espressione *durante officio*, dietro la quale, secondo il SOLAZZI, *La minore età*, p. 89, è certamente nascosto, per l'occhio del romanista moderno, il riferimento alla tutela, che doveva originariamente formare oggetto della costituzione.

(2) PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen*, in SZ 32 (1911).

(3) Così C. 5, 37, 14 cit. per il SOLAZZI come per noi è interpolato.

(4) Il testo del capo 8 della novella 72 (a. 538) avvalorava l'affermazione fatta sopra: in esso è asserito che neanche il giuramento di agire nell'interesse dell'adolescente, prestato dal curatore che accede alla cura, l'esime dal rendiconto.

(5) C. 5, 6, 3, 1 cit., supposto che si riferisse originariamente alla tutela, esprime diritto classico. GAYO (I, 191) afferma che il tutore della donna non può essere convenuto col *iudicium tutelae*; lo stesso doveva accadere per il tutore che fosse stato sostituito al primo, posto che egli si fosse limitato ad interporre l'*auctoritas*. La proposizione *habebit — gestorum* è allusiva a qualche elemento speciale, che nel caso deciso si aggiunge all'interposizione di *auctoritas*. — Il nome di *actio negotiorum gestorum directa* applicato all'azione del minore contro il curatore appare nella compilazione come relitto storico dell'antico sistema, ad es. nel D. 3, 5, 3, 5 (Ulp. 10 ed.).

Mentre Papiniano esamina il caso di un testatore il quale abbia pregato nel testamento il curatore di rendere il conto all'erede quando questi sia pervenuto ad *statum suum* (D. 31, 77, 14 [Pap. 8 resp.]), dal medesimo fr. risulta che il fedecomesso è inefficace in quanto l'obbligo del rendiconto sussiste indipendentemente; osserva il BESELER che una disposizione come quella sottoposta a Papiniano non è atta a differire l'esecuzione dell'obbligo (1).

Sembra che l'obbligo del rendiconto sussistesse anche per il *curator ventri bonisque*: cfr. D. 23, 2, 67, 4 (Tryph. 9 disp.) Et si quis *curator ventri bonis[que] (ve) ? datus sit, (id Kr.) prohibitionem eiusdem senatus consulti inducit: nam et hic debet rationem reddere. nec spatium administrationis movere nos debet, quia nec in tutore [nec curatore] discrimen maioris aut minoris temporis, quo in huiusmodi munere quis fuerit, habitum [esse] (est Hal.)*. Per ottenere il rendiconto si sarà probabilmente fatto ricorso ad un'*actio negotiorum gestorum*. Il testo citato tuttavia è per altre ragioni ritenuto interpolato, soprattutto per la manifesta marca bizantina dell'equiparazione di tale forma di cura alla tutela riguardo ai conseguenti impedimenti matrimoniali.

§ 4.

Se i curatori hanno l'obbligo del rendiconto nel dir. classico, in quanto sono soggetti all'azione *negotiorum gestorum*, nel dir. giustiniano lo hanno in quanto la loro posizione si è andata accostando a quella dei tutori, giungendosi a una quasi totale equiparazione della cura alla tutela. Quando l'ufficio del tutore avesse come elemento la gestione dei negozi del pupillo, il dir. classico disponeva l'azione *tutelae* di cui scopo era la resa dei

(1) Cfr. *Beiträge*, 2, 78.

conti, giustificata dalle ragioni stesse che la giustificano nella negotiorum gestio. Solo nell'ipotesi di tutela senza gestione di negozi era ritenuta inutile l'azione tutelae (1).

Sembra opportuno citare vari frammenti in cui compare l'obbligo di rendiconto del tutore, perchè il lettore constati il cospicuo numero di volte in cui si parla dell'obbligo stesso, e non rimanga dubbio che esso costituisce l'anima delle conseguenze patrimoniali della tutela. Si vedano pertanto: D. 27, 1, 31, 4 (Paul. 6 quaest.); 23, 2, 60, 8 (Paul. l. sing. ad orat. divi Ant. et Comm.); 62, 2 (Pap. 4 resp.); 64, 1 (Call. 2 quaest.); 67, 3 (Tryph. 9 disp.); C. 5, 51, 11 (Diocl. et Max., a. 294); D. 27, 3, 9, 4 (Ulp. 25 ed.); C. 3, 21, 1 (Diocl. et Max., a. 293); 5, 45, 1 (Val. et Gall., a. 259); D. 26, 7, 3, 2 (Ulp. 35 ed.); C. 5, 42, 2, 1 (Val. et Gall., a. 259); D. 23, 2, 67, 5; C. 5, 53, 1 (Sev. et Ant., a. 205) e 2 pr. (Ant., a. 212); 5, 58, 3 pr. (Diocl. et Max., a. 294); D. 1, 7, 17 pr. (Ulp. 26 Sab); 26, 2, 26, 1 (Pap. 4 resp.); 26, 7, 58 pr. (Scaev. 11 dig.); 34, 3, 28, 4 (Scaev. 16 dig.); C. 5, 6, 6 pr. (Val. et Gall., a. 260); D. 48, 10, 1, 11 e 12 (Marcianus 14 inst.); C. 5, 41, 1 pr. (Ant., a. 213); 5, 48, 1 pr. § 1 (Phil., a. 245).

Il valore delle espressioni « ratio administrationis reddenda, rationes gestae tutelae reddere, rationem praestare, rationem administrationis negotiorum pupilli repositi » ecc. consiste nel fatto che esse come altre analoghe compendiano e riassumono

(1) La dimostrazione di ciò sembra data nella prima parte di GAIO, I, 191: Unde cum tutore nullum ex tutela iudicium mulieri datur [; at ubi pupillorum pupillarumve negotia tutores tractant, ei post pubertatem tutelae iudicio rationem reddunt]. — *Istit.* I, 20, 7, riproduce, per ovvie ragioni, solo la seconda parte del passo gaiano. — Il BESELER (*Beiträge*, II, p. 123) pone tra uncini « officio tutoris » e « remedio eo uti debere » in D. 27, 3, 1, 3 (Ulp. 36 ed.). Sarebbe però necessario accertare che il principio dell'obbligo del tutore alla confezione e alla consegna dei conti sia stato introdotto anche altrove mediante interpolazione. Nel § di Gaio sarebbe un glossema secondo il BESELER l'ultima frase. Io tuttavia inclinerei nell'opinione che il glossema non porti nessun cambiamento nel concetto che ci si fa dell'obbligo del rendiconto del tutore, ed abbia scarso valore sostanziale.

il complesso di prestazioni cui il tutore è tenuto al termine della tutela. Se anche molti dei testi non siano genuini, pare che non esista nessuna ragione di dubitare della classicità dei concetti espressi dalle frasi « ratio reddenda », « rationem reddere » ecc.

Pertanto: l'obbligo del rendiconto è ritenuto l'essenza patrimoniale della tutela, al punto, che è esteso il divieto di nozze fra tutore e pupilla non solo al figlio, ma all'erede estraneo del tutore che al pari del figlio è tenuto al rendiconto. Ciò rappresenta (D. 23, 2, 64, 1 [Call. 2 quaest.]) una delle conferme più probanti della sussistenza nel diritto classico dell'obbligo del rendiconto del tutore già esteso dalla tutela dativa alla testamentaria negli ultimi tempi della repubblica.

C. 3, 21, 1 (Diocl. et Max., a. 293) stabilisce il luogo in cui va intentata (come le azioni contro gli altri tipi di amministratori) l'azione contro il tutore: ubi haec gessit, rationem oportet reddere.

Anche nel D. 23, 2, 67, 5 (Tryph. 9 disp.) la resa dei conti è indicata come il punto che segna la fine dell'amministrazione della tutela. Dal momento della resa dei conti soltanto cessano i rapporti patrimoniali fra tutore e pupillo.

Da tutti questi testi riceve conferma l'asserzione giustificante l'esistenza di questo paragrafo: che è elemento del rendiconto la consegna dei documenti dei conti della tutela e dei documenti relativi ai rapporti del pupillo coi terzi.

V.

LE VARIE IPOTESI DI CONDUCTIO AVENTE AD OGGETTO DOCUMENTI

§ 1. Delimitazione dell'argomento. — § 2. La così detta *condictio sine causa* dei documenti. — § 3. La *condictio ex causa furtiva*.

§ 1.

A questo capitolo trovo opportuno premettere l'analisi d'ipotesi in cui sembra corretto escludere che si tratti di *condictio* di documento ; in queste ipotesi o il mezzo processuale non è la *condictio* o la *condictio* non ha per oggetto il documento.

L'ordinamento giuridico romano consiglia di escludere che la *condictio* fosse applicata quando uno dei soggetti fosse il fisco : le controversie fra privati e fisco sono decise mediante procedimenti amministrativi. Occorre tenere presente ciò per stabilire con quale mezzo si ottenesse la restituzione dei documenti nel caso prospettato da

D. 49, 14, 45, 4 (Paul. 5 sent.) *Ex his bonis, quae ad fiscum delata sunt, instrumenta vel chirographa, acta etiam ad ius privatorum pertinentia restitui postulantibus convenit.*

Potrebbe infatti pensarsi che la restituzione si ottenesse con la rivendica o con la *condictio* secondo che il richiedente avesse o no la proprietà dei documenti. Da ciò la distinzione

di BARTOLO (1) fra documenti quae erant propria vel communia e documenti alio modo debita postulanti: nel primo caso BARTOLO riteneva applicabile la rivendica, nel secondo, ammettendosi un'applicazione più generale della *condictio*, riteneva possibile esperire tale mezzo. Per il diritto classico però in questa ipotesi nei rapporti col fisco non dovevano trovare applicazione le azioni formulari; la restituzione doveva effettuarsi con un procedimento amministrativo (processo *extra ordinem*). Nell'epoca giustiniana, le differenze dei due tipi di procedimento, dato che la *cognitio extra ordinem* è l'unica forma di processo civile, non dovevano avere l'importanza che ebbero per i classici. In tutti questi casi non solo sarebbe errato parlare di *condictio del documento* (siamo in presenza di una *cognitio extra ordinem*), ma va sottolineata la forza con cui il fisco reagisce sul rapporto di cui è soggetto.

Alla sua volta il documento può non essere correttamente considerato oggetto della *condictio*, quando nella compilazione si tratta, in testi secondo molti studiosi interpolati al fine di creare la figura della *condictio incerti* (2), di una *condictio data* a chi concluse una *cautio*, allorchè il mantenere in vita la *cautio* si ravvisi ingiusto, o perchè il promittente era minore, o per altri motivi. Nei testi a tal fine interpolati, la *condictio* s'intende come avente ad oggetto la rescissione del negozio. Giustiniano poi, per rendere possibile la rescissione anche quando non fosse applicabile la *in integrum restitutio*, con la interpola-

(1) *Ed. cit.*, ad h. l.

(2) Così MESSINA-VITRANO, *Liber. e nat. del legato*, p. 36; KOSCHEMBAR, *Condictio* II, p. 113; PEROZZI, *Istit.*, 1908, vol. II, p. 438; PERNICE, *Labeo*, vol. III, 1, p. 211; contra MAYR in *Z.S.S.*, 25, p. 224. Il LENEL, *Das Edictum perpetuum*², 158, ritiene la *cond. inc.* « eine Schöpfung der Jurisprudenz » e ne colloca storicamente l'accoglimento « in verhältnissmässig späte Zeit », spiegando che « sie ist keinesfalls vor der Zeit Trajans nachweisbar », e trovando « nicht wahrscheinlich, dass eine Musterformel der *condictio incerti* im Album proponiert war ». Cfr. anche DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα* I, 56 sg.; PFLÜGER, *SZ* 18; TRAMPEDACH *SZ*, 17; H. KRÜGER, *SZ*, 21, 428.

zione del D. 4, 4, 16, 2 (Ulp. 11 ed) estese ai maggiori d'età un istituto giuridico, avente contenuto pratico affine a quello della *restitutio in integrum* (1), l'efficacia della quale consiste nel cancellare lo stato di diritto derivante dal negozio. Pel caso in cui si fosse redatto un documento, l'imperatore pensò probabilmente che le conseguenze della stipulazione si cancellavano imponendo la restituzione al promittente del documento stesso (2).

Circa le ipotesi di *condictio* di un'obligatio, qualche autore (GNEIST, *Formelle Verträge*) ha pensato che in alcune obligatio possa designare il documento: può ritenersi che la *condictio dell'obbligazione* si attuasse nel dir. giustiniano con la restituzione del documento. Peraltro nei testi relativi l'oggetto della *condictio* è in prima linea l'obligatio come diritto, e non il documento; questa è l'interpretazione della dottrina prevalente.

Alla *condictio obligationis* allude un frammento (D. 39, 6, 18, 1 [Iul. 60 dig.]) (3) che accorda inoltre un'azione *in factum*; in tale passo è esposta la fattispecie di una donazione mortis causa consistente in una delegazione la quale sostituisce al donante nel credito che egli ha verso un terzo un creditore del donatario il quale ultimo viene naturalmente ad avvantaggiarsene. La difficoltà sorge quando, in caso di inefficacia della donazione nell'ipotesi che il donante scampi al pericolo, si deve trovare il modo di cancellare le conseguenze della delegazione. In questo passo la *condictio dell'obbligazione del debitore* accordata al

(1) D. 4, 4, 16, 2 (Ulp. 11 ed.) Pomponius quoque refert libro vicensimo octavo, cum quidam heres rogatus esset fratris filiae complures res dare ea condicione, ut, si sine liberis decessisset, restitueret eas heredi et haec defuncto herede heredi eius avisset se restitutoram, Aristonem putasse in integrum restituendam. [sed et illud Pomponius adicit, quod potuit incerti condici haec cautio etiam a maiore: non enim ipso iure, sed per conditionem munitus est]. — Per l'interpolazione cfr., fra i molti autori, TRAMPEDACH, *SZ*, 17, 142.

(2) Già nella compra-vendita si rilevava la tendenza a confondere le figure della vendita del credito e della vendita del documento di credito: cfr. D. 30, 44, 5 (Ulp. 22 Sab.) D. 32, 59 (Iul. 34 dig.).

(3) Sul testo cfr. TRAMPEDACH, *l. c.*, 145¹.

donante creditore originario è messa accanto a un'actio in factum. Come in queste ipotesi la cancellazione delle conseguenze della delegazione si ottenesse nel diritto dell'epoca classica, è difficile dire: avrà il pretore concesso l'actio in factum? Qui si tratterebbe di ottenere la rescissione della delegazione e non semplicemente la liberazione dell'obbligo derivante dal negozio (1). Ciò costituisce forse un ostacolo insuperabile; nè dà luogo a gravi meraviglie la creazione tarda se non giustiniana di questa *condictio*, purchè si rammenti come anche nel caso precedente la *condictio* abbia il valore di una in integrum restitutio. Osservazioni analoghe a quelle fatte sopra potrebbero ripetersi qui: ma riteniamo che la *condictio* abbia per oggetto, anzichè il documento del negozio inteso sotto la denominazione di obligatio, la cancellazione delle conseguenze derivanti dal negozio stesso, simboleggiata dalla restituzione del documento.

L'opinione sopra esposta è confortata da quella del LENEL (l. c.), secondo cui è da ritenersi che la *condictio obligatio* accordata a chi si è obbligato senza causa sia stata ammessa « in verhältnissmäßig späte Zeit » per opera della giurisprudenza: sembra che essa avesse per fine in origine la conclusione dell'acceptilatio la quale estingueva la stipulazione. Pel caso della *condictio* applicabile alla obbligazione senza causa a partire da epoca relativamente tarda e non anteriore a Traiano (da Giuliano secondo crede il TRAMPEDACH) (2), va escluso che essa servisse a riottenere il documento. Negli altri casi, di *condictio* avente ad oggetto il documento non si può parlare in quanto la restituzione del documento nella quale in dir. giustiniano può concretarsi la *condictio* non è che il mezzo di can-

(1) D. 39, 6, 31, 3 (Gai. 8 ed. prov.) Gaio qui non nomina il mezzo con cui il donante riacquista l'obbligazione del suo debitore originario: si può forse pensare che la riacquisti ipso iure, perchè si dovrebbe considerare condizionata la delegazione avvenuta.

(2) TRAMPEDACH, ZSS, 17, 114.

cellare le conseguenze del negozio (1). In particolare, ogni volta che un passo si riferisca ad una *condictio* appartenente alla prima categoria di *condictiones obligationis*, la interpretazione di *obligatio* come documento, e l'inclusione di testi come C. 4, 30, 7 (Alex., a. 223) entro il novero delle ipotesi di *condictio* del documento, appaiono erronee: esse urtano anche contro l'interpretazione della dottrina del dir. comune.

Come sia sorta la opinione ora confutata (2) è facile ricostruire; sembra che essa rappresenti l'elaborazione di norme giustiniane, sfuggite nel loro significato esatto agli scrittori cui si allude, poichè il regime della *condictio obligatio* giustiniana può pensarsi che attuasse la liberazione con la restituzione del documento, ma oggetto della *condictio* rimane la liberazione dal vincolo realizzata con la restituzione del documento, il quale esplica funzione analoga a quella che svolge nella forma, esaminata a suo tempo, della così detta *tradictio ficta*. Tuttavia il valore del documento nella *condictio obligatio* è nel dir. giustiniano da considerare costitutivo in quanto si ritenga che la restituzione del documento sia l'unico mezzo con cui si libera il debitore o si cancellano le conseguenze dell'obbligazione.

La *condictio cautionis* appare ancora in un testo (C. 2, 6, 3 [Gord., a. 24^o]) in cui è esposto un caso analogo a quello costituente il presupposto della decisione richiamata dianzi: la *cautio* è stata prestata da un cliente a favore del proprio avvocato (3). Al cliente la *condictio* è accordata per l'ipotesi che

(1) Cfr. GNEIST, *op. cit.*, p. 340 seg. il quale interpreta obligatio nel significato di tabulae obligationis in una costituzione cui accenneremo subito, riducendo la *condictio obligatio* in quel caso a una *condictio* del documento.

(2) Cfr. specialmente GNEIST, *loc. cit.*

(3) Recentemente in uno studio del KRELLER (*Zur Geschichte der exceptio non numeratae pecuniae* nel secondo vol. degli « Studi Riccobono ») il testo è considerato in più punti interpolato, e i presupposti classici, sulla scorta del D. 50,13, 1, 12 (Ulpiano 8 de omn. trib.), sono ricostruiti nel senso che l'avvocato per eludere il divieto della sti-

voglia liberarsi dall'obbligo. La *condictio* è attuata, quando se ne riscontrino i presupposti, coll'*acceptilatio* della stipulazione cui sia venuta a mancare la causa; dunque a favore di quel cliente cui si indirizza la nostra costituzione doveva essere, già dall'imperatore Gordiano dalla cui cancelleria uscì il rescritto, accordata la *condictio* per ottenere la liberazione dal debito cui era venuta a mancare la causa non essendo stata mutuata la somma al cliente. Ma mi preme dire una volta per tutte che una simile *condictio*, della cui formula il LENEL ritiene inverosimile l'esistenza nell'albo pretorio, differisce profondamente dalla *condictio certae pecuniae* e dalla *condictio certae rei*, le quali — esempi della vera struttura giuridica della *condictio* — restano sempre azioni di ripetizione, mentre azioni dirette ad un *facere* non sono certo tali.

Quanto ho detto finora spiega perfettamente la diversità, già rilevata, fra la *condictio* della *cautio* o dell'*obligatio* in ipotesi come l'ultima esaminata (in cui il fine è la liberazione dal debito) e quella che non ha per scopo la conclusione di un'*acceptilatio*. Questa forma di *condictio* mira a cancellare lo stato di diritto derivante dal negozio, e abbiamo visto che tale effetto si doveva probabilmente ottenere in epoca postclassica mediante la restituzione del documento al debitore. L'altra forma poteva attuarsi invece senza intervento del documento.

Dalle fattispecie proposte in questi ultimi passi differisce fortemente quella che costituisce il presupposto della *condictio cautionis* data dal diritto giustiniano al *dominus proprietatis*, per ottenere dall'usufruttuario la *cautio* (*fructuaria*, nell'ipotesi che, all'inizio dell'usufrutto, essa sia stata omessa) e per costringere quindi l'usufruttuario alla conclusione di una *stipulatio*

pulazione dell'onorario *suspensa lite* si era fatto rilasciare dal cliente durante il processo un documento di stipulazione in cui la causa era indicata in un mutuo che invece non avrebbe mai dovuto avvenire nell'intenzione delle parti.

(D. 7, 5, 5, 1 [Ulp 18 Sab.]) (1). Il fine della *condictio* era pertanto in questo caso non la cancellazione dello stato di diritto derivante da un negozio precedentemente concluso (cancellazione che abbiamo visto potersi ottenere nel diritto giustiniano colla restituzione del documento), ma la *condictio* della *cautio* data al proprietario aveva per scopo, come abbiamo accennato ora, una volta che il contratto verbale si fosse omesso, la conclusione in epoca successiva del contratto medesimo. La *cautio* avrebbe potuto essere per diritto giustiniano conclusa colla redazione del documento, ma non costituire oggetto della *condictio* in quanto documento già redatto e perciò preesistente come cosa alla *condictio* stessa (2).

§ 2.

Ecco un testo (in cui la fattispecie è costituita dal fatto che, a uno il quale aveva dichiarato in un documento di avere ricevuto a mutuo una somma di denaro, questa non era stata versata dalla controparte) il quale probabilmente accorda un mezzo per la restituzione di un documento:

C. 4, 9, 4 (Diocl. et Max., a. 294). Si non est numeratum, quod velut acceptum te sumpsisse mutuo scripsisti, (ante numerationem stipulationem factam esse) et necdum transisse [tempus statutum] (quinque annos) vel intra hunc diem habitam con-

(1) GRADENWITZ, *Interpolationen*, p. 24; LENEL, *Pal. iu. civ. Ulp.*, 1591; PERNICE, *Lab.*, III, p. 203, n. 5; TRAMPEDACH, *SZ.* 17, p. 145.

(2) ULPIANO, nel fr. relativo appunto alla nostra questione, e perciò interpolato, non accennava alla *condictio*: D. 7, 5, 5, 1 cit. « Si pecuniae sit usus fructus legatus [vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt.] nec cautio interveniat, videndum, finito usufructu an pecunia quae data sit [vel ceterae res, quae in assumptione sunt.] condici possit. [sed si quidem adhuc constante usu fructu cautionem quis velit condicere, dici potest omissam cautionem posse condici incerti conditione: sed si finito usu fructu ipsam quantitatem.] Sabinus putat posse [condici]: quam sententiam et Celsus libro octavo digestorum probat: quae mihi non inarguta videtur ».

testationem monstrando reddi cautionem praesidali notione postulare potes.

A Giustiniano appartiene certamente la espressione *tempus statutum* che fu sostituita ai *quinque annos* i quali per Diocleziano costituivano il termine entro cui il debitore poteva proporre la *querela* (detta anche *contestatio non numeratae pecuniae*, usata in casi del genere, quando il mutuo fosse stato riversato in una stipulazione scritta (1). Per questa ragione è da pensare che anche nell'ipotesi della nostra costituzione, sebbene si dica semplicemente che Alessandro aveva scritto nel documento *acceptum se sumpsisse mutuo*, in realtà egli si fosse obbligato alla restituzione mediante quella forma scritta di *stipulatio* (2). Da ciò deriva la spiegazione (suggerita dal rilievo che il negozio concluso è la *stipulatio*) del termine *cautio* col quale il passo indica il documento del negozio stesso, designandosi nell'epoca di Diocleziano (almeno prevalentemente) con tale parola appunto i documenti delle stipulazioni. Anche il termine dei cinque anni può peraltro essere spirato, e nonostante la restituzione della *cautio* può essere ottenuta da Alessandro secondo il nostro rescritto. Basta che egli provi di avere proposto la *contestatio* entro il termine medesimo. Ancora dubbio può apparire il significato di *contestatio* in questo caso: troviamo che dagli scrittori del diritto intermedio, e intendo particolarmente riferirmi a SALICETO e a VIVIANO (3), la *contestatio* fu parafrasata, tanto per cavarsi d'impaccio, come *protestatio* fatta dal promittente allo

(1) A sostegno della mia affermazione non guasta il richiamo della opinione concordante, sostenuta dal KRELLER nel recentissimo studio intitolato *Zur Geschichte der exceptio non numeratae pecuniae* (cfr. p. 299 n. 77 del II vol. degli « Studi Riccobono »): egli sostituisce *tempus statutum* con *quinquennium*.

(2) A favore di questa opinione si è pronunciato recentissimamente il KRELLER (nello scrit. cit. a p. 357 n. 1), mostrando come la menzione della *stipulatio* dovesse trovarsi nella frase soppressa prima dell'*et* (assai significativo e che egli chiama *traditore*), ricostruita da Lui nella forma *ante numerationem stipulationem factam esse*.

(3) *Glossa*, ed. cit., ad h. l.

stipulante di volere opporre la *exceptio non numeratae pecuniae* alla sua eventuale domanda. Il carattere artificioso di questa interpretazione, anche per la confusione che vi è fatta fra *exceptio* e *querela*, si rivela subito nel modo più chiaro; quanto all'interpretazione esatta di questa *contestatio*, se sia posta mente al fatto, che la *querela non numeratae pecuniae* è chiamata anche *contestatio*, perchè, potendosi spiegare tutto nel modo più semplice (intendendo appunto la *contestatio* proprio nel senso della *querela non numeratae pecuniae*), la costituzione si dovrebbe interpretare diversamente facendo appello ai più difficili e disperati tentativi di esegesi (col rischio poi di non riuscire, come accadde appunto ai vecchi interpreti, a dare, alla questione, una soluzione soddisfacente)? (1).

Nel rescritto diocleziano (in cui, con ogni probabilità, si tratta della restituzione del documento) si dichiara che la restituzione può essere ottenuta *praesidali notione* ossia rivolgendosi al preside della provincia, il che dimostra che ci troviamo di fronte ad un caso di *extraordinaria cognitio*. Così inteso, il rescritto non ci presenta, a rigore di termini e di concetti romano-classici, un'ipotesi di *condictio*: siamo alle prese con un'*extraordinaria cognitio*. I giuristi del diritto intermedio interpretano la costituzione nel senso che il promittente *condicet per condictio-nem sine causa illud instrumentum*. Anche i compilatori bizantini videro in quel mezzo una *condictio*, tanto che collocarono il rescritto sotto la rubrica *de conductione ex lege et sine causa vel iniusta causa*; e non è del tutto escluso che il nome di *condictio* potesse adattarglisi anche all'epoca diocleziana, quando già lo sviluppo dell'*extraordinaria cognitio* veniva a costituire una nuova

(1) Si vedano le riflessioni fatte dal SUMAN e dal KRELLER: la *contestatio* potrà apparire una *litis contestatio*, la quale per gli scrittori citati (SUMAN, *Atti del R. Istit. Veneto*, 1918-19, 267 seg. e KRELLER, *op. cit.*, 299, 315, 320) rappresenta l'esercizio del mezzo processuale, « *die gerichtliche Geltendmachung seiner (des Schuldners) aus der mangelnden Valutazahlung entsprungenen Ansprueche* ».

impalcatura accanto a quella del processo formulare, e si verificava talvolta lo scambio fra i nomi di elementi delle due impalcature i quali avessero funzioni analoghe. Ma che — a parte il nome — il mezzo applicato non sia una delle *condictiones* proposte nell'albo pretorio, è provato, oltre che dalla *praesidialis notio*, da considerazioni più sostanziali. Premesso difatti che l'esistenza di una formola della *condictio incerti* nell'albo è, come abbiamo veduto, da escludere, sembra parimenti da escludere che s'adatti ai documenti la *condictio certae rei*, giacchè questa azione può avere per oggetto, oltrechè una *quantitas*, solamente *species* che possano essere indicate individualmente *aut nomine suo aut ea demonstratione quae nominis vice fungitur* (D. 12, 1, 6 [Paul. 28 ed.]). Sarà stato possibile per un documento inserire nella formola una *demonstratio* che lo individuasse senza possibilità di equivoci pericolosi? Propenderei per la soluzione negativa, senza nascondermi però che il problema è molto arduo, dato che, in mancanza di qualunque traccia nelle fonti, esso è risolvibile solo col puro ragionamento. D'altronde, anche ammessa attagliabile al documento la qualifica di *certa res* — ammessa quindi la possibilità di individuare nella formola il documento con una *demonstratio quae nominis vice fungitur* —, la difficoltà più grave sorge quando si cerchi il fondamento giuridico della *condictio* (classicamente intesa) nelle ipotesi cui la nostra attenzione è rivolta. È noto che le *condictiones* sono azioni *quibus dari fieri oportere intendimus* (Gai, IV, 5), fondate dunque su un obbligo di diritto civile. Ma nel caso nostro qual'è quest'obbligo di restituire al debitore il documento? Nel diritto classico non esiste una *condictio* generale (un'azione di arricchimento) (1), bensì esistono tipi di *condictiones* fondati su cause

(1) C'è però nei classici qualche spunto di questa concezione: D. 12, 6, 14 (Pomp. 21 Sab.): «Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorum». Cfr. TRAMPEDACH, SZ, 17, 123.

parimenti tipiche. A parte la *condictio* derivante da una *stipulatio* o da un *leg. per damn.* aventi ad oggetto un *certum*, o quella derivante da mutuo, che qui non c'entrano affatto, a parte la *condictio furtiva*, di cui si parlerà più sotto, resta la *condictio indebiti*; ma è evidente che la consegna del documento fatta dal debitore al creditore non può incasellarsi nella figura del pagamento di indebito. Solo nel diritto giustiniano la *condictio* ha assunto quel carattere generale di cui dicevo, ed è quindi adattabile anche all'ipotesi da noi esaminata. Nei rescritti diocleziani si indica invece la via dell'*extraordinaria cognitio*: e nel diritto classico? Vi sono ragioni, cui accennerò più sotto, per ritenere che in epoca classica la necessità pratica di un simile rimedio sia stata raramente e scarsamente sentita. Se qualche volta se ne sarà avvertito il bisogno si può congetturare — le fonti tacciono — che il pretore abbia provveduto con un'azione *in factum*: analogamente a quanto avveniva quando si doveva dare al pignorante il modo di recuperare il pegno dal pignoratario, nel qual caso neppure poteva parlarsi in capo a quest'ultimo di un *dare facere oportere*.

In che rapporto si trova il mezzo per la restituzione del documento col carattere letterale dell'obbligazione cui la *cautio* (documento) è relativa? Al debitore, che sia obbligato da stipulazione scritta mentre il mutuo sottostante, non essendo stata versata la somma dallo stipulante, è venuto meno, è accordato il diritto alla restituzione del documento; rimedio collegato col carattere costitutivo del documento, perchè quel mezzo appare in rapporto colla *querela non numeratae pecuniae*. Altre volte, il debitore ottiene la restituzione del documento, estintasi l'obbligazione relativa. Ma nel nostro caso non si tratta di estinzione; la quale non si verifica propriamente neanche dopo esperita la *querela non n. p.* La ragione su cui si fonda il rimedio (non est numeratum quod velut acceptum te sumpsisse

mutuo scripsisti) è la medesima su cui si basa la querela. Si ha inoltre la subordinazione del mezzo per ottenere il docum. allo stesso termine di decadenza cui è sottoposta la querela n. n. p., salva l'ipotesi che questa sia stata esperita in tempo, nella quale abbiamo veduto come la domanda di restituzione del documento possa proporsi anche dopo. Si tratta ora di cercare la giustificazione del collegamento fra i due mezzi. All'uno e all'altro si applica lo stesso termine; e abbiamo visto come le due azioni si intreccino. La spiegazione di ciò è possibile solo esaminando la funzione del mezzo diretto a riottenere il documento, che per intenderci, e tenendo presente quanto dicemmo sopra, possiamo anche chiamare *condictio*: essa appare legata al carattere costitutivo del documento e allo scopo della querela. Nel caso che il termine sia decorso inutilmente e l'obbligazione si sia convalidata, il dare una *condictio* del documento di una obbligazione inattuabile sarebbe ingiustificato: invece quando è possibile l'esercizio della querela la costituzione ammette che si possa esperire la *condictio* del documento, il che lascia un po' incerti (non è facile vedere il fondamento della *condictio*, finchè non è dichiarata l'invalidità della stipulazione) (1). Lo stesso non si può dire pel caso in cui si richiede che sia stata esperita la contestatio: qui ci troveremmo di fronte al permanere nel patrimonio di una persona di un documento provante un suo credito dopo la dichiarazione di invalidità della stipulazione relativa. Infatti il documento di credito passa per la tradizione che il debitore ne fa al creditore in proprietà di questo, e, se non

(1) Si ammette dal KRELLER un'applicazione classica della *condictio* molto larga: la restituzione del documento avrebbe potuto essere ottenuta in ogni tempo, anche prima della pronuncia dell'improducibilità della stipulazione. Più fondata è la opinione che in quel caso non si ammettesse la *condictio*, proprio per la mancanza di valore costitutivo e la facile impugnabilità del documento. Non si dimentichi poi quanto dissi sopra circa la differenza strutturale fra il mezzo che ci interessa e le *condictiones* proposte nell'albo pretorio.

sia predisposto un mezzo che obblighi il creditore a ritrasferire al debitore la proprietà del documento, questo rimarrà a lui che potrà anche sfruttarlo per tentare la prova di un credito da negozio dichiarato invalido. Per questa ragione il rescritto accorda al debitore il diritto alla restituzione del documento; notiamo la rilevanza del contenuto del documento e del suo carattere costitutivo.

Insomma sono le funzioni proprie al documento come istituto che anche in questo caso determinano la concessione di un mezzo di cui il documento è oggetto come cosa. Analogamente vedemmo che, mentre lo stesso regime del deposito di qualunque cosa vale pel deposito di documenti, quest'ultimo viene violato con la lettura del documento: questa, che è in rapporto col contenuto (1), è inconcepibile relativamente ad altre cose. Tale fenomeno è constatabile in

C. 4, 5, 3 (Diocl. et Max., a. 293) [Cum et soluta indebita quantitas ab ignorante repeti possit, multo facilius] (.) *quantitatis indebitae interpositae scripturae condictio competit [vel doli exceptio agenti opponitur]*.

Questa costituzione accorda la *condictio* in relazione alla scrittura interposta « *quantitatis indebitae* », giustificando la decisione col principio che ammette la ripetizione di indebito. La difficoltà della ricostruzione della fattispecie è evidente: se il documento ha per contenuto la prestazione di un indebito, se prova un'obbligazione inesistente o invalidabile, la giustificazione della *condictio* indebiti non serve a spiegare la *condictio* del documento. Così, quando alla *condictio* indebiti si cerchi una giu-

(1) Vi sono casi in cui la lettura è possibile previo compimento di operazioni materiali. Così, quando sia necessaria l'apertura del documento mediante il taglio dei nastri, come nel caso delle tabulae, riguardo a questo atto, la violazione del deposito parrebbe avere ad oggetto l'elemento reale. Per considerare però esaurita la violazione con quell'atto, occorrerebbe che il depositario non lo compisse in funzione dello altro atto avente ad oggetto il contenuto; ma che questa ipotesi sia assurda appare evidente.

stificazione, non si trova una ragione generale, ma i presupposti dell'azione costituiscono un fondamento specifico; altrimenti occorrerebbe che il presupposto dell'azione avesse limiti più vasti del trasferimento della proprietà effettuata in adempimento di una supposta obbligazione. Ma allora l'applicabilità della *condictio indebiti* a tanti casi renderebbe superflue quasi tutte le altre *condictiones*, e il suo valore sarebbe quello di un'azione generale come è della *condictio* nel diritto giustiniano. L'attribuzione di quella motivazione a Diocleziano va perciò considerata improbabile: Diocleziano (C. 4, 9, 4) abbiamo visto che in caso analogo non giustifica la decisione col richiamo della *condictio indebiti*, ed è facile che nella costituzione in esame quel richiamo sia dei compilatori, data l'unità di fondamento che i bizantini vedono nelle varie applicazioni della *condictio*. È decisiva, d'altronde, l'*exceptio doli* concessa dal testo nell'ultima frase. È evidente il parallelismo fra questa eccezione e lo scopo di invalidare il negozio, e la corrispondenza fra *condictio scripturae* e *exceptio doli* è molto debole: mentre la prima è diretta alla restituzione del documento, l'altra paralizza la pretesa del creditore all'adempimento, e ciò può indicare una trasformazione avvenuta dal diritto diocleziano a quello giustiniano. Nel primo la *condictio* (se vogliamo chiamarla così) serviva ad ottenere la restituzione del documento, e non doveva essere esperibile finché il negozio obbligatorio, se esistente, non fosse dichiarato invalido; nel secondo si mira attraverso la restituzione del documento all'invalidazione del negozio, perchè per il valore costitutivo del doc. è spiegabile lo scambio fra inutilizzazione del documento e invalidazione del negozio. A favore della nostra tesi sta l'interpretazione dei Basilici, che trasformano la *quantitas indebitae interposita scriptura* in ἡ μὴ χρεωστούμενη ἐπερώτησις; ai bizantini la *condictio* non appare un mezzo diverso da quello rivolto alla dichiarazione di invalidità del negozio.

Diocleziano dunque doveva concedere il diritto di riottenere (attraverso un'*extraordinaria cognitio*) la *scriptura*; il rescritto riuscì di difficile interpretazione anche ad AZZONE il quale citò una quantità di *condictiones* (1).

L'influenza del contenuto del documento nel diritto diocleziano e in quello giustiniano può essere ricostruita mediante le osservazioni fatte: abbiamo presentato la possibile configurazione del rescritto diocleziano da cui il punto di vista giustiniano differisce per la tendenza a operare attraverso il documento sul negozio relativo. All'influenza del contenuto nel diritto diocleziano si deve riconoscere una forza molto minore: qui il presupposto del diritto alla restituzione del docum. sta nel venir meno dello scopo di prova in vista di cui il debitore aveva consegnato al creditore la scrittura.

Assai più chiara è la ipotesi della *condictio instrumenti disolutae quantitatis*, data in base al rilievo che il documento del credito pagato rimarrebbe inutilmente presso il creditore (2). Altre volte, il diritto alla restituzione del documento dicemmo avere la sua giustificazione nell'avvenuta invalida-

(1) Cfr. Glossa, ad h. l., gl. *Condictio* (dove appunto è riportato il pensiero di AZZONE) in cui, l'una accanto all'altra (e congiunte da *vel*), sono ricordate la *repetitio indebiti*, la *condictio sine causa*, la *condictio incerti*, la cui formula dicemmo sopra doversi ritenere inesistente nell'albo del pretore. — Il RICCOBONO, SZ 35, 218¹, ritiene insitica nella nostra c. la parola *scripturae*, e pensa dunque che Diocleziano accordasse una *condictio* non per ottenere la restituzione del documento, ma la dichiarazione di invalidità del negozio. Senonchè pare che neanche la *condictio liberationis* sia esaurientemente spiegata col richiamo alla *condictio indebiti*, la quale si concreta o in una *condictio certae pecuniae* o (nel caso della *quantitas*) in una *condictio certae rei*, e già accennammo come differisca dalle azioni dirette ad un *facere* quale la *condictio liberationis*. Si può notare poi l'improprietà dell'espressione *quantitas interposita*, che si attribuirebbe a Diocleziano colla soppressione di *scripturae* dal R. proposta.

(2) L'azione è accordata in C. 4, 9, 2 (Diocl. et Max., a. 293), in cui è asseverato, quasi a riaffermare un *ius receptum* (benchè decisioni di giureconsulti su fattispecie analoghe non ci siano pervenute, e, anzi, il SOLAZZI, *Estinzione dell'obbligazione*, dubiti se la *condictio* sia creazione di Diocleziano o di Giustiniano), che l'ammissibilità della *condictio* non est iuris ambigui.

zione del negozio. Il pagamento del debito fa venir meno ancora più chiaramente lo scopo della consegna del documento al creditore; il fondamento della ripetizione è lo stesso che nell'ipotesi precedente (1).

Altre volte vedemmo parlarsi di rivendica del documento, applicata quando l'attore se ne pretendeva proprietario; nel nostro rescritto dunque la proprietà del documento non spetta al debitore. È interessante la spiegazione data dai glossatori, per cui il dominio del documento è del creditore se egli pagò il notaio (2). Noi abbiamo presupposto la ipotesi che il documento di credito sia redatto dal debitore e passi in proprietà del creditore in seguito alla consegna. In un'ipotesi come quella escogitata dai glossatori, in base a quale ragione spetta al creditore la proprietà del documento? Il pagamento eseguito a favore del notaio non ha efficacia traslativa della proprietà del documento: è adempimento dell'obbligazione verso il notaio; e il passaggio di proprietà nel creditore è effetto della consegna fattagli dal tabellio. Si è pertanto portati a concludere che la spiegazione dei glossatori non risponde al modo di ragionare dei romani.

Quanto all'efficacia del contenuto del documento, per la estinzione dell'obbligazione diviene possibile la ripetizione del doc. Come, e per quale ragione pratica, sia sorta questa « *condictio* », non è difficile supporre (3); Diocleziano dovè decidere molti casi, in cui ritenne applicabile questo mezzo, se pure non

(1) Per la costruzione del rimedio come *condictio sine causa* cfr. BASILICI, *Scolio a 24, 3, 2*; SALICETO, *Summarium ad h. l.*; *Glossa, Casus* e gl. *Per condictionem*.

(2) Cfr. il *Casus* cit. nella nota prec., e, oltre la glossa *Per condictionem*, quella *Reitentum*, dove è ribadito sempre il concetto che ho richiamato nel testo.

(3) Cfr. il fenomeno cominciato nel III sec. della formazione di una specie di gerarchia delle fonti di prova. Specialmente nelle provincie, dove aveva maggiore applicazione la *extraordinaria cognitio*, la preminenza del documento fra le fonti di prova avrà fatto sentire la necessità pratica per i debitori di recuperare i documenti dei crediti pagati.

ne fu il creatore. Tuttavia la *condictio* applicata al documento del credito pagato non va intesa, come abbiamo voluto notare più sopra a proposito del rimedio diretto ad ottenere la restituzione del doc. di una stip. senza causa, nel senso di un'azione formulare, bensì in quello di un rimedio appartenente al sistema dell'*extraordinaria cognitio*, cui il nome di *condictio* può adattarsi nell'epoca diocleziana in conseguenza dell'incipiente ravvicinamento dell'*extraordinaria cognitio* e del procedimento formulare. Sembra che questo caso di *extraordinaria cognitio* risalga ad un'epoca piuttosto avanzata, quale appunto l'epoca diocleziana.

Il principio appare seguito ancora una volta nel C. 3, 42, 9 (Diocl. et Max., a. 294) (1) nel quale si afferma che il debitore ottiene l'esibizione e la restituzione dei chirografi divenuti inutili e dei documenti relativi al contratto. L'espressione *chirographa tua* potrebbe far pensare che la proprietà dei chirografi restasse al debitore, ma spesso il possessivo, aggiunto al nome del documento, ne indica l'autore. Altra frase interessante è quella formata dalle parole *tibi naturaliter liberationem consecuto*. La possibilità di riottenere il documento sembrerebbe esclusa quando l'estinzione sia avvenuta *civiliter* cioè, secondo D. 46.3.107 (Pomp. 2 ench.), per *acceptilatio* o per *confusio*: il motivo però su cui è fondata la *condictio* vedemmo essere più generale (per l'ipotesi di *confusio perentoria*, la *condictio* sarà inutile, giacchè nella persona in cui coincidono le qualità di creditore e debitore vengono a riunirsi anche quelle di proprietario del documento e di interessato ad acquistarne la proprietà). L'aggiunta del *naturaliter* è spiegabile solo pensando che dalla petizione diretta a Diocleziano doveva emergere l'affermazione che il credito

(1) Appunto perchè il magistrato è il preside, si ha una conferma che la così detta *condictio* del documento nelle ipotesi esaminate finora è una forma di *extraordinaria cognitio*, come sopra sostenni. Nella c. in esame poi non si parla di *condictio* nè di *condicere*; ma che il provvedimento del preside abbia per fine la restituzione, oltrechè l'esibizione, pare sicuramente provato dalla frase *exhiberi ac reddi*.

era stato pagato, e ammettendo quindi che l'imperatore, nel decidere il caso sottopostogli, parlasse di liberazione avvenuta naturalmente, e si limitasse alla fattispecie in questione, senza perciò volere escludere che analogamente andassero decise anche controversie fra i cui presupposti di fatto fosse invece la liberazione avvenuta *civiliter*.

L'ammissibilità della *condictio* si spiega con la cessazione dello scopo di prova; non ci troviamo di fronte ad una decisione diversa da quelle esaminate finora. I commentatori e glossatori parlarono in queste ipotesi di *condictio sine causa*, ma, anzichè ritenere sempre applicabile la *condictio*, dovettero ammettere la *rei vindicatio* nelle ipotesi in cui secondo loro la proprietà del documento era rimasta al debitore (1).

La medesima fattispecie fu sottoposta a Diocleziano ancora una volta, colla petizione a cui risponde C. 8, 42, 25, dove (in particolare) è risolta la questione, su chi incombe l'onere della prova (del pagamento, che della *condictio* costituisce uno dei presupposti). L'onere della *probatio* grava su chi sostiene l'avvenuto pagamento (quindi sul debitore) secondo il rescritto diocleziano, che costituisce una delle applicazioni del principio *onus probandi incumbit ei qui dicit* (2). Per coerenza alla loro teoria sulla proprietà del documento di credito, i glossatori e i commentatori aggiungono, oltre la menzione della *condictio* concessa

(1) Avendo indicato sopra la teoria dei glossatori sulla proprietà del documento di credito, basta ripetere qui l'enunciazione del principio per cui quella teoria risulta inaccettabile per il dir. romano anche giustiniano: del principio cioè che sempre la proprietà del documento di credito passa, per effetto della tradizione che ne è fatta al creditore, a quest'ultimo.

(2) Il RICCOBONO, SZ 35, 218¹, ritiene interpolata la frase *quo facto chirographum condicere potest*. Per questo Autore la *condictio* del documento sarebbe introdotta in tutte le decisioni diocleziane dai compilatori; Diocleziano avrebbe accordato un rimedio esperibile nelle forme dell'*extraordinaria cognitio*. È evidente che la mia opinione si discosta da quella del R. solo dal lato formale, giacchè a me non pare inammissibile che Diocleziano chiamasse *condictio* quel rimedio che anch'io ritengo un istituto dell'*extraordinaria cognitio*.

dalla costituzione di Diocleziano al debitore che provi il pagamento, la *rei vindicatio* per l'ipotesi da loro ritenuta possibile che il documento sia di proprietà del debitore, ipotesi da noi dimostrata inconcepibile nel diritto romano per le considerazioni dommatiche che a questo punto è inutile ripetere.

§ 3.

Esaminiamo ora un altro passo, in cui si accenna ad un'ipotesi di *condictio furtiva*, per vedere se in tale forma di *condictio* il contenuto del documento influisce o meno sull'azione, e illuminare anche i caratteri proprii di essa che la differenziano dalla « *condictio* » esaminata fin qui.

Notammo nei precedenti rescritti che il venir meno della funzione probatoria del documento era il presupposto della « *condictio* ».

Il seguente fr. relativo alla *condictio furtiva* (D. 2. 13, 10, 3 [Gai. 1 ed. prov.] (1)) mostra una differenza notevole del diritto diocleziano di fronte al diritto classico; questo passo accomuna in un unico discorso i casi della *cautio subrepta* e *corrupta*, in cui si esplicano rispettivamente due delitti del diritto civile ossia furto e danno aquiliano, e relativamente a cui il nostro frammento accorda rispettivamente la *condictio* e la *damni iniuriae actio*.*Sic enim et de cautione subrepta aut corrupta competit condictio et damni iniuriae actio: quia quod ante non potuimus intercepta cautione probare et ob id amisimus, hoc nunc aliis instrumentis aut testibus, quibus tum uti non potuimus, probare possumus*. È noto che con la *condictio furtiva* si sancisce il diritto del proprietario di pretendere dal ladro o dai suoi eredi la restituzione della cosa rubata.

(1) Su questo fr. cfr. anche *infra*, pp. 273 ss.

Ma qui non è il luogo per l'approfondimento delle singolarità dogmatiche e delle difficoltà dalla *condictio furtiva* suscitate.

Basterà invece indicare alcuni punti, per intendere meglio l'influsso del contenuto del documento sulla forma di *condictio* che stiamo esaminando. Rilevo che è proprio il contenuto il quale determina il valore del documento oggetto della *condictio*: nell'ultima frase del frammento si risponde alla possibile obiezione precedentemente prospettata dal giureconsulto, che, se nella *condictio* è possibile la prova del valore del documento, cioè del contenuto di esso, tale prova doveva essere possibile anche nel giudizio in cui si sarebbe dovuto utilizzare il documento. Ora, se il contenuto può essere provato *aliunde*, secondo quell'obiezione il valore del documento, che può pretendersi colla *condictio*, non equivarrebbe alla perdita subita dal derubato nel giudizio contro la persona contro cui la *cautio* faceva fede, giacchè se *potest probare se illo iudicio, quo victus est, vincere potuisse, poterat et tunc probare: et si non probavit aut probantem iudex non curavit, de se ipso aut de iudice queri debet*. Il giureconsulto, prospettata questa obiezione, nota che al momento della *condictio* possono essere a disposizione del derubato documenti e prove testimoniali; ma, poichè non ne disponeva al tempo in cui egli agì contro il suo debitore, e d'altronde gli era stata sottratta la *cautio*, egli rimase perciò soccombente in quella causa. Il valore della *cautio*, secondo questo ragionamento di Gaio, è dato dunque dal contenuto ed equivale quindi economicamente alla perdita dal derubato subita. Nella frase finale del passo, che è stata or ora ampiamente parafrasata, la menzione degl' *instrumenta* e dei *testes* fu appuntata dal RICCOBONO (1) e noi più sotto ci occuperemo della questione.

Insisto nel rilevare l'efficacia del contenuto del documento relativamente alla funzione probatoria; il contenuto determina

(1) SZ 34, 238.

il valore di esso: non solo nel senso che il valore economico del documento è dato dal contenuto, ma anche nel senso che quel valore è strettamente connesso al fatto che il documento rappresenti o no l'unica fonte di prova a disposizione del derubato. Gaio, perciò, ammette un'influenza del contenuto del documento sulla *condictio*, giacchè abbiamo visto che secondo lui il contenuto in rapporto colla funzione probatoria determina il valore del documento. Vedemmo invece che nelle ipotesi di « *condictio* » dei rescritti dioclezianei (1) il contenuto del documento e la sua funzione di prova determinano i presupposti della « *condictio* » stessa. Va poi notata una differenza essenziale tra la *condictio* accordata da Gaio e i provvedimenti concessi nei testi esaminati precedentemente. Mentre questi sono rimedii esperibili nella forma dell'*extraordinaria cognitio*, l'ipotesi prospettata da Gaio è l'unica in cui il documento ci sia presentato come oggetto di una vera *condictio* nel senso classico, di un'azione formulare quale la *condictio furtiva*.

(1) Cfr. il § precedente, relativo alla cosiddetta *condictio* del documento di credito invalidabile o estinto, dove, anzichè succintamente come qui, le considerazioni accennate nel testo sono svolte con maggiore ampiezza.

VI.

OBBLIGO ALL' ESIBIZIONE DI DOCUMENTI

§ 1. L'obbligo di esibire i documenti nel fedecommesso romano. — § 2. L'obbligo di esibire i documenti nella vendita romana. — § 3. *Actio ad exhibendum* avente ad oggetto documenti. — § 4. I conti bancarii e l'*actio in factum* per la loro *editio*. — § 5. Riepilogo del capitolo.

§ 1.

Accenna alla questione della esibizione dei documenti *praediorum per fideicommissum relictorum*, intesi come quei documenti che giustificano la proprietà dei fondi,

C. 6, 42, 24 (Diocl. et Max., a. 293): « Instrumenta praediorum per fideicommissum relictorum, quae ad probationem originis eorum pertinent, heredes praestare necesse non habent: tamen cautionem praestare debent, quod, si opus fuerit [legatario seu] fideicommissario, ipsa, si habent, proferant ». — Dunque gli eredi non hanno l'obbligo di trasferire la proprietà dei documenti al fedecommissario dei fondi; bensì ad agevolare, nel caso che il fedecommissario abbisogni dei documenti, l'esecuzione dell'obbligo alla esibizione, essi sono tenuti ad obbligarsi a ciò con una *cautio*.

La menzione del legatario è giustiniana; rivela il principio del diritto giustiniano in cui fu compiuta l'equiparazione dei fedecommissi ai legati.

Concetti improntati ai principii classici offre per il resto il rescritto. È notevole che in esso si trova concretato il fenomeno della rilevanza della funzione probatoria del documento; nel senso che l'interesse al contenuto di esso passa a chi in seguito all'esecuzione del fedecommesso acquista la proprietà della cosa. Ed è naturale, perciò, rafforzare l'obbligo di esibizione che ne deriva a carico dell'erede proprietario del documento con una stipulazione analoga a quella applicata nel caso di comproprietà (1). Attribuisce invece alla decisione un senso e valore essenzialmente diverso da quello che doveva avere (ancora per Giustiniano) la glossa *Instrumenta*, la quale spiega il rescritto conforme alla evoluzione del documento come cosa nel diritto comune, escogitando il presupposto che, per giustificare la costituzione, il fedecommesso doveva avere per oggetto solo una parte dei fondi. Con la nostra interpretazione, che tiene rigorosamente distinti i differenti concetti di pertinenza e proprietà del documento per diritto romano (2), si trova in contrasto anche l'obbiezione di BARTOLO. Egli oppone, alla costituzione che stiamo esaminando, il principio che i documenti devono stare in possesso di colui *ad quem pertinent*, principio che è vero per diritto comune e per diritto moderno (3).

(1) Il caso in cui la stipulazione rafforza l'obbligo di esibizione di documenti comuni è quello di D. 10, 2, 5 (Gai. 7 ed. prov.): « Si quae sunt cautiones hereditariae, eas index curare debet, ut apud eum maneant, qui maior ex parte heres sit; [ceteri descriptum et recognitum faciant], cautione interposita, ut, cum res exegerit, ipsae exhibeantur ».

(2) *Supra* p. 200: dove la differenza, che è accennata qui nel testo, fu più ampiamente spiegata, e furono rammentate le tendenze del diritto romano a fare coincidere pertinenza e proprietà nella medesima persona.

(3) Pare che nel diritto comune il documento si cominci a considerare in qualche modo come una pertinenza della cosa cui si riferisce, secondo un'evoluzione che sembra continuare anche in qualche diritto moderno (nel caso dell'inventario rammentato dal DERNBURG, *Pand.*, 1, 180, § 77).

§ 2.

È per noi interessante, se si vogliono studiare i casi in cui il diritto romano adatta qualche mezzo processuale all'esibizione di documenti, esaminare ora l'ipotesi che prospetta appunto a questo proposito un testo (D. 19 1, 48 [Scaev. 2 resp.]) in cui è fatta questione se il venditore sia tenuto coll'*actio empti* ad esibire al compratore i documenti da cui si ricavano i confini del fondo venduto. — D. 19, 1, 48 (Scaev. 2 resp.) Titius heres Sempronii fundum Septicio vendidit ita: « fundus Sempronianus, quidquid Sempronii iuris fuit, erit tibi emptus tot nummis » vacuumque possessionem tradidit neque fines [eius] demonstravit: quaeritur an empti iudicio cogendus sit ostendere ex instrumentis hereditariis, quid iuris defunctus habuerit et fines ostendere. respondi [id ex ea scriptura praestandum, quod sensisse intelleguntur: quod si non appareat,] debere venditorem et instrumenta fundi et fines ostendere [: hoc etenim contractui bonae fidei consonat]. — Il frammento è a taluni apparso gravemente deformato dai compilatori e sono stati portati diversi argomenti per dimostrarlo; le ragioni addotte meritano di essere esaminate giacchè la ricostruzione del testo data da qualcuno investe direttamente la questione che per noi ha interesse. Come la corrispondenza della fattispecie, proposta dal testo, alla questione e al responso manchi, secondo ritiene il BESELER, non sappiamo: i presupposti di fatto del passo, che ci informa chiaramente del contratto di compravendita di un fondo ereditario concluso fra l'erede e un terzo, non mancano di riferire la formulazione data dalle parti al contratto, nella quale l'ampiezza e la natura del diritto del *de cuius* sulla cosa sono indicate colla frase *quidquid Sempronii iuris fuit*. Ancora più esaurientemente il passo indica che il venditore, il quale trasferì al compratore la *vacua possessio*

del fondo ereditario che era stato oggetto del contratto di compra-vendita, omise di indicare al compratore i confini del fondo in questione. Abbiamo già visto (poco sopra) che nel passo è proposta la *quaestio*, in quale modo il venditore possa essere tenuto a dimostrare — mediante i documenti del defunto che egli ha acquistato per la successione — *quid iuris defunctus habuerit* e ad indicare i confini del fondo ereditario che è stato oggetto del contratto di cui si discute. Certo si osserva che la fattispecie non parla espressamente della mancata dichiarazione da parte del venditore del *quid iuris defunctus habuerit*. Ma pare assai probabile che l'omissione di tale dichiarazione risulti implicitamente dal fatto che si parla soltanto di trasferimento della *vacua possessio* (1). Di più, il giureconsulto Scevola, che è l'autore del frammento in questione e che aveva riferito nella prima parte della fattispecie la formulazione del contratto di compravendita, in cui si trovava la frase *quidquid Sempronii iuris fuit*, anche per questa ragione potette non sentire il bisogno di avvertire espressamente che il *quid Sempronii iuris fuit* non era stato poi spiegato dal venditore, il quale aveva soltanto trasferito al compratore la *vacua possessio fundi*. Giustiniano, che resta oscuro in omaggio a quale tendenza avrebbe operato, sarebbe, secondo il BESELER, autore dell'allargamento dei limiti della questione, interpolando la domanda circa la possibilità di ottenere dal venditore coll'*actio empti* l'esibizione dei documenti ereditarii, per assodare in tal modo *quid iuris defunctus habuerit* (sarebbe pertanto interpolata la frase *ostendere ex-habuerit et*). Il fondamento di questa tesi del BESELER è un senso di euria

(1) In ogni modo, non è persuasiva la tesi, esposta dal BESELER (*Beitr.*, 2, 64), secondo la quale il frammento di Scevola in discussione, dal momento che la fattispecie non accenna esplicitamente alla mancata dichiarazione del *quid iuris defunctus habuerit*, avrebbe fatto questione solo se si potesse intentare l'*actio empti* per ottenere dal venditore l'indicazione dei confini. La decisione si riferirebbe parimenti a questa sola domanda, cioè alla domanda se il venditore abbia l'obbligo di indicare i confini del fondo.

che egli crede urtato nel modo che abbiamo visto; si è già rilevata peraltro la scarsa probabilità della tesi stessa, e si può dunque ritenere classica la posizione della questione come la presenta il testo. Il classico poteva domandarsi se era possibile che il compratore si rivolgesse al venditore coll'*actio empti* affinché questi gli esibisse i documenti provanti lo stato giuridico del fondo; si può quindi ora passare all'esame della risposta al quesito come ce la dà il nostro frammento.

Sono prospettate dal nostro passo due ipotesi: quella che dalla formulazione del contratto appaia ciò che le parti vollero (*quod sensisse intelleguntur*) e quella che non appaia (*quod si non appareat*). Che la distinzione debba suscitare il sospetto dello studioso, fu messo in evidenza dal BESELER, quando notò, fra gli indizi che tradivano la mano dei giustiniani (cfr. *Beitr. cit.*, p. 64), anche il contenuto della distinzione. Dobbiamo ora vedere se la tesi del BESELER su questo punto meriti d'essere accolta.

Dalla interpretazione del contratto di compravendita, a cui la prima soluzione proposta dal frammento fa appello per decidere se sussista l'obbligo dell'indicazione dei confini e secondo me anche quello dell'esibizione degli *instrumenta*, sembrerebbe derivare la conseguenza che, data quella formulazione del contratto che è proposta e riferita nella fattispecie dal giureconsulto, l'obbligo in questione sussiste o non sussiste senza possibilità di dubbio ulteriore. La distinzione accennata suppone invece, nella sua giustificazione logica, la possibilità che talvolta si riesca e talvolta no a capire la volontà delle parti, dove la formulazione del contratto è quella stessa della fattispecie riferita dal testo. Nella dottrina classica del giudizio di buona fede, sarebbe criterio rispondente ai principii quello dell'interpretazione della volontà delle parti, come lo sarebbe l'altro che data la buona fede informante il giudizio di compra-vendita l'obbligo in discussione è da ritenersi sussistente ogni qualvolta rientri

nel *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona* (cfr. la seconda soluzione di D. 19, 1, 48 cit.). Ma quello che c'è di strano nel nostro passo è trovare accolti e l'uno e l'altro criterio.

Se la tesi esposta risponde a verità, non si può fare altro che decidere quale delle soluzioni doveva essere accolta da Scevola; ma la decisione è tutt'altro che pacifica tra i romanisti, di cui qualcuno giunge perfino a ritenere classico tutto il responso (1).

Dall'osservazione fatta sopra circa l'assurdità della distinzione (*quod sensisse intelleguntur — quod si non appareat*), per quanto sia rispondente in generale ai principii classici il criterio dell'interpretazione della volontà, appare difficilmente attribuibile a Scevola il responso che in base a quella formulazione del contratto le parti debbono prestare quanto risultano avere voluto. È la stranezza notata da me più sopra, che il giureconsulto davanti a una formulazione di contratto invece di dare direttamente il responso, come sarebbe conforme al metodo dei Romani, dica semplicemente, risolvendo la questione in generale, che dal contratto derivano certe conseguenze se risulti dall'interpretazione del medesimo che le parti le abbiano volute, mentre a lui giureconsulto si domandava proprio l'interpretazione di quel contratto di compra-vendita. Seguendo la seconda soluzione si riterrà che il venditore debba indicare i confini e secondo me anche mostrare i documenti provanti il *quid iuris defunctus habuerit*; tale doveva essere la decisione del testo

(1) La prima soluzione è data per classica da GRADENWITZ, *Interpolationen*, p. 200, il quale considera interpolato il testo dalle parole *quod si*. La più conservativa fra le varie opinioni, che dubita dell'interpolazione sospettata dal GRADENWITZ e pertanto è propensa ad ammettere la classicità dell'intero frammento, è di LENEL, *Palingenesia iuris civilis Romani*, II: *Scevola* 240.

Ed è da rammentare poi la tesi del BESELER secondo cui la soluzione classica è la seconda, date per interpolate le parole *id ex-appareat*; soluzione che in tutti i casi ammette la sussistenza dell'obbligo del venditore, conforme al carattere di buona fede delle azioni cui dà luogo la compra-vendita che sta a base della discussione.

classico. D. 19. 1. 48, cit., non può infatti ricostruirsi se non nella maniera da me sopra proposta qualora non si voglia negare valore alle considerazioni ora svolte.

È questo un frammento importante, il quale mostra una esibizione di documenti ottenuta coll'*actio empti* nel diritto classico, il quale nel predisporre un mezzo processuale all'esibizione si fa influenzare dal contenuto dei documenti, intendendo con ciò l'efficacia che la funzione probatoria di essi esercita nel determinare l'obbligo dell'esibizione conseguita coll'*actio empti* in base alla buona fede a cui l'azione stessa è informata. Dunque in questa ipotesi l'obbligo all'esibizione deriva dal contratto (dalla vendita).

§ 3.

C'è nelle fonti un numero discreto di testi relativi all'*actio ad exhibendum* avente per oggetto varii tipi di documento. Si può infatti osservare in via generale, che, mentre i presupposti dell'*actio ad exhibendum* sono in massima tutt'altro che sicuri, nei testi che esaminano l'atteggiarsi di questa azione in ordine ai documenti c'è quanto ne consente una ricostruzione, sia pure parziale, sì da gettare forse un po' di luce anche sul tema dell'*actio ad exhibendum* considerata indipendentemente dal suo oggetto, ossia nei suoi presupposti e nel suo schema. Per lo meno, l'esame dei passi relativi illuminerà, oltre al comportarsi del documento in quanto oggetto dell'*actio ad exhibendum*, anche alcuni aspetti di questa azione. Ma, senza dubbio, nei testi riferentisi al nostro argomento, per quanto relativamente numerosi, rimane il carattere di frammentarietà che in certe materie è tipico delle nostre fonti. Vediamolo.

L'ipotesi che oggetto dell'azione siano documenti porta intanto a deviazioni notevolissime dall'aspetto che di solito la azione doveva avere, perchè consente (come spesso avviene in

materia di documenti quando fra i presupposti di fatto sia un atto illecito) il verificarsi del concorso dell'*actio ad exhibendum* con un'azione penale pubblica. Ora a questo punto s'impongono alcune osservazioni suggerite dal testo che si riferisce al concorso dell'azione penale pubblica coll'*actio ad exhibendum*, cioè da

C, 3, 42, 6 (Phil., a. 245): *Instrumenta ad ius tuum pertinentia partem diversam invasisse adseverans, si quidem crimen intendis, sollemnibus accusationibus impletis fidem observationi tuae fac: sin vero ad exhibendum intendis, iudiciorum more experire.*

Va intanto osservato che la questione del concorso fra azione pubblica e azione privata si profila con aspetti giuridici diversi a seconda che l'azione privata sia un'azione penale o un'azione non penale, come l'*actio ad exhibendum* della costituzione riportata dianzi.

La c. non dice se l'esercizio dell'azione pubblica sia o no di ostacolo all'esercizio dell'*actio ad exhibendum* o viceversa se, una volta esperita questa, divenga improponibile quella, oppure ne sia ancora possibile l'esperimento. Ciò premesso, mi pare che non contrasti colla espressione del testo e sia conforme al sentimento giuridico romano l'ipotesi che le due azioni fossero del tutto indipendenti l'una dall'altra.

Quel che a noi interessa porre in rilievo, a giustificazione di questa asserzione, è che l'obbietto delle due azioni — la pena da una parte e l'esibizione dei documenti dall'altra — è così diverso dall'un caso all'altro, che il risultato dell'una azione non equivale e non sostituisce davvero il risultato dell'altra. Concludendo, su questo punto, mi pare che il passo vada interpretato come il suggerimento di due diverse vie, l'ingresso in una delle quali non opera, come in altri casi, la chiusura dell'altra (1).

(1) Di un certo valore, come conferma dell'interpretazione data nel testo, è la nota del GOTOFREDO *ed. cit. ad h. l.*: *Invasor instrumentorum criminaliter accusari potest et civiliter ad exhibendum cogi, in cui l'et, che non è aut, mi pare abbastanza eloquente.*

Ora, quale *crimen* ha commesso l'*invasor instrumentorum*, ossia chi si è impadronito di documenti *ad ius alienum pertinentia*, come dice la costituzione?

Nel mondo romano una quantità di atti illeciti commessi su documenti viene riassunta sotto la figura del *crimen falsi* (comprendente, oltre la formazione di un documento falso, la lettura, la soppressione, l'amozione, la distruzione ecc. di documenti veri).

In sostanza, molti illeciti documentali assumono un aspetto proprio per cui sono perseguiti con un'unica azione pubblica (*actio legis Corneliae testamentariae*), onde tale fenomeno ci fornisce uno degli esempi più caratteristici della reazione del documento sulla fisionomia del rapporto di cui forma oggetto (vera e propria modificazione del rapporto). E tale reazione si è verificata — tipicamente — di pari passo collo sviluppo del documento come istituto a sè stante (seconda e terza fase di sviluppo del documento; cfr. p. 108).

Ciò posto, e assodato quindi che il *crimen* della costituzione è il *crimen falsi*, si impone qualche osservazione relativa in modo speciale all'*actio ad exhibendum*, dal punto di vista dei presupposti della sua esperibilità, e particolarmente dei suoi rapporti con azioni diverse. E, più specialmente, sorge la domanda perchè nel nostro caso si ricorresse all'*actio ad exhibendum* anzichè alla *vindicatio* dei documenti. La risposta a questa domanda può probabilmente essere fornita da un triplice ordine di considerazioni: anzitutto, l'*a. ad exhib.* doveva apparire in materia di documenti un preliminare necessario alla *r. v.*: rispondeva all'esigenza di individuare i documenti rivendicabili e la persona stessa che poteva essere convenuta colla *rei vindicatio*. D'altronde l'utilità particolare dei documenti fa sì che talvolta l'interesse del richiedente sia soddisfatto dalla semplice esibizione. Infine nel nostro caso può essere supposto che l'*invasor* fosse o magari fosse diventato condomino dei documenti e di ciò

poteva far cenno la petizione diretta all'imperatore, che, come in tutti gli altri casi, non c'è pervenuta.

Del resto non è questo il solo passo in cui emergono le particolari circostanze e presupposti di esperibilità dell'*actio ad exhibendum*, in ordine ai documenti, giacchè essa è sottoposta a norme speciali in tutta la materia testamentaria. Ora, ciò pare dovuto soprattutto al fatto che nell'ambito stesso delle norme relative ai documenti la legislazione delle *tabulae testamenti* rappresenta in massima parte un vero *ius singulare*. Nel diritto classico e post-classico, il testamento è come il centro di due gruppi di norme, civili e pretorie, che gli fanno un posto speciale nel sistema, sia come negozio che come documento, sia come *testamentum* che come *tabulae testamenti*.

Conseguentemente, le *tabulae testamenti*, anche in ordine all'*actio ad exhibendum*, danno luogo a problemi cui non danno luogo altri tipi di documento. Era naturale che, creato dal pretore un interdetto avente la funzione analoga all'*actio ad exhibendum*, si rendesse necessario il regolamento dei rapporti fra l'una e l'altro.

Ciò premesso, la spiegazione dei testi che seguiranno appare relativamente semplice.

Infatti, nel fine specifico dell'interdetto *de tabulis exhibendis* — esibizione delle tavole mirante a permettere agli interessati la conoscenza del contenuto di esse — stanno anche i limiti della sua applicazione, al di fuori dei quali il mezzo per ottenere l'esibizione resta l'ordinaria *actio ad exhibendum*, che ha funzione e portata tanto più generali. Questa ricostruzione dei confini fra i due mezzi non mi sembra inutile, sia come tentativo di chiarimento dei limiti dell'*actio ad exhibendum*, sia come esame dell'atteggiarsi del documento in quanto oggetto di essa.

L'efficacia, nel diritto classico, dell'interdetto *de tabulis exhibendis* e la sua limitazione allo scopo indicato sopra, al di

fuori del quale riprende applicazione l'*actio ad exhibendum*, risulta dal testo che segue:

D. 43, 5, 3, 5 (Ulpianus lib. 68 ad edictum). Si ipse testator, dum vivit, tabulas suas esse dicat, et exhiberi desideret, interdictum hoc locum non habebit, sed ad exhibendum erit agendum, ut exhibitas vindicet. Quod in omnibus, qui corpora sua esse dicunt instrumentorum, probandum est.

I presupposti di fatto accennati nella prima parte del frammento (quella specificamente relativa alle *tabulae testamenti*) sono, secondo il GOTOFREDO, i seguenti: il testatore ancora in vita afferma la sua proprietà delle tavole, e ne chiede l'esibizione al possessore (1).

Ora, relativamente ai rapporti fra *actio ad exhibendum* e interdetto *de tabulis exhibendis*, in questo passo, dato che manca nell'attore il fine specifico che forma la base dell'interdetto (ossia l'interesse a conoscere il contenuto del testamento), è ovvio che — trattandosi del mezzo di ottenere l'esibizione delle *tabulae* — l'*actio ad exhibendum* sia l'unica azione rispondente allo scopo.

Al testo ora esaminato, va aggiunto, per dimostrare l'efficacia che i classici attribuivano all'*actio ad exhibendum* nei rapporti coll'interdetto *de tabulis exhibendis*, il seguente frammento:

D. 10, 4, 3, 8. (Ulpianus lib. 24 ad edictum). Si quis extra heredem tabulas testamenti, vel codicillos, vel quid aliud ad testamentum pertinens exhiberi velit, dicendum est per hanc actionem agendum non esse: cum sufficiunt [sibi] interdicta [in hanc rem competentia]: Et ita Pomponius.

Ora tale passo conferma la generale applicazione dell'interdetto in casi in cui certo concorre il fine specifico rilevato sopra.

L'ipotesi che, per lo meno per lo studio dell'*actio ad exhibendum*, offre maggiore interesse è racchiusa nelle due parole

(1) Cfr. *Corpus iuris civilis*, ed. cit., ad h. l. IV, pag. 379: sunto premesso alla legge medesima.

extra heredem, che mostrano un certo spostamento nei limiti da me segnati fra il mezzo pretorio e l'azione civile. Un'altra conferma, per noi particolarmente interessante, è poi offerta dal D. 29, 3, 3 (Gai. 17 ed. prov.), il quale dimostra che l'azione civile era data all'erede come preparatoria della rivendica delle *tabulae testamenti*.

Rileviamo da questi testi:

a) l'applicazione dell'interdetto in tutti i casi in cui, mancando un diritto reale sul documento, unico scopo della esibizione è la conoscenza del contenuto di esso;

b) la possibilità di esperire l'azione civile quando essa possa preparare la rivendica, quando cioè attore è l'erede che delle tavole è proprietario.

Quello che a noi interessa porre in rilievo è che in tutti gli esempi sopra addotti — senza eccezione — il documento del testamento, per quanto formi oggetto di uno speciale mezzo pretorio, non esercita mai nel diritto classico efficacia modificativa sull'azione *ad exhibendum*, che si comporta di fronte ad esso come di fronte a un'altra qualsiasi cosa.

D. 9, 2, 42 (Iul. 48 dig.) Qui tabulas testamenti depositas [aut alicuius rei instrumentum] ita delevit, ut legi non possit, depositi actione [et ad exhibendum] tenetur, quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit]. legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit: corrupisse enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit. — Fu discusso (1), se l'ammissione dell'azione *ad exhibendum* nel caso di cancellazione delle tavole testamentarie (da parte del depositario), rese così illeggibili, — tavole cui sarebbe poi completamente equiparato dal relativo testo un documento qualunque — è classica oppure introdotta dai compilatori per via di interpolazione. E — cosa forse

(1) Vedi BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, p. 23. Cfr. per la tesi opposta a quella del citato Autore: LENEL, in *Wiener Ztschr.*, vol. XXXVII, p. 546.

discretamente interessante giacchè assai dimostrativa dell'atteggiarsi del documento — l'interpolazione del resto relativo con l'ammissione dell'*actio ad exhibendum* è stata ritenuta per ragioni inerenti ai presupposti dell'azione medesima e non per motivi derivanti dal fatto che dell'azione è oggetto un documento. Se è considerata giustiniana la legittimazione passiva del detentore che *alienae possessioni praestat ministerium*, il fatto che dell'azione sia oggetto un documento, le tavole testamentarie, lascia invariati nel diritto classico i presupposti di quella, come parimenti li lascia invariati nel diritto giustiniano, in cui peraltro sono inversi. I risultati delle relative ricerche, condotte in genere in rapporto all'azione (1), si presentano fecondi per noi che indaghiamo se l'oggetto dell'azione ha influito sull'azione stessa oppure no. Io credo che realmente si debba in questa nostra ipotesi accettare la tesi del BESELER, se non si vuol negare la giustezza dei suoi rilievi, non affatto infirmati dai risultati della presente ricerca. Ed anche altre ricerche romanistiche (2), gettando nuova luce sulle interpolazioni molteplici subite nella compilazione giustiniana da vari punti del testo relativo alla nostra questione, confermano la tesi del BESELER.

Anzitutto, il diritto giustiniano ci presenta una larga estensione dei presupposti della legittimazione passiva (3). Poichè, quando la struttura di un rapporto consente una reazione su di esso del documento che ne costituisce l'obbietto, la reazione avviene quasi sempre nel diritto giustiniano, il nostro testo mostra un'altra volta che il fenomeno non si verifica per l'azione

(1) Cfr. DI MARZO, in *Archivio Giuridico*, 84, 170; il cui cenno al lavoro del BESELER sull'azione *ad exhibendum* dà una chiara idea dei punti essenziali studiati dall'autore tedesco nella sua monografia.

(2) V. il Labeo del PERNICE (2, 2, 1, p. 213 n. 1); LENEL, *Pal., Julianus*, 663; LENEL, *Edictum perpetuum*, 45g, n. 13; RECHNITZ, *Julian*, Weimar, 1925.

(3) Di questo primo argomento si occupa il BESELER nel cit. *Beitr.* dimostrando l'interpolaz. di tutti i testi che dichiarano sufficiente alla legittimazione passiva la *facultas exhibendi*.

ad exhibendum: non nel diritto classico in cui come l'azione non è data contro il depositario di una cosa qualunque non è data neanche contro il depositario del documento: nè, in particolare, nel diritto giustiniano. Quest'ultimo ammette l'azione contro il depositario del documento semplicemente perchè l'ammette contro il depositario di qualunque oggetto, a parte i dubbi sul risultato dell'azione stessa (1): infatti si estende la legittimazione passiva al detentore che *alienae possessioni praestat ministerium* quando il possessore è l'attore, e si aggiunge l'azione *ad exhibendum* all'azione contrattuale o reale tutelante il vincolo fra detentore e possessore (2).

Anzi, anche in altri testi relativi a documenti diversi dal testamento appare che il comportarsi del documento in quanto oggetto dell'*actio ad exhibendum* non differisce dal comportarsi di una cosa qualunque. Torna anzi opportuno, a tale proposito, l'esame del D. 12, 3, 10 (Call. 1 quaest.): *In instrumentis, quae quis non exhibet, actori permittitur in litem iurare, quanti sua interest ea proferri; ut tanti condemnetur reus: idque etiam divus Commodus rescripsit.*

Dobbiamo ora, per comprendere la portata del frammento, rammentare come, per il principio classico della pecuniarietà della condanna, non si potesse venire contro il condannato in un'*actio ad exhibendum* all'esecuzione sulla cosa, bensì soltanto sulla stima dell'interesse all'esibizione, determinata mediante *iusiurandum in litem* dell'attore, a cui in mancanza di esecuzione volontaria da parte del convenuto il giudice lo deferiva. Così, anche nel caso di *instrumenta*, è rispettato il principio della pecuniarietà della condanna nell'*actio ad exhibendum*, attuato colla determinazione dell'interesse all'esibi-

(1) Cfr. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, 23; BESELER, in *Zeitschrift der Sav. Stiftung für Rechtsg.*, 47° vol. (1927), p. 364.

(2) V. le fonti citate dal BESELER.

zione mediante il *iusiurandum in litem*, che trova applicazione qui, come in tutti gli altri casi, in cui l'azione abbia un oggetto diverso. Al tempo di Callistrato, dunque, vengono parificati a tutti gli altri oggetti anche i documenti (*in instrumentis quae quis non exhibet*), agli effetti della determinazione dell'interesse all'esibizione attraverso il giuramento dell'attore (*actori permittitur in litem iurare*), attuandosi così anche in questa materia il trattamento del documento alla stregua di ogni altra cosa. Sono, insomma, i documenti cose e non ancora istituti autonomi; e la prova più limpida se ne ha in C. 3, 42, 4 (Alex., a. 230), per cui il giudice deferirà *iurisiurandi in litem facultatem* a Flacilla *si instrumenta tui iuris non exhibeantur* (dagli avversarii che li detengono, *penes diversam partem fuisse probaveris*).

Ma, in tema di *actio ad exhibendum* su chirografi, merita particolare menzione un altro caso in cui è deciso: « de chirographis... communibus exhibendis cum coerede vel non perfectis in divisione placitis convenire quanti tua interest potes » (C. 2, 3, 26 [Diocl. et Max., a. 294]), giacchè si tratta di una particolare situazione giuridica in forza della quale il pagamento e l'esazione dei debiti e crediti ereditarii è attribuito per patto, ad esclusione di ogni altro coerede, ad un solo di essi, pur rimanendo di fronte ai creditori e debitori ereditarii tutti i coeredi rispettivamente debitori e creditori per l'intero o, secondo i casi, nella misura della propria quota. In questo caso, i chirografi ereditarii rimangono presso il coerede che per le quote altrui assume la figura del *procurator*; ma, se egli non paga i debiti ereditarii, allora, vedendosi gli altri coeredi allo scoperto nel caso che esiga i crediti, ad essi è dalla costituzione riconosciuto il diritto di chiedere l'esibizione dei chirografi comuni.

In ogni modo, in questa ipotesi (intorno alla quale molti altri problemi si raggruppano che non entrano nell'ambito del mio lavoro), è innegabile un'influenza del carattere del docu-

mento sull'azione di cui è oggetto. Infatti, tutto è imperniato sul valore probatorio di quella cosa che è il chirografo, benchè, anche in questo caso, quell'influenza non giunga al punto da creare istituti nuovi come avverrà solo in epoca postclassica tarda o giustiniana.

Del resto, un fenomeno analogo è constatabile in altri testi, relativi all'esibizione di documenti di un credito estinto, che fanno parte del complesso dei passi riferentisi alla sorte del documento di credito dopo che di questo è avvenuta l'estinzione. Nella serie di testi, in cui le fonti trattano dell'esibizione di *instrumenta*, dopo l'estinzione del debito da essi provato o a cui comunque essi si riferiscono, vanno annoverati:

a) D. 10, 4, 18 (Ulpiano 6 opin): *Solutione chirographo inani facto, et pignoribus liberatis, nihilominus creditor, ut instrumenta ad eum contractum pertinentia ab alio quam debitore exhibeantur, agere potest.*

Come si vede, si tratta di un'esibizione dei documenti relativi al credito, cui ha diritto il creditore in confronto dei terzi, anche dopo l'estinzione, come primo passo verso la rivendica.

I presupposti di fatto accennati nella prima parte del frammento (quella relativa al pagamento del debito e all'estinzione dei pegni) giustificerebbero, secondo il CUIACIO, la seguente ricostruzione della seconda parte: chi può chiedere l'esibizione dei documenti al terzo, una volta avvenuto il pagamento, è il debitore, non il creditore (1).

Ora questa ricostruzione, per quanto a prima vista meglio conciliabile con altri passi, non mi sembra convincente, perchè trascura proprio l'elemento diverso e nuovo che il frammento presenta a confronto degli altri in armonia coi quali si vorrebbe metterlo, il trattarsi cioè di un'azione non fra creditore e debitore, ma fra uno di essi e una terza persona. Dati questi presup-

(1) Cfr. *Corpus iuris cit.*, I, p. 548, nota (5).

posti è naturale che non venga applicato qui il principio che « *debitor enim eo soluto, quod debet, ad exhibendum actionem habet adversus creditorem: nempe, ut exhibeat et chirographum, et instrumenta caetera, quae ad contractum et obligationem debitoris pertinent, ac non modo, ut ea exhibeat, sed ut exhibita restituat* » (1). Per lo meno l'esibizione dei documenti chiesta dal creditore ad un terzo mi sembra sia sempre giustificabile, in quanto il creditore, se anche restituirà i documenti al debitore, finchè non glieli consegnerà, ne rimarrà proprietario, ed esperirà quindi bene a ragione l'azione esibitoria come preparazione della rivendica, tanto più a ragione se egli avrà avuto di fronte al debitore l'obbligo della restituzione.

b) C. 3, 42, 9 (Diocl. et Max., a. 294): *Si ex quocunque contractu apud praesidem provinciae iure debitum, cui oportuerat, te reddidisse probaveris: chirographa tua, ex quibus iam nihil peti potest, et instrumenta ad eum contractum pertinentia, tibi naturaliter liberationem consecuto exhiberi ac reddi iubebit.*

Come si vede, si tratta di una fattispecie che non può essere messa in un fascio coll'altra. C'è una bella differenza fra l'ipotesi di una esibizione dei documenti chiesta dal creditore ad un terzo e quella di un'esibizione richiesta dal debitore al creditore. Ebbene, da un importante testo ricordato dal GORFredo (2), risulta che proprio dagli stessi imperatori dalla cui cancelleria è uscito il nostro rescritto, Diocleziano e Massimiano, fu ammessa la *condictio* da parte del debitore dei documenti relativi ai crediti estinti (3). Anzi, altri rescritti ancora, pure della fine del terzo secolo, ribadiscono la fondatezza del prin-

(1) *Op. cit.*, I, pag. 548, nota (5).

(2) *Op. cit.*, IV, p. 320, *ad h. l.*

(3) Che il nome di *condictio* non debba far pensare ad una delle *conditiones* proposte nell'albo pretorio, ma vada inteso come designante una forma di *extraordinaria cognitio*, è quanto cercai di mostrare sopra, p. 229.

cipio che « *liberatus instrumentum potest condicere* » (1). Si può infatti osservare, in via generale, che l'introduzione della *condictio* in questa ipotesi, come ho accennato più su, sembra da attribuirsi ad epoca relativamente tarda, non anteriore al terzo secolo inoltrato dell'età imperiale. Ma, riguardo all'esibizione, emerge dal nostro passo che essa era ottenuta, nel caso in questione, rivolgendosi al preside della provincia, cioè con una forma di *extraordinaria cognitio*. Non è quindi a parlare qui di *actio ad exhibendum*.

È poi da avvertire, come per l'ipotesi stessa di distruzione di *hereditariae tabulae* sia accordata l'azione *ad exhibendum* (2) secondo il sistema introdottosi in materia già prima di Labeone, per cui è assimilato a colui che può esibire quegli che dolosamente si è messo in condizione di non poter fare ciò (3). Dunque l'affermazione che l'*a. ad exhib.* è preparatoria della rivendica non va intesa in senso assoluto: nel caso in esame, prima che la regola della legittimazione passiva di chi *dolo desiit possidere* fosse estesa alla revindica, l'*a. ad exhib.* era accordata in un'ipotesi in cui il proprietario era impedito di rivendicare. Dopo l'estensione accennata, contro chi, compiuta la *litis contestatio* nell'*a. ad exhib.*, intentasse la *rei vindicatio*, si dovè provvedere mediante l'*exc. rei iudicatae vel in iudicium deductae* (4).

(1) Si veda C. 4, 9, 2 (Diocl. et Max., a. 293): cfr. GOTOFREDO, *op. cit.*, IV, p. 320, ad h. l.

(2) D. 47, 2, 29 (Ulp. 41 Sab.): « Hoc amplius ad exhibendum agi potest [et interdicto quorum honorum agi poterit,?] 30 (Paul. 9 Sab.) si hereditariae tabulae deletae sint ».

(3) Cfr. GIRARD — *Manuel*⁷, 357¹. Il LENEL, *EP*³ 223, ritiene appunto espressa dalla formula l'assimilazione accennata. Questa opinione è accettata quasi universalmente. Cfr. da ultimo KASER, *SZ.* 51, 119: « Die Formel 'dolos pro possessione est' nicht ein Reservat ihrer (dei Sabiniani) Schuler war, sondern ein altes, durch die Formel der a. ad exhibendum und vieler Interdikte angeregtes, dem Labeo wohlvertrautes Gemeingut aller älteren Juristen ». Cfr. nello stesso senso HUVELIN, *Le furtum*, I, 583.

(4) ARANGIO-RUIZ, *Ist.*³ 154-155: « la giurisprudenza romana riconosce sovente l'*eadem res* nel successivo esercizio di azioni diverse, quando si fondano sugli stessi presupposti e mirano allo stesso risultato pratico ».... « può affermarsi con sicurezza una

D. 10, 4, 3, 14 (Ulp. 24 ed.) « *Interdum aequitas exhibitionis efficit ut, quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Julianus tractat. Servus (inquit) uxoris meae rationes meas conscripsit: hae rationes a te possidentur: desidero eas exhiberi. Ait Julianus, si quidem in mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni: quia et vindicare eas possum: nam cum charta mea sit, et quod scriptum est meum est: sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri. In factum igitur mihi actionem competere* ». È fondamentale questo testo in cui è affermato che l'esibizione (di una particolare specie di documenti) è conseguibile — attraverso l'*actio ad exhibendum* — solo nelle ipotesi in cui è possibile la *vindicatio*, soccorrendo, in tutti gli altri casi in cui l'equità lo permetta, un'azione concessa dal pretore.

Nel frammento è negata l'azione civile a chi non può rivendicare, e gli è invece accordata un'*actio in factum*. Nel diritto romano classico, non dovette di regola essere fine a sè stessa l'*actio ad exhibendum*: essa era di natura sua destinata a preparare l'esercizio di un'azione reale. Ma quando essa non poteva preparare la rivendica, perchè nell'attore mancava la proprietà dei libri dei conti, allora doveva essere dai classici negata senz'altro l'azione civile.

Tenendo presenti queste considerazioni generali, brevissime parole potremo dedicare all'esame di un ultimo frammento:

D. 10, 4, 19 (Paul. 4 epit. Alf.) *Ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest. sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset. respondit non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid*

tendenza generale ad applicare il principio « altera electa alteram consumi » a tutte le azioni aventi lo scopo di conservare — in una data situazione pratica — l'integrità patrimoniale, recuperando quel che ci appartiene o ci è dovuto ».

diceretur, animadvertere convenire. nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere sua interesse illos aut illos libros sibi exhiberi, quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset.

Questo passo contiene un'importante osservazione di Alfeno (tramandataci da Paolo) circa l'interesse che è a base della legittimazione attiva all'azione; Paolo mette in guardia da un'arbitraria ed antiggiuridica estensione di quell'interesse. Per effetto di una tale estensione, l'azione si sarebbe attribuita non solo a chi dimostrasse un interesse all'esibizione dei conti dell'avversario (coll'effetto di costringere il convenuto a fornire a proprio danno la prova favorevole alla controparte), ma addirittura (è questa l'ipotesi estrema la cui palese assurdità mette in più viva luce l'assurdità dell'altra) (1) allo studioso che provasse di avere interesse ad accrescere il proprio sapere mediante l'esibizione di questa o di quell'opera. Questa, come è oltremodo evidente, è un'ipotesi in cui l'interesse è prettamente extragiuridico e non giustifica nessuna successiva azione reale.

Riassumiamo ora, ordinandoli, i principali risultati raggiunti in questo paragrafo sull'*actio ad exhibendum* applicata ai documenti. Anzitutto va distinto, dalla massa di testi in cui l'*a. ad exhib.* ha il significato tecnico d'azione formulare, qualche testo dove l'*exhibere* non ha questo senso tecnico. Noi ne ab-

(1) D. 10, 4, 19 (Paul. 4 epit. Alf.): *etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere sua interesse, illos aut illos libros sibi exhiberi: quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset.* A questo passo, circa l'interpretazione dell'interesse all'esibizione, si aggiunga: D. 10, 4, 3, § 11 (Ulp. 24 ed.): *Si mecum fuerit actum ad exhibendum, ego ob hoc, quod conventus sum ad exhibendum actione, agere ad exhibendum non possum: quamvis videatur interesse mea ob hoc, quod teneor ad restituendum. Sed hoc non sufficit: alioquin et qui dolo fecit, quo minus possideret, poterit ad exhibendum agere cum neque vindicaturus, neque interdicturus sit; et fur vel raptor poterit: quod nequam verum est. Eleganter igitur definit Neratius iudicem ad exhibendum hactenus cognoscere: an iustam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret.* Su questo, del resto, dal punto di vista teorico l'accordo è perfetto fra i processualisti che hanno più dei romanisti approfondito in linea generale il problema.

biamo trovato uno, C. 3, 42, 9 (Diocl. et Max., a. 294), in cui l'esibizione o la restituzione del documento si ottengono attraverso l'*extraordinaria cognitio*, giacchè magistrato competente è il *praeses provinciae*. Naturalmente questa costituzione non può servirci a ricostruire il profilo dell'*a. ad exhib.* formulare avente ad oggetto documenti.

I testi nei quali all'azione è conservato il significato tecnico possono raggrupparsi e distribuirsi attorno a quella che è considerata comunemente finalità essenziale dell'azione stessa: la funzione preparatoria della rivendica. Fra i testi in cui l'*a. ad exhib.* appare in tale funzione in rapporto ai documenti, annoveriamo:

- a) D. 43, 5, 3, 5 (Ulp. 68 ed.)
- b) D. 10, 4, 3, 8 (Ulp. 24 ed.)
- c) D. 29, 3, 3 (Gai, 17 ed. prov.)

L'ultimo dei fr. cit. stabilisce che solo all'erede compete la *vindicatio* delle *tabulae testamenti*, «et ob id ad exhibendum quoque agere potest». Gli altri due passi delineano i rapporti fra l'*a. ad exhib.* (in ordine alle *tabulae testamenti*) e l'*interdictum de tab. exhib.* L'azione compete solo al proprietario (il testatore e, lui morto, l'erede), mentre gli altri interessati trovano tutela nell'interdetto. Sulla scorta di questi testi notammo come, circa la natura dell'interesse protetto dai due mezzi, possa dirsi che, mentre l'azione esibitoria tutela indirettamente un interesse reale, l'interdetto protegge un interesse *documentale* — avente il suo oggetto nel *contenuto* delle *tabulae*.

- d) D. 10, 4, 3, 14 (Ulp. 24 ed.)

Questo fr., riportando un principio che attribuisce a Giuliano, subordina in generale (e in particolare relativamente ai documenti) l'esperibilità dell'*a. ad exhib.* a quella della *rei vindicatio*: «si charta mea non fuit, quia vindicare non possum nec ad exhibendum experiri: in factum igitur mihi actionem competere». Dunque per tutta l'epoca classica (certamente fino

ad Ulpiano) l'*a. ad exhib.* conserva la funzione preparatoria della *rei vindicatio*: ha lo scopo di identificare la persona contro cui la rivendica può essere esperita. Tutela in questo senso indrettamente sempre un interesse *reale*. Ma, poichè può darsi l'esistenza di un interesse all'esibizione di certe cose (es. documenti) il quale non abbia carattere reale — trovi bensì il suo oggetto nel contenuto dei documenti —, il pretore, nei casi in cui ritenga questo interesse degno di protezione, gli accorda tutela con azioni *in factum*. La più importante di tali azioni, quella concessa contro l'*argentarius* per l'*editio rationum*, verrà studiata nel paragrafo seguente; qui può essere anticipata un'osservazione di carattere generale. Siamo di fronte ad un esempio tipico del modo di operare del pretore nell'esercizio di quell'attività che taluno ha chiamata di *creazione del diritto*. I principi del *ius civile* restano intatti: i presupposti dell'*a. ad exhib.* sono mantenuti sempre gli stessi. La protezione di rapporti e di interessi sforniti di tutela civile è ottenuta colla creazione di nuovi mezzi (nella specie che c'interessa, azioni *in factum*) sorgenti e sviluppatasi su un terreno diverso da quello del *ius civile*: sul terreno del diritto pretorio.

Fine proprio dell'*a. ad exhib.* è l'esibizione. Ora, data la natura dell'utilità dei documenti, è ovvio che spesso, ottenuta questa esibizione, l'attore non avrà praticamente interesse di intentare la *rei vindicatio*. Anzi in molti casi (contro il proprietario aggiudicatario del possesso, contro il pignoratario prima dell'estinzione del credito, e simili) la *vindicatio* non potrà essere esperita. Ciò spiega come in alcuni testi (C. 3. 42. 6 [Philippus, a. 244]; D. 12. 3. 10 [Callist., 1 quaest.]; C. 3. 42. 4 [Alex., a. 230]; C. 2, 3, 26 [Diocl. et Max., a. 294]; D. 47, 2, 29 [Ulp. 41 Sab.] e 30 [Paul. 9 Sab.]) accanto all'*a. ad exhib.* non trovi posto la *vindicatio*.

Fra i testi esaminati in questo paragrafo ne rimane uno che pare disconoscere la funzione preparatoria dell'*a. ad exhib.*

rispetto alla *vindicatio*, adottando un diverso criterio per determinare la legittimazione attiva. D. 10, 4, 19 (Paul. 4 epit. Alf.) nega che uno possa ottenere con quest'azione *ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset*: non lo nega in forza della considerazione che in ordine alle *rationes adversarii* l'*a. ad exhib.* non può avere funzione preparatoria della rivendica (salvo il caso eccezionale che esse siano scritte su materia dell'interessato all'esibizione), bensì per l'implicita esigenza di non allargare eccessivamente il concetto di *interesse all'esibizione*. Dunque per Alfeno gli *omnes quorum interest* comprenderebbero anche persone che non potrebbero vittoriosamente rivendicare? E Giuliano invece (D. h. t. 3, 14 [Ulp. 24 ed.]) avrebbe ristretto l'ambito dei legittimati attivamente ai legittimati alla *rei vindicatio*? Io ritengo che già per Alfeno gli *omnes quorum interest* fossero i soli titolari di un interesse *reale*, nè diversamente si giustificerebbe il diniego dell'azione nell'ipotesi prospettata. Ci doveva essere nel pensiero del discepolo di Servio implicita l'idea (appartenente al suo maestro?) che quel cliente non poteva agire *ad exhibendum* perchè non poteva rivendicare. Quest'idea trovò una formulazione esplicita per opera di Giuliano, il quale, di fronte alle azioni *in factum* esibitorie, dovette avvertire la necessità di tracciare la linea di distinzione fra l'azione civile e quelle azioni pretorie che al suo tempo avevano raggiunto notevole sviluppo.

§ 4.

Nelle fonti è un gruppo di testi — non trascurabile per importanza dogmatica — che offrono un'ampia trattazione del precetto edittale, secondo cui il banchiere (1) è tenuto alla pro-

(1) L'*argentarius*, sulla cui figura cfr. FADDA, *Ist. comm. del dir. rom.*, 107 sg.

duzione (1) del conto nei riguardi del cliente al quale esso appartiene (2), previo giuramento del richiedente *non calumniae causa postulare edi sibi*. Quest'ultima informazione ci dà D. 2, 13, 6, 2 (Ulp. 4 ed.): la necessità del giuramento è spiegata col'esigenza di evitare che si richieda la produzione di conti cui non si ha interesse o dei quali si ha il possesso, al solo scopo di *vexare* il banchiere o di screditare la sua banca. I documenti del conto, secondo il precetto riportato dal D. 2, 13, 4 pr. (Ulp. 4 ed.), debbono essere prodotti dunque dal banchiere al cliente, il quale ha interesse alla produzione in quanto essi sono a lui pertinenti senza che egli ne abbia la proprietà. D. 2, 13 4 pr. (Ulp. 4 ed.) *Argentariae mensae exercitores (ei qui iuraverit non calumniae causa postulare edi sibi) rationem, quae ad se pertinet, edent adiecto die et consule* (3). Se il cliente è proprietario dei documenti, come è evidente nel modo più assoluto, non occorre affatto l'*actio in factum* dal momento che resta a disposizione del proprietario la rivendica (4).

Circa le condizioni in cui l'editto si applicava è facile rilevare dalla formula riportata nel frammento citato che doveva bastare la pertinenza del conto all'attore, non valendo come limite a tale requisito se non il giuramento richiamato dianzi (5). Esso restringe così la larghezza del requisito, di modo che per questo rispetto si assottiglia molto la diversità di presupposti coll'*actio ad exhibendum*.

(1) Il termine adoprato da questi testi è *editio* e il significato di esso, in ordine ai conti o in genere ai documenti, c'è offerto dal D. 2, 13, 6, 7 (Ulp. 4 ed.): *Edi autem est vel dictare vel tradere libellum vel codicem proferre*; testo, tuttavia, ritenuto — dal LENEL — triboniano, in cui *edi* sarebbe l'unica parola genuina. Cfr. LENEL, *Edictum perpetuum*, 1927, p. 63.

(2) La differenza fra proprietà e pertinenza del documento non occorre sia ripetuta a questo punto della trattazione.

(3) Cfr. *Index Interp. adhlg.*

(4) *Difesa della proprietà dei documenti* nel lavoro presente, p. 147.

(5) Anche un altro testo e precisamente il D. 2, 13, 9 § 3 (Paul. 3 ed.) indica il giuramento come limite alla larghezza di applicazione del precetto edittoale.

Insisto su ciò non tanto per dimostrare l'importanza del giuramento, la quale risulta chiara in base ai testi citati, quanto per mettere in evidenza che i classici, apprestando nel campo del commercio il mezzo processuale per la produzione di documenti, sembrano operare sul modello di azioni di applicazione generale. Dal diritto pretorio è creata un'azione, giusta la logica di questo diritto, la quale supplisce alla mancanza di un'azione civile avente l'efficacia desiderata, e tuttavia ci si modella — cosa non affatto strana — sull'azione civile alla cui inapplicabilità intende supplire l'azione pretoria. Ciò costituisce una necessità, giacchè il solo modo di creare un mezzo processuale per la produzione dei documenti e di trattare questi, anzichè come istituti giuridici, per lo meno strutturalmente come cose, per quanto dotate di caratteri speciali, come è pur necessario nel sistema giuridico romano, non potendo la produzione dei documenti poggiare su un'elaborazione del documento come istituto, è quello di modellare la nuova azione sull'azione esibitoria di portata generale (1).

L'accennata larghezza di applicazione, che abbiamo constatato quando il postulante sia un privato, con cui il banchiere abbia rapporti commerciali, e che ha come limite il solo giuramento di cui abbiamo parlato più sopra, risulta notevolmente ristretta se il banchiere è colui che richiede la produzione. Egli infatti ottiene il soddisfacimento della sua pretesa soltanto in casi, che il pretore considera eccezionali, come quello di perdita fortuita dei conti, o l'altro che essi siano in una località lontana (2). Ma, se l'esistenza della norma edittoale relativa alla

(1) Cfr. anche quanto avviene per l'interdetto *de tabulis exhibendis*, modellato sullo schema degli altri interdetti esibitori, p. 339.

(2) Così in una esemplificazione di Ulpiano. In essa delle circostanze eccezionali in cui (*ex causa* — dice il fr. 6 § 9 [Ulp. 4 ed.]: *Prohibet argentario edi [illa ratione, quod etiam ipse instructus esse potest instrumento suae professionis: et absurdum est] cum ipse in ea sit causa, ut edere debeat [ipsum petere ut edatur ei]. an nec heredi argentarii edi*

domanda di produzione avanzata dal banchiere è universalmente riconosciuta, la sua giustificazione è discussa da qualche romanista, il quale ritiene che la giustificazione data dal testo del Digesto sia compilatoria, o meglio che sia compilatoria la prima delle giustificazioni offerte dal testo cui si accenna, quella cioè che fonda il precetto edittale sul dovere, che i banchieri avrebbero, di tenere i conti della banca. Si può anche ammettere col BESELER (*Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* III p. 73) che l'accennata motivazione del precetto edittale debba attribuirsi a Triboniano sia per indici formali e sintattici, sia perchè è difficile pensare ad uno sviluppo simile della *ratio argentaria* come istituto al tempo di Ulpiano cui è attribuita la motivazione.

Adunque nulla vi ha di strano che i commissarii abbiano interpolato l'incriminata motivazione, come doveva suggerire a loro l'avvenuto sviluppo della *ratio argentaria* e di ogni diritto ed obbligo relativo.

L'*heres argentarii* viene (conforme ai principii) trattato in maniera analoga al suo dante causa. Ed il periodo del fr. 6, 9 cit., il quale vuole esaminare la legittimazione attiva dell'*heres*, dichiara che egli non ha diritto all'*editio* se il documento gli è pervenuto nell'eredità.

Richiamo qui i presupposti della legittimazione attiva dell'*iterum postulans* per dimostrare la parità di trattamento a questo proposito fra lui e il banchiere, la quale risulta chiara, in base al precetto edittale. — D. h. t. 7 pr. (Paul. 3 ed.) veluti si peregre habere, quod primum editum est, doceat, vel minus plene

ratio debeat, videndum: et si quidem instrumentum argentariae ad eum pervenit, non debet ei edi, si minus, edenda est [ex causa]. nam et ipsi argentario [ex causa] ratio edenda est: si naufragio vel ruina vel incendio vel alio simili casu rationes perdidisse probet aut in longinquo habere, veluti trans mare) trova soddisfazione la pretesa del banchiere alla produzione del conto (et ipsi argentario [ex causa] ratio edenda est: cfr. *Index Interp* adhlg.) non si menzionano esplicitamente che queste due rammentate sopra.

editum, [vel eas rationes, quas casu maiore, non vero negligentia perdidit; nam si eo casu amisit, cui ignosci debeat, ex integro edi iubebit] (1).

In conformità dell'equiparazione fra l'*iterum postulans* e il banchiere si aspetterebbe, giusta il metodo dei giureconsulti classici, il richiamo di esempi analoghi a quelli prima addotti, ed invece ci si dice — cosa non affatto persuasiva (2) — che l'*editio* dovrà farsi per quelle *rationes quas casu maiore non vero negligentia perdidit*. Così Paolo non ci offrirebbe affatto una esemplificazione analoga a quella di Ulpiano a proposito della legittimazione attiva del banchiere; anzi la contrapposizione richiamata, fra il *casus maior* e la *neglegentia* del *postulans*, non costituisce neanche un'esatta generalizzazione, non potendo la rovina e l'incendio essere considerati come esempi di caso irresistibile, inevitabile. Anche per la sconclusionata costruzione appare verosimile l'alterazione del fr. di Paolo.

Il significato della parola *iterum* nel nostro precetto edittale è spiegato nel seguito dello stesso frammento, che le attribuisce la portata più ampia equivalente non già a quella del greco δεύτερον, ma sibbene a quella del termine πάλιν: *nam potest fieri ut bis editam sibi rationem quis perdidit: ut verbum iterum pro saepius accipiatur*.

Possono essere legittimati a chiedere l'*editio* anche i procuratori dei clienti: si tratta naturalmente del *procurator omnium bonorum* che è un organo permanente (p. 129) e stabile del principale.

D. 2, 13, 6, 5 (Ulp. 4 ad ed.) Unde apparet ita demum tenere [hoc edictum] (formulam), si ad eum pertineat. pertinere autem

(1) Cfr. *Index Interp.* adhlg.

(2) Sarebbe ben strano che chi perdetto, a causa della sua negligenza, le *rationes*, e ne chiedesse di nuovo la esibizione, fosse considerato averle perdute per *casus minor*, come cioè se fosse caso l'evento dovuto a sua negligenza. Con ogni probabilità il *casus maior* in antitesi alla *neglegentia* nel testo relativo alla nostra questione fu sostituito al naufragio vel ruina vel incendio o a qualcosa di simile.

videtur ad me ratio, si modo eam tractaveris me mandante: sed si procurator meus absente me mandaverit, an mihi edenda sit, quasi ad me pertineat? et magis est ut edatur. procuratori quoque meo edendam rationem, quam mecum habet, non dubito, quasi ad eum pertineat: et cauturum de rato [si mandatum ei non sit] (1).

E studiamo adesso la legittimazione passiva all'azione *in factum* per l'*editio rationum* (2). Il banchiere vi è obbligato in tanto in quanto il suo ufficio presenta una certa importanza pubblica (cfr. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, p. 458). Vi sono tuttavia altri rami di commercio aventi tale importanza nel mondo economico romano stesso in riguardo ai quali è negato l'obbligo (3).

Ma ad ogni modo penso — il che non va però detto senza esitanza — che nessuno potrebbe giurare sulla rispondenza di una osservazione della glossa al diritto postclassico e giustiniano, secondo il quale i *tabelliones* non dovevano certo essere obbligati alla produzione dei documenti coll'azione che si applicava al banchiere come assevera il glossatore.

Io ritengo che il testo in cui nella compilazione è affermata la legittimazione passiva di persone diverse dagli *argentarii*, vale a dire dei *nummularii*, i quali differivano dai primi per la mancanza del carattere pubblicistico alla loro attività cui non è data come a quella degli *argentarii* un'autorizzazione sta-

(1) Cfr. *Index Interp. adhlg.*

(2) L'ormai nota caratteristica del diritto romano (su cui incidentalmente da ultimo BETTI, *L'attuazione di due rapporti causali attraverso ecc.*, in « *Bullett. dell' Istituto di Diritto Romano* », vol. XLI (1933), p. 278) per cui l'azione tipica coincide sempre col corrispondente diritto sostanziale tipico fa sì che riesca indifferente il parlare di legittimazione attiva e passiva o rispettivamente di diritto e obbligo.

(3) Vedi FRAENKEL, *Hermes*, vol. 60, p. 420; D. 2, 13, 10,1 (Gai. 1 ad ed. prov.) Ideo autem argentarios tantum neque alios ullos (non) absimiles eis edere rationes cogit, quia officium eorum atque ministerium publicam habet causam et haec principalis eorum opera est, ut actus sui rationes diligenter conficiant.

tale (1), sia secondo quanto opina anche il BESELER il risultato di una interpolazione eseguita sul frammento di Paolo che riferiva l'opinione di Pomponio diametralmente opposta. — D. 2, 13, 9, 2 (Paul, 3 ed.) Nummularios [quoque] non [esse iniquum] cogi rationes edere Pomponius scribit: [quia et hi nummularii sicut argentarii rationes conficiunt, quia et accipiunt pecuniam et erogant per partes, quarum probatio scriptura codicibusque eorum maxime continetur: et frequentissime ad fidem eorum decurritur] (2). È da notarsi che una contraddizione come quella in cui D. 2, 13, 9, § 2 cit. verrebbe a trovarsi col D. 2, 13, 10 § 1, anch'esso cit., denoterebbe uno spirito di polemica che il BESELER ha osservato non essere proprio della giurisprudenza romana. Anche tutto il resto del frammento il BESELER non può non attribuire al compilatore. Paolo evidentemente non poteva dare la giustificazione di una tesi opposta a quella che egli con tutta la giurisprudenza classica doveva sostenere in armonia col testo citato dianzi.

La legittimazione passiva del padrone per la *mensa argentaria* tenuta dallo schiavo, come si ricava dal D. 2, 13, 4, 3

(1) Debbo dire che questa differenza si ricava dalla definizione che dell'*argentarius* dà l'HEUMANN nel suo *Handlexicon* nell'edizione curata dal SECKEL, dove è dato particolare risalto all'autorizzazione dello Stato e alla pubblicità dei Geldgeschäfte. — Sulla differenza cfr. anche FADDA, *op. cit.*, 112 sg. Sembra che il *nummularius* avesse la funzione pubblica del saggio delle monete. — Inoltre gli *argentarii* soltanto presiedevano alle *auctiones* (FADDA, p. 126). — Il F. combatte il criterio discreto assunto dal MANNA (*Argentarii*, p. 37), secondo cui agli *argentarii* avrebbero affluito la maggior parte degli affari in Roma, mentre nelle provincie avrebbero prosperato assai più i *nummularii* (FADDA, p. 118). « Se è vero », Egli osserva, « che in Roma è stato abbondante il rinvenimento di iscrizioni relative ad *argentarii* ciò si spiega agevolmente ponendo mente al numero ed alla ricchezza degli *argentarii* nell'immensa capitale » (p. 126). — Comunque, anche l'attribuzione della qualità pubblica agli *argentarii* e la considerazione dei *nummularii* come privati negozianti fu respinta dal F. (p. 125), che preferì « porre le due figure nella stessa relazione in cui nella vita odierna sono il cambiavalute e il banchiere » (p. 127), pur rammentando l'osservazione del MITEIS (SZ 19, 203 s.) che « il confine tra le due forme di esercizio... praticamente si dilegua affatto in quanto i banchi di cambio intraprendono affari bancari... ».

(2) Cfr. BESELER, SZ, 47, 361.

(Ulp. 4 ed.) (1), era incondizionata nel solo caso in cui lo schiavo avesse intrapreso il commercio bancario *voluntate domini*, giacchè allora si aveva la situazione giuridica che si sarebbe prodotta se il *dominus* stesso avesse direttamente esercitato l'attività bancaria (2).

Invece deve considerarsi a parte l'ipotesi che lo schiavo abbia agito *in scio domino*, nella quale il padrone si libera da ogni responsabilità, purchè giuri che egli non ha i conti, *satis esse dominum iurare eas se rationes non habere*.

Sed si *dominus habet rationes nec edit, in solidum tenetur*.

Questa proposizione afferma che il *dominus*, nel caso che egli possieda i documenti, è tenuto coll'*actio in factum* per l'intero, cioè senza le deduzioni e limitazioni che eventualmente otterrebbe con le azioni adiettizie.

Nelle nostre fonti è esaminata la questione della *legittimazione passiva dei successores* (*heredes* ricostruisce il BESELER) (3) dell'*argentarius* e la legittimazione è senz'altro affermata: D. 2, 13, 6, 1 (Ulp. 4 ed) *Cogentur et (heredes) [successores] argentarii edere rationes. quod si plures sunt heredes, (si) [et] unus habeat, solus ad editionem compelletur: sed si omnes habeant [et] unus ediderit, omnes ad editionem compellendi sunt [quid enim si humilis et deploratus unus edidit, ut dubitare quis merito de fide editionis possit?], ut [igitur] comparari rationes possint, [etiam ceteri edere debent;] aut certe (debent) unius editioni subscribere. hoc idem erit et si plures fuerint argentarii, a quibus editio desideratur. [nam et si plures tutores tutelam administraverunt simul,*

(1) D. 2, 13, 4, 3 (Ulp. 4 ed.) Sed si servus argentariam faciat (potest enim), si quidem voluntate domini fecerit, compellendum dominum edere ac perinde in eum dandum est iudicium ac si ipse fecisset. sed si in scio domino fecit, satis esse dominum iurare eas se rationes non habere. si servus peculiarem faciat argentariam, dominus de peculio vel de in rem verso tenetur: sed si dominus habet rationes nec edit, in solidum tenetur. — Su questo testo cfr. FADDA (*op. cit.*, 155 sg.), il quale l'esamina per sostenere che lo schiavo ha la capacità per esercitare la professione di *argentarius*.

(2) Vedi il primo periodo del testo citato sopra.

(3) *Beitr.*, I, 61; IV, 233.

aut omnes edere debent aut unius editioni subscribere] (1). La trasmissibilità ereditaria dell'obbligo non stona (come parrebbe tenendo presente il carattere penale dell'azione) (2), anzi armonizza perfettamente (pare che su ciò non occorra insistere, trattandosi di concetti elementari) coi principii classici, secondo cui l'erede (e non genericamente il *successor* che è creazione bizantina), subentrando nella posizione giuridica del suo dante causa (del *de cuius*), succede automaticamente in tutti i suoi obblighi eccetto quelli che hanno come carattere la intrasmissibilità.

Le parole con le quali nel nostro testo si indica la responsabilità degli eredi del banchiere — *quod si plures sunt heredes (si) [et] unus habeat solus ad editionem compelletur: sed si omnes habeant [et] unus ediderit, omnes ad editionem compellendi sunt* — indicano che anche per essi la responsabilità è connessa col possesso dei documenti analogamente al caso del padrone dello schiavo banchiere. Le interpolazioni segnate dal BESELER possono considerarsi sicure per la scorrettezza formale che la prima porta nella frase e per l'inconcludenza e l'inutilità della seconda che contrasta colle ultime parole del periodo precedente. Rammenterò ancora la tesi dello stesso BESELER, secondo cui è di fattura bizantina la frase (successiva a quella riportata sopra): *quid enim si humilis et deploratus unus edidit, ut dubitare quis merito de fide editionis possit?* I motivi che inducono lo scrittore tedesco a questa opinione sono la costruzione *quid enim si?*, — le locuzioni *humilis et deploratus, dubitare merito, il quis* « nicht von einem Täter sondern von einem Betrachter eines Falles gesagt ». L'*igitur* naturalmente dovette venire aggiunto per conservare la continuità del discorso aggregando la proposizione finale al periodo seguente: il testo originariamente,

(1) Cfr. *Index Interp.*, adhlg.

(2) L'obbligo all'*editio* non deriva evidentemente dall'atto illecito che si configura solo col doloso rifiuto del suo adempimento: deriva invece dall'editto del pretore che stabilendo la sanzione stabilisce anche l'obbligazione relativa.

sembra, doveva giustificare l'imposizione dell'obbligo a tutti gli eredi possessori dei documenti, coll'opportunità appunto di fare un confronto fra i vari conti in possesso dei singoli eredi, tutti dunque egualmente tenuti alla produzione (perciò anche la frase *etiam-debent* va attribuita ai compilatori): *aut certe (debent) unius editioni subscribere*, ecco l'unico modo in cui gli eredi possono fare a meno dell'*editio* della *ratio* da ciascuno posseduta. E conforme alle loro tendenze generalizzatrici, da questa frase del nostro testo, i glossatori traggono la regola *idem est totam scripturam scripsisse, vel illis tantum se subscripsisse*.

A questa equivalenza fra le singole *editiones* degli eredi e le loro sottoscrizioni all'unica *editio* ravvicina un altro caso il nostro testo, il quale menziona la stessa possibilità per più tutori amministratori della stessa tutela («*nam et si plures tutelam administraverunt simul, aut omnes edere debent aut unius editioni subscribere*») in una frase ritenuta emblematica dalla critica sia per la scorrettezza dell'indicativo nella proposizione condizionale sia per la considerazione che l'*editio* degli argentarii ha un carattere diverso da quella a cui il tutore può essere tenuto nel *iudicium tutelae*, in cui essa avrà se mai il carattere di un onere di prova anzichè di un obbligo come quella degli argentarii.

In un altro testo, D. 2, 13, 9, 1 (Paul. 3 ed.), il legatario dei conti, al quale non è applicabile nel diritto classico il concetto di successore del banchiere e nel diritto giustiniano si addice quello di successore a titolo particolare, è dichiarato non tenuto all'*editio*, gravante esclusivamente sui *successores iuris* del banchiere, e non sui successori a titolo particolare della dottrina giustiniana. «*Is autem, cui argentarius rationes suas legavit, non videbitur contineri, [quia iuris successor his verbis significatur]; non magis, quam si vivus eas donasset*» (1). Giusti-

(1) Sul frammento cfr. LONGO, *Origine della successione particolare*, in «*Bull. dell'istitut. di diritto romano*», XIV, Roma, 1902, 165; BONFANTE, in *Scr. giuridici*, I, 1916, p. 253; nonché le buone osservazioni del PRINGSHEIM, *Kauf*, p. 152.

niano, che applica anche qui la distinzione fra successione a titolo universale e successione a titolo particolare, giustifica appunto la regola classica dell'intrasmissibilità dell'obbligo al legatario, richiamando che l'obbligo si trasmette al *successor iuris* e non al successore a titolo particolare, e riferendosi implicitamente alla sussunzione del legatario nella categoria dei successori a titolo particolare. Non occorre ripetere che non si può attribuire al giureconsulto un simile concetto della successione, quando esso è estraneo alla giurisprudenza classica.

Il commercio bancario, come si noterà più oltre, è sempre il fondamento dell'obbligo di produrre i conti. Ma D. 2, 13, 9 (Paul. 3 ed.) afferma che anche relativamente ad altri rapporti sussiste l'obbligo di *edere rationes*. «*[Quaedam sunt personae, quas rationes nobis edere oportet nec tamen a praetore per hoc edictum compelluntur, veluti cum procurator res rationesve nostras administravit, non cogitur a praetore per metum in factum actionis rationes edere: scilicet quia id consequi possumus per mandati actionem. et cum dolo malo socius negotia gessit, praetor per hanc clausulam non intervenit: est enim pro socio actio. sed nec tutorem cogit praetor pupillo edere rationes: sed iudicio tutelae solet cogi edere]*». — Come si vede, accanto all'*actio in factum* il frammento menziona altre azioni come l'*actio mandati* e la *pro socio*. E queste ipotesi vengono ravvicinate, per l'elemento del *rationes edere*, all'obbligo dei banchieri.

La spiegazione del ravvicinamento si ha probabilmente nella congettura che si tratti di uno svolgimento scolastico, il quale potette venire suggerito al maestro dal termine *rationes edere*.

Riavvicinato all'obbligo del banchiere, l'obbligo di rendiconto che il postclassico vede nel mandato e nella società è del tutto svisato, e la differenza fra il *reddere rationes* e l'*edere rationes* non sembra venire più avvertita dal momento che l'ob-

bligato nei due casi è considerato identico dal punto di vista strutturale. Nè a questo rilievo si potrebbe ribattere che il testo deve alludere all'*editio rationum* quale può essere richiesta nei casi ricordati per fine di prova: vi s'opporrà sempre ed inevitabilmente la differente struttura dell'*editio* nelle due ipotesi (1).

Il testo presenta altri indizi di intervento dei compilatori (2): in verità, dato il carattere speciale dal quale evidentemente era contraddistinta l'azione contro i banchieri (che trovava giustificazione nell'attività pubblica da essi esercitata), la frase *per metum in factum actionis*, nella quale si ha l'aria di considerare l'*actio in factum* come un'*actio* applicabile ad una vasta categoria di rapporti, è indice della concezione bizantina dell'*actio in factum generalis*, avente portata sussidiaria.

Sul carattere dell'obbligo abbiamo da notare che tale comportamento, sanzionato dall'azione *in factum* — avente per oggetto l'*id quod interfuit edi* intorno a cui è dato raggruppare alcuni testi relativi alla liquidazione del danno —, non è imposto in funzione del raggiungimento di un determinato fine probatorio. A questa struttura obbligatoria della produzione dei conti bancari è ispirato questo §. Infatti il banchiere è tenuto all'*editio rationum* anche nell'ipotesi, della quale parla il D. 2, 13, 10 pr. (Gaius, 1 *ad edictum provinciale*), che essa venga richiesta, essendo necessari i conti al cliente in occasione di una controversia, ove l'altra parte sia un terzo e non il banchiere. Ciò implica che si tratti di un obbligo, sia pure pretorio.

D. 2. 13. 4, 1 (Ulp. 4 ed.) [Huius edicti ratio aequissima est: nam cum singulorum rationes argentarii conficiant, aequum fuit id quod mei causa confecit meum quodammodo instrumentum mihi edi] (.) A stare al BESELER questo § — dove è data la

(1) V. *infra*, e il testo ivi citato a conferma.
(2) Cfr. DE FRANCISCI, *Synall.*, II, pp. 95-96.

giustificazione della *ratio edicti* in ciò che concerne la produzione dei conti — presenta un indizio (il termine *aequissima* ritenuto anche dal GUARNERI-CITATI (1) segno di interpolazione), per cui si sarebbe autorizzati a ritenere tutto il paragrafo di fattura triboniana giacchè Ulpiano non avrebbe mai detto: *huius edicti ratio aequissima est* (2). Dove la critica a base filologica trova l'unico argomento contro la genuinità del testo io riscontro piuttosto una conferma del sospetto che altre considerazioni fanno sorgere. Anzitutto si noti l'imprecisione (non classica) del *meum quodammodo*, che è la prova, eventualmente appoggiata a indici formali, di un rifacimento bizantino del paragrafo alla luce di concetti oscillanti puntellati su *quodam modo*. In secondo luogo rilevo la stranezza del cambiamento del giro della frase, cominciata genericamente col *singulorum rationes* e terminata col riferimento alla prima persona a guisa di esemplificazione. Gli stessi glossatori videro non solo nel caso del paragrafo in discussione, ma anche quando sia chiamato dalle fonti *di* una certa persona un documento di cui essa non ha la proprietà, espressioni allusive alla pertinenza anziché alla proprietà dei documenti cui il testo si riferiva. Certo si osserva subito che difficilmente l'antica nozione del *dominium* poteva prestarsi a certe approssimazioni; e pare assai probabile che la frase *meum quodammodo* non abbia potuto venire dettata da Ulpiano anche perchè in fondo tutto il ragionamento sarebbe poco più che banale (3).

Ma un frammento relativo al contenuto dell'obbligo (D. 2. 13, 10, 2 [Gai. 1 ed. prov.]) ha tutta l'apparenza di essere genuino:

(1) *Studi sulle obbligazioni indivisibili* I (1921) 138.
(2) Il BESELER appunta il § in questione in una delle sue *Miszellen*, pubblicata nella *Zeitschrift der Sav. Stiftung* del 1925 (vol. 45, p. 455).
(3) In ogni modo, non sembra si possa aderire senz'altro all'opinione del BESELER (*l. cit.* n. prec.), secondo la quale il paragrafo di cui ci occupiamo, anche senza che l'interpolazione sia messa in luce da prove sostanziali, non mantiene assolutamente nulla di classico essendo intera fattura dei compilatori delle Pandette.

esso non desta sospetti per indizi formali nè per ragioni sostanziali, e nel commento all'editto non poteva mancare un passo sul contenuto dell'obbligo all'*editio*.

E innanzi tutto qual'è il significato della spiegazione che Gaio dà nel nostro frammento del contenuto dell'obbligo degli argentarii? Può forse pensarsi, per la comprensione più esatta del testo di Gaio il quale informa che l'*editio* ha per suo oggetto l'intero conto, che qualcuno ritenesse sufficiente l'*editio* di quella parte del conto, di cui il cliente aveva bisogno al momento in cui si rivolgeva al banchiere. E approfondendo potrebbe considerarsi esclusa assolutamente l'applicabilità di questo criterio, che urterebbe contro difficoltà insuperabili quando il cliente richiedesse la produzione senza lo scopo di provare le sue pretese o le sue difese in una causa (1).

È una conseguenza, insomma, dello scopo dell'obbligo, che non è ristretto alla prova in occasione di una causa col banchiere o con un terzo, la necessità che l'obbligo stesso abbia ad oggetto l'intero conto, giacchè altrimenti il cliente (*nisi ratio a capite inspiciatur*) non può farsi una idea dei suoi rapporti col banchiere (*ratio intelligi non potest*). E, su questo punto, il nostro frammento chiarisce anche come naturalmente l'*editio*, cui è obbligato il banchiere, non ha per oggetto tutti i documenti della banca bensì semplicemente il documento del conto relativo ai rapporti di quel determinato cliente colla banca stessa.

La data in cui è stato scritto il conto relativo ai miei rapporti col banchiere — osserva in un altro testo Ulpiano (2) —

(1) Cfr., per la possibilità di *editio* degli argentarii senza fine di prove da parte del cliente, LENEL, *op. cit.*, p. 63 (ricostruzione della formula dell'*actio in factum*), che non annovera (e non poteva farlo), fra i presupposti dell'azione (che ci sono esposti dalle fonti), il fine di prova del cliente, in una controversia coll'*argentarius* o con un terzo. A questo presupposto (è bene rammentarlo qui) non accenna neanche D. 2, 13, 4 pr. cit.

(2) D. 2, 13, 6, 6 (Ulp. 4 ed.).

non è sempre apposta in capo al conto a me pertinente, dacchè certe volte si dà il caso, che la data sia stata apposta solo all'inizio delle tavole in cui è scritto prima il conto pertinente a Tizio e immediatamente dopo quello mio. La pratica venne in tale ipotesi foggiano la regola, che per il secondo conto doveva essere soggetta all'*editio* la data apposta in capo al primo, giacchè è elemento di ogni conto l'apposizione della data in cui fu scritto.

Ai fr. esaminati fin qui, dove l'*editio rationum* è esaminata nel suo oggetto, può aggiungersi il seguente: D. 2. 13. 4, 5 (Ulp. 4 ed.) Sed ibi quis compellitur edere, ubi argentariam exercuit, et hoc est constitutum. quod si instrumentum argentariae in alia provincia habeat, in alia administraverit, ibi puto cogendum edere, ubi argentariam exercuit [: hoc enim primum deliquit, quod alio instrumentum transtulit. quod si in alio loco argentariam exercet, alibi autem ad editionem compelletur, minime hoc facere cogitur: nisi descriptum velis ubi de ea re agitur eum tibi dare, tuis videlicet sumptibus] (1).

In sostanza questo testo qui, il quale stabilisce il luogo dove va adempiuto l'obbligo dell'*editio*, specialmente quando l'*instrumentum argentariae* si trovi in provincia diversa da quella in cui il banchiere esercita il commercio, assume per criterio il luogo della banca, perchè anche nel caso accennato fissa come luogo dell'*editio* quello dove il banchiere ha esercitato il suo commercio. Ma la giustificazione di tale criterio lascia qualche dubbio quanto alla sua classicità.

L'affermazione, nell'ipotesi in cui il banchiere abbia portato i documenti in luogo diverso da quello della banca, che per ciò solo egli *primum deliquit*, da cui si dovrebbe dedurre anche un obbligo del banchiere di tenere i documenti nel luogo della banca, lascia incerti. Tale incertezza trova un appoggio nella considerazione che il luogo della banca doveva essere adot-

(1) Cfr. FABRO-KRÜGER, *Index interp.*, ad. h. l.

tato come criterio, dove si trattava di stabilire il luogo dell'*editio* dei conti trovantisi altrove, non per aggravare la responsabilità del banchiere, ma per agevolare lo svolgimento dei rapporti commerciali, senza distinguere se nel caso concreto ciò giovasse agli interessi del banchiere o a quelli del cliente.

Che il banchiere possa tenere i documenti *in villa*, è affermato come un uso frequente da Ulpiano, quando intende dettare le norme per l'*editio* in questo caso (cfr. D. 2, 13, 6 pr. [Ulp. 4 ed.]). Egli dice che il banchiere ha la scelta fra il condurre il cliente *ad locum* o il dargli copia del conto che lo riguarda.

Quanto ai presupposti di applicazione dell'*actio in factum* per la mancata *editio* è fondamentale un fr. esplicitamente limitante la responsabilità al dolo: D. 2, 13, 8 pr. (Ulp. 4 ed.) « Ubi exigitur argentarius rationes edere, tunc punitur, cum dolo malo non exhibet: [sed culpam non praestabit nisi dolo proximam.] dolo malo autem non edidit et qui malitiose edidit et qui in totum non edidit » (1).

Qui, per l'equiparazione al dolo della « *culpa dolo proxima* » che è costante nei testi della compilazione, può dirsi unanime l'opinione della critica, su questo punto certamente decisiva, secondo cui l'inciso « *sed culpam non praestabit nisi dolo proximam* » è gravemente sospetto, se non sicuramente compilatorio, come tutti i testi (di contro a cui si schierano testi certamente genuini), nei quali la parificazione della colpa al dolo è applicata, anziché in modo eccezionale, come un costante principio.

La formula edittale, ricostruita in base ai testi del titolo in esame, suonava: « S. p. N^m N^m adversus edictum illius praetoris A^o A^o rationem dolo malo non edidisse, quanti A¹ A¹ interfuit eam rationem edi sibi, tantam pecuniam, iudex, N^{um} N^{um} A^o A^oc. s.n.p.a. » (2).

(1) Cfr. *Index Interp.*, adhlg.

(2) V. LENEL, *op. cit.*, p. 62; DE MEDIO, *Studi sulla « culpa lata » in diritto romano*, in « *Bullett. dell' Istituto di diritto romano* », XVIII, p. 263.

Il convenuto doveva prestare all'attore l'*id quod interfuit eius* e risarcirgli cioè il danno del rifiuto della produzione in rapporto al momento del decreto pretorio e non a quello dell'azione conseguentemente esperita (1). E la penalità (chè tale è il carattere della nostra *actio in factum*) veniva costituita dal presupposto del doloso rifiuto alla produzione enunciato dal principio del frammento in esame come condizione perchè il banchiere o comunque il convenuto potesse puniri.

Altrove è detto ancora:

D. 2, 13, 10, 3 (Gai, 1 ed. prov.) *Cum autem in id actio competit, quanti agentis intersit editas sibi rationes esse: eveniet, ut, sive quis condemnatus sit sive quod petierit non optinuerit eo, quod non habuerit rationes ex quibus causam suam tueri possit, id ipsum, quod ita perdiderit, hac actione consequatur. sed an hoc procedat videamus....*

Supposto che per il rifiuto di produzione dei conti il cliente abbia perduto una causa contro un terzo, il giureconsulto dichiara che la successiva azione *in factum* contro il banchiere ha per oggetto l'intero ammontare della somma oggetto dell'altra causa, ma solo naturalmente proprio in quella ipotesi, che mancata la produzione ordinata dal pretore il cliente abbia perduta la causa effettivamente per questa ragione: *eo, quod non habuerit rationes, ex quibus causam suam tueri possit.*

Nè un argomento in contrario potrebbe trarsi dall'obiezione prospettata dal giureconsulto, che cioè, se il cliente sia in grado di provare presso il giudice dell'azione *in factum* che egli

(1) Cfr. D. 2, 13, 8, § 1 (Ulp. 4 ed.): *Is autem, qui in [hoc edictum] (hanc formulam) incidit, id praestat, quod interfuit mea rationes edi, cum decerneretur a praetore, non quod hodie interest. [et ideo licet interesse desiit vel minoris vel pluris interesse coepit, locum actio non habebit neque augmentum neque deminutionem] (?)*. L'ultima frase va emendata in qualche modo, come è dimostrato dall'*et ideo*, introducente se mai un'esemplificazione conforme alla regola, in cui v'ha appunto l'enunciazione di un principio contrario a quello della frase esemplificativa. Cfr. *Index Interp.*, adhlg.

avrebbe potuto vincere l'altra causa, sarà stato in grado anche in questa di provare pure senza i conti le sue pretese o le sue eccezioni. Questa obbiezione è ribattuta colla considerazione della possibilità che dopo la prima causa sia avvenuta la produzione del conto, o questo indipendentemente dalla volontà del banchiere sia venuto in possesso del cliente, o infine che costui possa presso il giudice dell'azione *in factum* servirsi di documenti o testimoni, di cui non aveva potuto giovare nel precedente giudizio.

Certo è però che in questo testo si può con tutta sicurezza constatare l'efficacia del contenuto del documento in quanto fonte di prova anche in un rapporto di cui esso è oggetto come cosa, chè anzi quell'efficacia deve attribuirsi alla natura stessa del documento, il cui valore economico è dato appunto dal suo contenuto e dalla sua funzione probatoria, che formano la base, come si è visto nel frammento di cui ci siamo fin qui occupati, sulla quale è dato liquidare il danno che dal rifiuto di produzione deriva.

Al nostro testo il RICCOBONO (1) ha applicato la sua opinione secondo cui la contrapposizione degl' *instrumenta* ai *testes* sarebbe giustiniana, onde alle parole *aliis instrumentis vel testibus* egli sostituisce: *aliis indicis*.

Già più sopra (2) abbiamo chiarito quello che secondo noi è il significato classico di *instrumentum*, nel quale si dovette comprendere semplicemente il documento del negozio giuridico e non gli altri mezzi di prova di carattere non documentale come invece ritiene il RICCOBONO, che su questa concezione della portata classica della parola *instrumentum* basa appunto l'ipotesi che ci interessa.

Le parole che egli ha appuntato nel nostro testo non mi sembrano pertanto da ritenere interpolate. Il giureconsulto classico potette benissimo parlare di *instrumenta* e *testes*, distinguendo

(1) SZ 34, 238.
 (2) P. 47 ss.

i due concetti, come le due principali categorie di mezzi con cui si possono provare i fatti della causa *apud iudicem*. Del resto la questione è stata ampiamente trattata in altra parte del presente lavoro e ciò esime da ulteriori argomentazioni.

§ 5.

Mi sembra opportuno, per agevolare la comprensione del *nocciolo* di questo capitolo, riepilogarne qui l'ossatura e accennare ai problemi fondamentali trattati.

azioni contrattuali	}	<i>a. ex stipulatu</i> : C. 6, 42, 24 (Diocl. et Max., a. 293).
		<i>a. empti</i> : D. 19, 1, 48 (Scaev. 2 resp.)
Obbligo all'esibizione di documenti può essere sancito da	}	<i>a. ad exhibendum</i> : D. 10, 4, 19 (Paul. 4 epit. Alf.) D. 9, 2, 42 (Iul. 48 dig.) (ma v., contro la genuinità del fr., pp. 246 ss.); D. 29, 3, 3 (Gai. 17 ed. prov.); D. 12, 3, 10 (Call. 1 quaest.); D. 47, 2, 30 (Paul. 9 Sab.); D. 10, 4, 3, 8 e 14 (Ulp. 24 ed.); D. 43, 5, 3, 5 (Ulp. 68 ed.); D. 47, 2, 29 (Ulp. 41 Sab.); D. 10 4, 18 (Ulp. 6 opin.); C. 3, 42, 4 (Alex., a. 230); C. 3, 42, 6 (Phil., a. 244); C. 2, 3, 26 (Diocl. et Max., a. 294).
		azioni non contrattuali

Obbligo all'esibizione di documenti può essere sancito da

azioni non contrattuali

a.es in factum D. 10, 4, 3, 14 (Iul. apud Ulp. 24 ed.)

in particolare a. in factum contro l'argentarius per l'editio rationum: D. 2, 13, 4-13, escerpiti da Gai. 1 ed. prov.; Call. 1 ed. mon.; Paul. 3 ed.; Ulp. 4 ed.; Mod. 3 reg.

Un caso di *extraordinaria cognitio* avente per fine l'esibizione di documenti riscontrammo in C. 3, 42, 9 (Diocl. et Max., a. 294). — Sui rapporti fra *a. ad exhib.* e *interdictum de tab. exhib.* cfr. pp. 244 sg., sulla minuta regolamentazione dell'interdetto cfr. *infra* nel § *I documenti come elementi di eredità*.

VII.

ATTI ILLECITI COMMESSI SU DOCUMENTI

§ 1. *Furtum instrumentorum, tabularum, cautionum, libellorum, epistularum.* — § 2. *Damnum iniuria datum* avente ad oggetto documenti. — § 3. *Iniuria* attuata con atti commessi su documenti. — § 4. Gli atti illeciti del diritto pretorio aventi per oggetto documenti.

§ 1.

Al furto di documenti appartengono poche ipotesi in cui venga in considerazione solo l'elemento reale, sia perchè la sussunzione di certi atti compiuti sul documento sotto la figura del furto è uno dei mezzi di tutela dell'interesse al contenuto, sia perchè il valore economico del documento è dato dal suo contenuto, considerato in rapporto alla funzione probatoria. In alcuni casi in cui, a prima vista, l'elemento reale del documento pare il solo attivo (1), la repressione del furto tutela anche e soprattutto l'interesse al contenuto cui fu recata offesa.

(1) Sul caso cui accenno nel testo circa l'apparente prevalenza dell'elemento reale cfr. D. 47, 2, 73 (Mod. 7 resp.) dove il presupposto è la lettura dei documenti fatta da Lucio *pro tribunali*, mentre l'autrice non li aveva consegnati al funzionario che avrebbe dovuto trasmetterli all'ufficio competente. Il responso dichiara trattarsi di furto, se i documenti, di cui si tratta, furono da Lucio sottratti di nascosto: qui evidentemente la sussistenza del furto, per quanto precede, è assisa su basi strettamente legate all'elemento reale dei documenti che ne sono oggetto, ma probabilmente con l'*actio furti* (sussordinata a quel presupposto materialistico), oltre la materiale sottrazione dei documenti, si intende punire anche la divulgazione *pro tribunali*, che lede l'interesse dell'autrice al contenuto dei documenti stessi.

Che già al tempo di Labeone fosse punito colla sanzione dell'*actio furti* (oltre colui che avesse sottratto un documento al proprietario) anche chi avesse cancellato il documento è affermato da D. 47, 2, 31, 1 (Ulp. 41 Sab.). Si quis tabulas instrumentorum rei publicae municipii alicuius aut subripuerit aut interleverit, Labeo ait furti eum teneri [: idemque scribit et de ceteris rebus publicis deque societatibus]. Il passo prospetta il caso relativamente a documenti *rei publicae municipii alicuius*, che intendemmo sopra nel senso di documenti in dominio di un municipio; ma al principio è attribuito, da testi che esamineremo, valore generale indipendentemente dal carattere pubblico della persona cui dei documenti spetta la proprietà. Il problema particolare aveva dovuto essere proposto a Labeone in quanto il colpevole apparteneva come *municeps* al municipio proprietario dei documenti, data l'esitazione di qualcuno a ritenere possibile l'esercizio dell'*actio furti* fra i due soggetti. Tale esitazione derivava dallo scarso sviluppo del concetto di persona giuridica (e dalla corrispondente difficoltà di astrarre il municipio dai *municipes*) (1).

Come con l'azione di furto possa essere punita, oltre la sottrazione delle *tabulae* che costituisce l'ipotesi materialisticamente elementare del *furtum*, la loro cancellazione, è spiegato dallo sviluppo che ebbe il concetto del furto durante l'epoca repubblicana (per cui si ha furto *generaliter*, ogni volta che avviene *invito domino* la *contractatio* di una *res aliena*).

L'azione tutelava l'interesse al contenuto del documento, com'è chiaro, dato che la cancellazione è possibile solo in rapporto ad oggetti che come i documenti abbiano carattere rappresentativo ed in cui la rappresentazione del contenuto sia attuata mediante la scrittura. L'intenzione del colpevole nella

(1) In epoca repubblicana doveva provvedersi con un'*actio popularis*, come generalmente nei casi di "Vergehen gegen die Allgemeinheit" (SIBER, *Röm. Recht*, I, p. 39; II, p. 223).

cancellazione è diretta inequivocabilmente a privare l'interessato dell'utilità probatoria del documento: secondo quanto si evince da altri frammenti, che verranno esaminati più sotto, la cancellazione deve essere tale da produrre l'illeggibilità del documento, o almeno, come pare più probabile, di una parte essenziale o comunque giuridicamente rilevante di esso, cosicché la dichiarazione o l'attestazione, che ne formavano il contenuto, non siano più rappresentate o lo siano parzialmente o infedelmente.

All'ipotesi, or ora studiata, di cancellazione del documento si riferisce anche D. 47, 2, 27, 3 (Ulp. 41 Sab.) dove, oltre l'azione di furto, è dichiarato aver luogo, in quanto la cancellazione implica una *corruptio* (1), l'*actio legis Aquiliae* che forma oggetto di altro paragrafo del presente capitolo. Sembra che si debba ammettere il cumulo dell'*actio furti* coll'*actio legis Aquiliae*, secondo il principio prevalente in tema di azioni penali (beninteso nel diritto classico, nel quale pure subiva deroghe), mentre per Giustiniano solamente quando fosse stata intentata prima l'*actio legis Aquiliae* dovette essere esperibile successivamente l'*actio furti*. È infatti opinione probabile e concorde (suffragata dai risultati della critica interpolazionistica) che la tendenza giustiniana si dispieghi nel senso di ammettere il cumulo solo nella misura in cui la seconda azione serva ad ottenere la differenza fra il vantaggio che l'attore avrebbe conseguito esercitandola per prima e quello minore che, esercitando l'altra, ha invece ottenuto.

D. 47, 2, 52, 23 (Ulp. 37 ed). « Si quis servo meo persuaserit, ut nomen suum ex instrumento puta emptionis tolleret: et Mela scripsit, et ego puto, furti agendum ». Il frammento propone il caso

(1) Nel testo la giustificazione del principio assume la forma — molto cara ai classici e caratteristica per le stiracchiature cui talvolta essi (Gaio informi) sono costretti — di una spiegazione etimologica del legame logico (*nam rupisse videtur, qui corruptit*).

di uno che ha indotto un mio schiavo a cancellare il proprio nome dal documento della compra-vendita che dello schiavo stesso io avevo conclusa, o — può supporre — che egli aveva conclusa. L'azione accordata da Mela e da Ulpiano (*ego puto*) è l'azione di furto. L'ipotesi di questo passo è un esempio (di quelli cui accennai sopra) di cancellazione — anzichè totale — di una parte essenziale del contenuto del documento, come è appunto il caso del nome dello schiavo oggetto (o soggetto?) della compra-vendita provata dal documento di cui trattasi. In presenza del nostro frammento sorge in un primo istante il dubbio contro chi si diriga l'*actio furti* da esso concessa. L'azione sembra competere sicuramente contro il consigliere del mio *servus* in quanto, poichè io sono l'attore ed un'*actio furti* fra padrone e schiavo è inammissibile, essa non potrebbe essere diretta contro lo schiavo. Quindi non resta, a me parte lesa, che rivolgermi contro colui *cuius consilio furtum factum est* (1).

D. 13, 6, 5, 8 (Ulp. 28 ed.) *Quin immo et qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur, ut Julianus libro undecimo digestorum scripsit. denique ait, si tibi codicem commodavero et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris [egoque hoc interlevero, si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario iudicio: si minus, neque me certiorasti ibi chirographum esse scriptum: etiam] teneris mihi, inquit, commodati, immo, ait, etiam furti, quoniam aliter re commodata usus es, quemadmodum qui equo, inquit, vel vestimento aliter quam commodatum est utitur, furti tenetur* (2).

(1) Sull'ammissibilità dell'*actio furti* contro colui *cuius consilio furtum factum est* v. per il diritto classico GAI, III, 202 e per il diritto giustiniano I. IV, 1, 11, che palesa la tendenza a restringere la responsabilità al caso dell'*ops*, con esclusione dell'ipotesi di *consilium*.

(2) Cfr. *Index Interp.*, adhlg.

È notevole che questo frammento non dia l'*actio furti*, in una ipotesi di cancellazione del documento meno complicata di quanto sembra (io ti ho comodato un *codex* non scritto e, poichè tu ci hai fatto redigere un chirografo dal tuo debitore, ho cancellato quanto era stato scritto nella mia carta). Il passo, come appare nella compilazione, distingue il caso in cui l'uso pattuito fosse appunto la redazione del documento (*si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo*) dall'altro in cui essa non rientrasse fra gli usi pattuiti. Come soluzione nella prima ipotesi, viene dichiarato che io sono tenuto col *contrarium iudicium*, e si può a prima vista pensare che il furto non si configuri, perchè io che ho cancellato il documento ne ero proprietario dato che il *codex* era mio. Si potrebbe concludere: se ho cancellato un documento, di cui spettava a me il dominio, se anche non ero io l'interessato al suo contenuto (tale era il mio commodatario), non ho potuto con ciò commettere furto su cosa mia. Anche qui, Gaio ci fornisce però un'informazione preziosa in modo da farci dubitare della rispondenza di quella conclusione (escludente il furto) al diritto classico: il proprietario può talvolta esser chiamato a rispondere, in casi speciali, di furto della cosa propria, come avviene pel debitore che sottragga il pegno al creditore. Per diritto classico poteva forse ravvisarsi furto anche nella *contrectatio* compiuta dal commodante sulla cosa commodata, quando essa venisse a ledere un interesse del commodatario. Il diritto giustiniano (in cui, quando al commodante è addossabile una responsabilità, questa si fa valere col *contrarium iudicium*, che è da molti ritenuto creazione bizantina) provvede semplicemente col *contrarium iudicium* accordato nel nostro passo. La questione della cancellazione del documento non doveva essere neanche toccata nel contesto genuino; così si spiega che, mentre ordinariamente si ritiene obbligato il commodante in base al comodato soltanto per i danni arrecati dalla cosa e per le spese incontrate dal com-

modatario, nel nostro frammento invece si allarghi irragionevolmente la cerchia degli obblighi del commodante *ex causa commodati*, facendovi rientrare la conseguenza di un atto che col comodato ha un legame molto meno intimo. Chi noti poi come la questione della cancellazione del chirografo (cioè il passaggio *egoque hoc interlevero, si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario iudicio*) non fa che spezzare la continuità fra il principio enunciato all'inizio del § e la relativa esemplificazione — quel principio si riferisce alla responsabilità del commodatario per l'uso della cosa — troverà un'altra conferma del sospetto di interpolazione. L'esempio, che Giuliano doveva dare, aveva per fine di mostrare come, per dato e fatto dell'uso illecito della cosa a lui comodata, il commodatario fosse tenuto coll'*actio furti* oltre che coll'azione contrattuale. Ma l'esempio in cui al presupposto della redazione del chirografo si aggiunge quello della cancellazione da parte del commodante è del tutto inadatto; quando invece il problema da discutere era quello, che il frammento esamina subito dopo, intorno alla responsabilità del commodatario, dichiarata sussistente nel solo caso che fra gli usi pattuiti non rientrasse la redazione del documento, e che il commodatario non avesse certiorato il commodante dell'avvenuta redazione. Quest'ultimo presupposto è a ragione attribuito ai compilatori, almeno nella forma in cui compare adesso, giacchè l'unico elemento rilevante era per il classico la persuasione o meno del commodatario che l'uso non pattuito fosse consentito dal commodante (e questo in relazione alla sola responsabilità per furto e non a quella per comodato, che con tutta probabilità in diritto classico sussiste egualmente). Infatti Gaio (III, 197) non dà, e non poteva logicamente dare (ciò, mi sembra almeno, s'intende facilmente), nessun valore all'informazione, data al commodante, del fatto compiuto (cfr. anche

i sospetti gravanti sul verbo *certiorare* e la critica del passo fatta dal BIONDI (1).

Abbiamo visto che nel nostro testo è considerato come un « *furtum* » la redazione di un documento quando questa costituisca un abuso della cosa commodata da parte del commodatario. Non rientra nell'ambito del mio lavoro l'approfondimento di tale questione, poichè, anzichè di un furto commesso su un documento già esistente come cosa, si tratta di un furto compiuto su cosa che non è ancora documento, col risultato di dare vita proprio ad un documento, di cui il *codex* comodato costituisce uno degli elementi materiali.

L'attuabilità del *furtum* mediante scrittura è negata dal D. 47, 2, 52, 19 (Ulp. 37 ed.). *Neque verbo neque scriptura quis furtum facit. hoc enim iure utimur, ut furtum sine contrectatione non fiat. quare et opem ferre vel consilium dare tunc nocet, cum secuta contrectatio est* (2). Il vero è che qui per *scriptura* i classici intendevano il semplice atto di scrivere considerato nella sua portata ideale: tanto che quel principio è spiegato colla necessità della *contrectatio* perchè si possa configurare il furto (3). L'ultimo periodo del passo il quale afferma che, perchè si possa perseguire coll'*actio furti* colui che ha dato aiuto o consiglio, occorre che sia seguita la *contrectatio*, in cui si risolve l'atto materiale del furto, vuole escludere che costituiscano un'attività punibile come furto, indipendentemente dal risultato raggiunto, le parole e gli scritti con cui taluno abbia aiutato o incitato un altro a commettere un furto (4).

(1) « *Judicia bonae fidei* » 92⁴.

(2) Cfr. HUVELIN, *Le furtum*, I, 402. Cfr. anche *supra*, p. 64.

(3) Cfr. la frase: *hoc enim iure utimur, ut furtum sine contrectatione non fiat*.

(4) Siamo dunque in una materia diversa da quella cui si riferisce il frammento dianzi esaminato. Ivi (cfr. sopra) nell'ipotesi di redazione del documento che costituisce abuso della cosa commodata, cioè *furtum usus*, la scrittura stessa è l'atto mediante cui la *contrectatio* viene realizzata.

Quindi possiamo passare all'esame delle regole relative alla determinazione dell'*id quod interest* nel furto di documenti nelle loro varie forme.

I casi annoverati sono i seguenti :

1° D. 47, 2, 27, pr. (Ulp. 41. Sab.) Qui tabulas vel cautiones amovet, furti tenetur non tantum pretii ipsarum tabularum, verum eius quod interfuit: quod ad aestimationem refertur eius summae, quae in his tabulis continetur, scilicet si tanti interfuit [, ut puta si chirographa aureorum decem tabulae fuerint, dicimus hoc duplicari (?)] (1).

La pena del furto di *tabulae vel cautiones* secondo questo frammento non è mai calcolata sulla base del prezzo delle *tabulae* intese come la materia di cui sono fatti i documenti. Invece essa si computa in base all'*id quod interfuit*, cioè al contenuto patrimoniale del documento.

2° D. 47, 2, 27 pr. quod si iam erant inanes, quia solutum proponebatur, numquid ipsarum tantum tabularum pretii videatur esse aestimatio facienda? quid enim interfuit huius? [sed potest dici, quia nonnumquam debitores tabulas sibi restitui petant, quia nonnumquam calumniantur debitores quasi indebito soluto, ab his interesse creditoris tabulas habere, ne forte controversiam super ea re patiatur]. < ?? > [et generaliter dicendum est in id quod interest duplari]. In questa parte il passo si occupa del caso in cui il furto avesse per oggetto il documento di un credito pagato, il quale perciò è *inanis* in quanto vuoto di contenuto (2) (cfr. la frase *quod si-patiatur*). La pena deve in questa ipotesi consistere nel prezzo delle *ta-*

(1) Cfr. LENEL, *Pal.* adhg.; KRÜGER, adhg. — Sulla *regula* « quod ad aestimationem refertur eius summae, quae in his tabulis continetur...., etc. », v. HUVELIN, *op. cit.*, 722.

(2) Nell'*Handlexicon* dell'HEUMANN-SECKEL (9ª ediz., p. 254) il senso traslato di *inanis*, in frasi come quella del nostro testo, è spiegato: « *leer, eitel, grundlos, nutzlos, zwecklos, unwirksam* ».

bulae, giacchè nessun altro interesse del creditore (se, come pare derivi dalle premesse, il documento non gli offre alcuna utilità probatoria) sussiste dopo il pagamento? Questo si domanda il testo come appare nella compilazione. La risposta a questa domanda costituisce un periodo sconclusionato che comincia con un *sed potest dici*, e continua con due proposizioni causali introdotte ciascuna con *quia nonnumquam* le quali danno le ragioni per cui è interesse del creditore possedere le *tabulae* anche dopo il pagamento per evitare qualunque possibile controversia. L'obbligo del creditore pagato di restituire il documento vedemmo non essere attestato da fonti anteriori a Diocleziano. Non occorre poi, pare, insistere sulla natura diversa che avrebbe nell'uno e nell'altro caso l'interesse del creditore al possesso del documento, derivante dal diverso atteggiarsi del documento nelle due ipotesi. Nel primo caso (*quia nonnumquam debitores tabulas sibi restitui petant*) esso sarebbe in quanto *cosa* l'oggetto della pretesa avversaria, mentre nell'altro caso (*quia nonnumquam calumniantur debitores quasi indebito soluto*) il documento sarebbe la fonte di prova contro la pretesa stessa, in quanto *istituto di diritto processuale*, e in un aspetto dunque del tutto diverso. Tale complesso di indizii, ora esposto, induce a ritenere fattura compilatoria l'intero periodo; si potrebbe forse aggiungere, che per Giustiniano il possesso del documento del credito pagato dovette assumere tanta importanza per la preminenza del documento come fonte di prova. Nè è possibile dire a questo punto, se per diritto classico l'*id quod interest* del creditore pagato si calcolasse nell'*actio furti* contro il ladro del documento, sulla base della prestazione provata dal documento stesso, mentre vedremo che almeno in un'ipotesi particolare l'*id quod interest* del debitore che ha pagato si calcolava appunto in quella maniera. Nel nostro testo, poi, come è con ogni probabilità divenuto necessario a causa dell'aggiunta del periodo interpolato, fu anche formulata

a guisa di conclusione la regola che generalmente la pena consiste nel doppio dell' *id quod interest*. Questa regola non lascia dubbii sulla sua provenienza: il *generaliter* è l'indice formale dell'intervento del compilatore, e logicamente la frase non costituisce affatto il sunto delle norme dettate in precedenza (1). Abbiamo visto che queste indicano i criterii che sono seguiti per la determinazione dell' *id quod interest* il quale rappresenta sempre la base per stabilire l'ammontare della pena. Che la pena poi (nel caso concreto) si calcoli raddoppiando anzichè triplicando o quadruplicando l'*id quod interest*, è cosa dipendente dal carattere del furto che sarà non manifesto (invece che manifesto o *conceptum* o *oblatum* o *prohibitum*: cfr. Gai, III, 189-192).

3° L'ipotesi accennata di pena del furto di documento del credito pagato calcolata sulla base della somma costituente la prestazione è prospettata dal D. 47, 2, 83 (82), 3 (Paul. 2 sent.) (2). E non è poco interessante l'osservazione che qui l'interesse tutelato coll'*actio furti* è quello del debitore il quale nel documento annullato ha una prova dell'eseguito pagamento.

4° Che la fonte di prova costituita dal documento rubato non sia l'unica a disposizione dell'interessato, è il presupposto della questione fatta dal D. 47, 2, 27, 1 (Ulp. 41 Sab), in cui è prospettato appunto il caso che (oltre al chirografo rubato) il creditore abbia fra le altre prove la *mensae scriptura*. Ci si domanda se anche in questa ipotesi la pena del furto debba essere calcolata raddoppiando la somma contenuta nel chirografo, per rispondere alla domanda in senso negativo, in base al ragionamento che

(1) L' interpolazione della regola fu vista già dal DE FRANCISCI, *Συνέλλαγμα*, 2, p. 89.

(2) È il § 32 del tit. 31 del II libro delle Sentenze di Paolo, e comincia coll'enumerazione del principio che la pena del furto di documenti di credito si computa fondandosi sull'ammontare della prestazione, tenendosi ferma questa regola in ogni caso, anche se il documento era stato annullato, in prova dell'avvenuto pagamento del credito di cui trattasi.

nessun interesse del creditore è stato leso, una volta che egli può provare il suo credito con altre fonti di prova.

Come il caso ora rammentato, è risolto nel nostro frammento anche quello del documento redatto in doppio esemplare, a proposito del quale è ribadito il concetto che il creditore, rimanendo garantito dal possesso dell'altro esemplare del chirografo, non perde niente più del valore materiale dell'esemplare rubatogli. Per conseguenza, in tutte queste ipotesi soltanto dal prezzo delle *tabulae* si calcherà, raddoppiandolo nel caso di furto non manifesto (triplicandolo o quadruplicandolo negli altri casi), la pena che dovrà essere inflitta al ladro. Non sussisterà in altre parole un interesse alla utilità probatoria del documento, una volta che il suo contenuto può essere provato *aliunde*; e la possibilità dell'utilizzazione di una diversa fonte di prova (sia essa un altro documento, oppure sia un differente mezzo di prova) va stabilita caso per caso con riguardo a mere circostanze di fatto. Non esistono nel diritto classico norme giuridiche per cui il documento in confronto ad altre fonti di prova, o una forma di documento, in confronto ad altre forme di documento, costituisca l'unica fonte di prova utilizzabile.

Dallo stesso ordine di idee è ispirato D. 47, 2, 27, 2 (Ulp. 41 Sab.): dove la questione è trattata relativamente alla quietanza. Il regime, che pei documenti di credito abbiamo esaminato ora attraverso le fonti, vige anche, a stare a questo passo, pei documenti di pagamento: già in rapporto ai documenti di credito annullati abbiamo visto che, in conformità del contenuto di tali documenti, è interessato alla loro utilità probatoria il debitore che ha pagato. Con perfetta analogia, quando il documento rubato sia una quietanza e abbia perciò la capacità di provare un fatto favorevole agl'interessi del debitore che ha pagato, la pena da infliggersi al ladro a favore del debitore si calcola in base all'ammontare del debito pagato. È questo l' *id quod interest*, ossia l'interesse a potere provare contro il creditore che è effet-

tivamente avvenuto il pagamento del debito. La responsabilità del ladro non può però essere calcolata sulla base di quell'interesse se il debitore ha anche altre prove del pagamento; ma, poichè come nei casi precedenti cessa qualunque interesse all'utilità probatoria del documento, vale il principio che il ladro *furti tenetur tantum pretii ipsarum tabularum*, il quale fa sì che la pena sia rigorosamente proporzionale alla lesione di interesse prodotta dal delitto, e quindi minima quando quella lesione si riduca alla perdita di una cosa di pochissimo valore, quale viene considerato dal nostro passo un documento il cui contenuto si possa provare con qualche altro mezzo a disposizione dell'interessato. La decisione non tien conto tuttavia del rilievo che un indebolimento nel complesso delle prove si verifica, nel senso che diminuisce sempre la possibilità o la facilità della prova; il documento che rimane all'interessato potrà anch'esso perire, ed ecco che in tale caso egli avrà perduta la possibilità di provare le sue pretese o difese (proprio a causa del furto, che gli ha sottratto il primo dei mezzi di prova a sua disposizione).

5° Analoga alle questioni precedenti è, almeno nei rapporti fra il documento rubato e altre fonti di prova, l'obbiezione riferita da Paolo in D. 47, 2, 32 pr. (Paul. 9 Sab.) secondo cui la pena dell'*actio furti* dovrebbe basarsi sempre sulla sola stima del valore delle *tabulae*, giacchè se fosse possibile provare l'entità di un lesio interesse all'utilità probatoria la lesione non esisterebbe (1), e, se questa realmente esistesse, non sarebbe mai possibile determinarne l'ammontare. Che il ragionamento

(1) Se il derubato potesse provare il contenuto del documento contro il ladro, potrebbe provarlo anche nella causa contro la controparte, ma in tal caso gli rimarrebbe una possibilità di prova, e allora si ricadrebbe nelle ipotesi esaminate al n. 4, in cui il furto non produce lesione dell'interesse all'utilità probatoria derivante dal documento. Se sussistesse invece realmente l'impossibilità di provare il contenuto del documento (cioè la lesione dell'interesse all'utilità probatoria), sarebbe impossibile provare, nell'*actio furti*, la vera entità della lesione di quell'interesse, sulla cui base la pena si dovrebbe stabilire.

riassunto sia facilmente confutabile non sfugge a Paolo — come non sfugge a Gaio la cui critica (in sede affine) dello stesso ragionamento fu altrove commentata — il quale osserva, riproducendo uno degli argomenti gaiani, che nell'intervallo fra la consumazione del furto e l'esercizio dell'*actio furti* l'attore può avere recuperato le *tabulae*. La prova della lesione subita col furto, in ordine alla funzione probatoria dei documenti, una volta recuperati questi, è facilissima, e ciò dimostra la inconsistenza dell'obbiezione che Paolo non si affanna a confutare ulteriormente. Ma a questo proposito si potrebbe osservare: che bisogno avevano i classici di preoccuparsi dell'*id quod interest*, del danno prodotto dal furto, una volta che l'*actio furti* è meramente penale, e non ha funzione di risarcimento? Si sia o no verificato il danno, il calcolo della pena — si potrebbe continuare — si effettuerà sul valore della cosa rubata (il documento), e non importerà niente che non si possa provare il danno subito. — Per ribattere questa possibile obbiezione, basta notare che il valore del documento sta normalmente — come abbiamo visto — nel suo contenuto, nella sua utilità probatoria. Varia quindi col variare di questa. Insomma questo del documento oggetto di furto è un caso in cui (per la peculiarità del valore economico di esso) il *quanti ea res erit* — il valore della cosa — coincide ordinariamente coll'*id quod interest*. — Dunque l'obbiezione cui risponde Paolo era grave, e meritava di essere confutata: abbiamo visto come egli la combattesse. Assai più teoricamente si potrebbe ribatterla coll'osservazione che, nei pochi casi in cui sarà realmente impossibile la prova dell'entità della lesione, tale impossibilità sarà un *quid* contingente e tutt'altro che giuridicamente necessario.

D. 47, 2, 32, 1 (Paul., 9 Sab.) [De lege Aquilia maior quaestio est, quemadmodum possit probari, quanti eius intersit: nam si potest alias probare, non patitur damnum.] quid ergo, si forte pecuniam sub condicione credit et interim testium ei copia

est, testimonio quorum probationem habeat, qui possunt mori pendente condicione? aut puta me petisse creditum, et, quia testes et signatores, qui rem meminissent, praesentes non haberem, victum rem amisisse: nunc vero, cum furti agam, eorum memoria et praesentia ad fidem creditae pecuniae uti possum.

Anche in questo § 1 si trova qualche accenno alla questione che stiamo esaminando, dopo un periodo relativo al danno aquiliano, e una frase che sostanzialmente, anzichè colla questione trattata nel principio del nostro frammento, è collegata piuttosto al problema da noi esaminato al num. precedente (determinazione dell'*id quod interest* quando il derubato dispensa di altre prove del contenuto del documento). Questa frase prospetta un caso in cui si avverte la consistenza dell'obbiezione da me formulata a quel proposito (nell'ipotesi di furto di documento di credito condizionale i testimoni che al momento dell'*actio furti* provano il contenuto del documento possono morire durante la pendenza della condicione). È questo un esempio tipico del fatto che la sussistenza di un'altra prova a disposizione del derubato all'epoca dell'*actio furti* non impedisce il verificarsi della lesione dell'interesse all'utilità probatoria. Di fronte a questa difficoltà, il compilatore non ha proposto una soluzione: nè siamo informati del sistema seguito dai classici, in un caso del genere, per determinare l'*id quod interest*: tuttavia si può ammettere che la cosa abbia assunto particolare importanza nel diritto giustiniano. Infatti, poichè la valutazione delle prove è in quest'epoca sottoposta ad una serie di regole, in base a cui deve comportarsi il giudice, Giustiniano (lo vedremo in casi analoghi) dovette escogitare espedienti che permettessero di smussare le norme di diritto probatorio, nel senso che il derubato non si vedesse colpito da una lesione dichiarata inesistente, e che d'altra parte il colpevole non subisse la pena di una lesione effettivamente inesistente.

Esempio veramente calzante, che riesce a dimostrare ancora la inconsistenza dell'obbiezione riferita da Paolo, è invece quello seguente: io non ho potuto, a causa dell'assenza dei testimoni, provare, contro il mio debitore, il contenuto del documento di credito rubatomi. Sono rimasto quindi soccombente nella causa, mentre, ora che agisco (contro il ladro del documento) coll'*actio furti*, posso servirmi di quei testimoni per la prova del credito. La frase riassunta sostanzialmente illustra un esempio offerto a proposito di una questione affine da Gaio in D. 2, 13, 10, 3 cit. e può quindi essere attribuita a Paolo senza scrupoli.

6° E a questo punto esaminiamo l'insegnamento che D. 47, 2, 28 (Paul. 9 Sab.) dà circa la responsabilità di chi *subripuit prius quam deleat tabulas* (1). La pena che in questo caso il giurista ritiene doversi infliggere al ladro si calcola sulla base del solo interesse a che il documento non fosse portato via, e per il fatto della distruzione essa non subisce nessun aumento, giacchè l'interesse leso con questo atto era già stato leso al massimo grado colla *surreptio*. Con una stessa azione la lesione di uno stesso interesse (in questa guisa deve avere ragionato Paolo), ottenuta con due atti distinti, di cui il primo conteneva già gli estremi del delitto, non può essere punita doppiamente, dal momento che essa non cresce di intensità per il compimento del secondo atto, la *deletio*, che tien dietro alla *surreptio* (2).

Non occorre adesso insistere sull'assoluta preponderanza del contenuto nella determinazione del valore patrimoniale del

(1) Cfr. anche i testi studiati sopra, che considerano furto la cancellazione del documento, e le osservazioni da me fatte; sembra che lo sviluppo del concetto di furto spieghi come, anche nell'ipotesi di distruzione, Paolo, dal cui libro 9 *ad Sabinum* è escerpito il fr. 28, vedesse la *contrectatio*, che del furto è uno degli elementi.

(2) Lo stesso risultato è raggiunto dai penalisti moderni mediante un ragionamento del tutto diverso, quando affermano che, posti in essere gli elementi costitutivi di un reato (e, se si tratta di un reato circostanziato, le circostanze), nessuno degli atti che non siano elementi costitutivi, o circostanze, perfezionanti un reato di altro tipo può modificare l'imputazione di chi li ha compiuti.

documento che abbiamo visto essere intrecciata alla funzione probatoria adempiuta dal documento in quanto istituto giuridico. È questa la linea che guida i giureconsulti romani nello stabilire le regole esaminate, le quali costituiscono uno degli esempi più tipici dell'efficacia che il contenuto del documento, o, se più piace, l'elemento ideale, esercita nella configurazione di rapporti giuridici, di cui esso è suscettibile al pari di ogni altra cosa in virtù dell'elemento reale che ne forma il sostrato.

Interessante è anche D. 47, 2, 14, 17 (Ulp. 29 Sab.): Si epistula, quam ego tibi misi, intercepta sit, quis furti actionem habeat? et primum quaerendum est, cuius sit epistula [, utrum eius qui misit, an eius ad quem missa est]? et si quidem dedi servo eius, statim ipsi quaesita est, cui misi: si vero procuratori < non > aequae [(quia per liberam personam possessio quaeri potest)] ipsius facta est [maxime si eius interfuit eam habere]. quod si ita misi epistulam, ut mihi remittatur, dominum meum manet [quia eius nolui amittere vel transferre dominium]. quis ergo furti aget? is cuius interfuit eam non subripi, id est ad cuius utilitatem pertinebant ea quae scripta sunt. et ideo quaeri potest, an etiam is, cui data est perferenda, furti agere possit. et si custodia eius ad eum pertineat, potest: sed et si interfuit eius epistulam reddere, furti habebit actionem. finge eam epistulam fuisse, quae continebat, ut ei quid redderetur fieretve [: potest habere furti actionem: vel si custodiam eius rei recepit vel mercedem perferendae accipit. et erit in hunc casum similis causa eius et cauponis aut magistri navis: nam his damus furti actionem, si sint solvendo, quoniam periculum rerum ad eos pertinet] (1). Si tratta qui della legittimazione attiva all'*actio furti* per *interceptio* di una lettera (cfr. p. 128).

(1) Cfr. *supra*, pp. 128-131; KNIEP, *Vacua possessio*, 221 sg.; KRÜGER, ad. h. l.; SCHULZ, *SZ* 32, 63; ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*² 130; BESELER, *Beiträge*, 3, 22; VÁZNY, *Ann. del Sem. giur. Pal.*, 12, 122.

Anche in questo frammento è ripetuto, dopo l'esame della questione della proprietà, che già in altra parte del lavoro fu approfondito, il principio generale che legittimato attivamente è l'interessato alla non sottrazione della lettera. Anche l'applicazione di questo principio è basata sul contenuto della lettera rubata, in quanto interessato è colui *ad cuius utilitatem*, secondo le parole del testo di Ulpiano, *pertinebant ea quae scripta sunt*. La determinazione di questa persona (cioè del soggetto della *utilitas*), molto più facilmente che in rapporto alle lettere non aventi contenuto giuridicamente rilevante, ossia non costituenti documenti, le quali per il nostro studio non hanno diretta importanza, sarà raggiungibile in relazione a quelle lettere che hanno carattere di documenti. A questa enunciazione segue la domanda se anche colui cui fu dato l'incarico di portare la lettera possa agire coll'*actio furti*: può nei limiti in cui risponda della *custodia* della lettera e quindi del furto, secondo un principio generale, applicabile in una quantità di casi. Nel funzionamento di questo principio il contenuto del documento non viene in considerazione, dato che, come è evidente, l'elemento reale è quello attivo. Certo, nel periodo seguente è di nuovo richiamato un interesse fondato sul contenuto (1); e, anche a tutela di questo interesse prettamente documentale in quanto relativo al contenuto della lettera, viene accordata al portalelettere, che ne è il titolare, l'azione contro il ladro. Il resto del frammento dalle parole *potest habere* sembra un rifacimento post-classico: la frase *potest habere furti actionem*, che rappresenta una ripetizione, è per giunta una ripetizione peggiorativa, poichè sostituisce il dubitativo *potest habere* al categorico *habebit*, molto più conforme alla logica di un ragionamento in forma generale.

(1) Secondo l'esempio che è recato da Ulpiano, il portalelettere ha interesse a recapitare la lettera nel caso in cui questa contenga l'ordine o la preghiera, *ut ei quid redderetur fieretve*.

Ripetizione è anche l'accento alla custodia, che, quasi non si trattasse di presupposti coincidenti, è seguito dalla menzione del caso in cui il trasporto sia fatto contro mercede, cioè si inquadri nella categoria della *locatio operis* anzichè in quella del mandato. Menzione, anche questa, che si può considerare inutile, dal momento che sembra naturale l'estensione della responsabilità per custodia ad ogni caso di *locatio operis* (1); giacchè in diritto romano il criterio discretivo della locazione dal mandato è la gratuità, secondo quanto vedemmo sopra nello studio del trasporto del documento, fatto allo scopo di incasellare questa attività entro le figure giuridiche tipiche del diritto romano (2). L'affinità della posizione del portatore a quella del padrone di albergo o del capitano di naviglio, mentre deriva dall'eguale grado di responsabilità prestata in entrambi i casi (*custodia*), ribadisce ancora la legittimazione attiva del portatore nell'ipotesi (che si verifica quando il trasporto sia incasellabile nella figura della locazione) in cui egli risponda della custodia verso il mittente.

(1) Così a un dipresso anche l'ARANGIO-RUIZ, che desume la classicità della menzione della *merces* dal confronto coi noti passi di Gaio dove la responsabilità per custodia si riallaccia alla percezione della mercede. Il maestro napoletano pensa che il giurista abbia scritto: « *et ideo quaeri potest, an etiam is, cui data est perferenda, furti agere possit, et si custodia eius ad eum pertineat, potest, vel si mercedem perferendae accipiat, et erit in hunc casum similis causa eius etc.* »; *Responsabilità contrattuale*, pag. 130 dell'edizione del 1933. — Il VAZNY al contrario (*l. c.*) trova che il comune elemento di analogia fra la responsabilità del *nauta* e quella del *conductor perferendae epistulae* — rappresentato dal « *mercedem accipere* » — non può funzionare per il nostro caso « nel diritto classico, ove la responsabilità del *nauta* aveva la base giuridica nel *receptum*, e non si poteva estendere analogicamente all'infuori del *receptum* », mentre tale analogia « è possibile nel diritto giustiniano, ove il *receptum* è quasi svanito e la responsabilità del *nauta* assume effettivamente (se non *expressis verbis*) per sua base il *mercedem accipere* e perciò può essere estesa ad ogni conduttore qui *mercedem transportandae rei accipit* ».

(2) Si vedano le conclusioni a cui a quel proposito giungemmo: mandato e locazione sono le due sole figure giuridiche di contratto, entro le quali può essere inquadrato il trasporto, e l'assegnazione, all'una o all'altra, si basa sull'elemento della gratuità. Si tenga presente il rilievo che il documento oggetto del trasporto non modifica di esso la struttura essenziale: vi predomina cioè l'elemento reale.

§ 2.

Quando l'atto commesso sul documento arrechi un danno del tipo previsto dalla legge Aquilia, compete al danneggiato l'*actio legis Aquiliae*; così nell'ipotesi prospettata da D. 9, 2, 42 (Iul 48 dig.) « *Qui tabulas testamenti depositas [aut alicuius rei instrumentum] ita delevit, ut legi non possit, depositi actione [et ad exhibendum] tenetur [, quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit]. legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit: corrupisse enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit* » (1).

Qui il presupposto di applicabilità dell'azione consiste in una distruzione delle tavole testamentarie, *aut alicuius rei instrumenti* (così un'aggiunta che già nell'esegesi del frammento fatta ad altro proposito ritenemmo compilatoria), tale da produrre l'illeggibilità. Il passo accorda anche, nel caso di distruzione fatta dal depositario, l'*actio depositi* e, per effetto di una interpolazione eseguita in conformità dell'allargamento della legittimazione passiva, l'*actio ad exhibendum*. Dichiara poi: *legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit*, in una frase che rispecchia esattamente il diritto classico (cfr. p. 279). A giustificazione della concessione dell'azione è addotto il rilievo (interpretativo), che si può ben dire « *corrupisse tabulas et qui eas interleverit* » (si tratta infatti di cancellazione, dal momento che, come è detto prima, ne consegue semplicemente l'illeggibilità). Già la giurisprudenza pregaiana aveva riconosciuto il valore di *corrumpere* alla parola *rumpere* adoperata dalla legge Aquilia nel terzo capo. Nella concessione che osserviamo qui (per il caso di cancellazione) dell'*actio legis Aquiliae*, si nota un fenomeno, che si ripeterà in tutte le ipotesi che esamineremo in questo pa-

(1) Cfr. *Index interp.*, ad h. l.

ragrafo; vale a dire, in tutti i casi, l'azione è un mezzo di tutela dell'interesse al contenuto del documento.

Il principio che per la cancellazione di documenti ha luogo l'*actio legis Aquiliae* è ribadito nel D. 47, 2, 27, 3 (Ulp. 41 Sab.) (1) ed è spiegato col riconoscimento del valore di *corrumpere* al *rumpere* del capo 3 della legge.

D. 9, 2, 41, 1 (Ulp. 41 Sab.) Interdum evenire Pomponius eleganter ait, ut quis tabulas delendo furti non teneatur, sed tantum damni iniuriae, ut puta si [non animo furti faciendi, sed tantum damni dandi delevit: nam furti non tenebitur: cum facto enim etiam animum furis furtum exigit] <??>. In questo frammento è attribuito a Pomponio (Pomponius eleganter ait) il criterio secondo cui si sarebbe applicata (nel caso di distruzione delle tabulae) l'*actio furti* oltre l'*actio legis Aquiliae*. Il colpevole sarebbe stato tenuto, anzichè con entrambe le due azioni ricordate, soltanto con l'*actio damni iniuriae interdum*, cioè se avesse distrutto le *tabulae* senza l'*animus furti faciendi* (*sed tantum damni dandi*). L'interpretazione data dal DE FRANCISCI (2) a questa opinione, confrontata con quella espressa da Ulpiano nel testo esaminato da me immediatamente prima e con maggiore ampiezza nel paragrafo sul furto, sembra non del tutto esatta, in quanto conclude che i due criteri, quello dell'*amovere* e quello dell'*animus furti faciendi*, danno in maniera diversa l'elemento decisivo per applicare l'*actio legis Aquiliae* o l'azione di furto. In altri termini il De FRANCISCI vede nei due criteri le norme per la scelta fra le due azioni, sfuggendogli il

(1) Il passo è studiato nel § 1 relativo al furto di documenti ed ivi anche la questione del concorso fra l'*actio furti* e l'*actio legis Aquiliae* viene esaminata. È opportuno qui rammentare che già fu osservato in generale come almeno fino a Gaio la giurisprudenza non s'era spinta, per ciò che riguarda la natura del danno, se non a riconoscere al « rumpere » del c. 3 della legge Aquilia il valore di « corrumpere ». Il frammento che cito nel testo è posteriore a Gaio, in quanto proviene dal libro quarantesimoprimo *ad Sabinum* di Ulpiano: cfr. ROTONDI in *Scr. giur.*, II (p. 458).

(2) *Συνάλλαγμα*, 2, p. 88 sg.

vero problema, che è quello dell'eventuale concorrenza fra esse. Il D. 47, 2, 27, 3 dichiara infatti che nel caso di cancellazione e non di amozione ha luogo anche l'*actio legis Aquiliae* (*non tantum furti actio locum habet, verum etiam legis Aquiliae*); il D. 9, 2, 41, 1, attribuente il diverso criterio a Pomponio, gli fa dire che il danneggiante al quale manchi l'*animus furti faciendi* risponde *soltanto* di *damnum iniuria datum* e non anche di furto. Così, secondo il primo testo, nel caso di *amotio* del documento ha luogo l'*actio furti*, mentre nel caso di cancellazione hanno luogo l'*actio furti* e l'*actio legis Aquiliae*; secondo l'altro frammento, chi distrugge i documenti risponde di *damnum iniuria datum*, se la distruzione avviene *animo tantum damni dandi*, risponde invece anche di furto, se la distruzione avviene *animo furti faciendi*.

Inoltre, se teniamo presente la negazione fatta dall'ALBERTARIO della classicità dell'*animus furandi* o *furti faciendi* (1), conviene dubitare della genuinità del nostro passo, giacchè l'*animus furti faciendi* è in esso dedotto in qualità di elemento costitutivo del furto (2). In questo dubbio riesce impossibile, naturalmente, la ricostruzione dell'esempio di Pomponio, nel quale chi aveva distrutto le *tabulae* rispondeva soltanto di *damnum iniuria datum* e non di furto. Ma, una volta che l'elemento essenziale del furto classico è la consapevolezza della contraria volontà dell'avente diritto, mentre per il danno aquiliano basta la mera imputabilità, nel senso di nesso causale fra fatto e danno, probabilmente a quel criterio Pomponio si richiamava.

(1) *Animus furandi*: contributo alla dottrina del furto nel diritto romano e nel diritto bizantino, Milano, 1923.

(2) Ancora più forte si fa il sospetto di interpolazione, se consideriamo l'antitesi fra *animus furti faciendi* e *animus damni dandi*, bizantineggiante e non solo per la forma: può essere ritenuto, dopo le note ricerche del ROTONDI (*Scritti giuridici*, II, p. 452 sg.), che i classici fossero lontani le mille miglia dal reputare elemento costitutivo del danno aquiliano il dolo e molto meno il dolo specifico, corrispondente all'*animus damni dandi*.

Del resto, si discusse tra i giureconsulti classici se, quando oggetto della distruzione fossero le tavole del testamento, competesse e a chi l'*actio damni iniuriae*. Ciò si domanda appunto D. 9, 2, 41 pr. (Ulp. 41 Sab.), che è il testo fondamentale su questo argomento (1). Contrario alla applicazione dell'*actio legis Aquiliae*, secondo quanto ce ne riferisce appunto lo stesso Ulpiano in quel frammento che abbiamo or ora citato, era Marcello; per questo giurista, tale azione è inapplicabile, giacchè nel caso del testamento l'*aestimatio* è impossibile, ossia un contenuto come quello del testamento, che abbraccia disposizioni svariate e si ricollega ad un'origine personale prima che patrimoniale, non può costituire la base della liquidazione del relativo interesse. Nel concetto di Marcello, insomma, è il carattere del contenuto del testamento che non permette di configurare la distruzione del relativo documento come *damnum iniuria datum*. Il frammento continua: *ego apud eum notavi etc.*: ora questo *ego* non pare sia Ulpiano, che non ha scritto nessun commento a Marcello: l'*ego* dev'essere invece proprio Marcello, il quale nei suoi digesti riferiva e correggeva in quella forma l'opinione probabilmente appartenente a Giuliano. Tale opinione, egli osserva, è vera per quanto concerne il testatore, dato che il suo interesse alla conservazione del documento delle sue ultime volontà, e quindi alla prova e all'attuazione di esse dopo la sua morte, non è suscettibile di valutazione. Ma invece (e qui il contenuto del documento assurge a fulcro della questione) per gli eredi e i legatarii l'interesse al contenuto delle tavole del testamento considerate nella loro funzione probatoria (a maggior ragione se si pensasse a un valore costitutivo) ha carattere strettamente patrimoniale (e come tale è ben valutabile). Quando Marcello dice che pei beneficiati il testamento è come un chirografo, la verità affermata è appunto questa, che, come

(1) Su di esso cfr. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα*, 2, pp. 88-90.

il chirografo pel creditore, così il documento del testamento pei beneficiati costituisce fonte di prova di pretese patrimonialmente valutabili. La distinzione fra la natura dei due interessi, e le conseguenze trattene da Marcello, permettono di affermare che la *actio legis Aquiliae* tutela l'interesse al contenuto del documento solo quando esso ha carattere patrimoniale. Al caso del chirografo distrutto appunto Marcello (lo riferisce Ulpiano, nel nostro frammento) riteneva applicabile, a tutela dell'interesse patrimoniale del creditore al contenuto del documento, l'*actio legis Aquiliae*: *Ibidem Marcellus scribit, chirographo deleto, competere legis Aquiliae actionem*.

Da questa azione medesima è punito, secondo quanto è detto in D. 10, 2, 16, 5 (Ulp. 19 ed.), il coerede che abbia distrutto o cancellato le *rationes* ereditarie: non è difficile scorgere anche qui la patrimonialità dell'interesse dei coeredi leso colla distruzione o colla cancellazione, giacchè il contenuto delle *rationes* che ne forma il termine, essendo sempre esclusivamente patrimoniale, non presenta un ostacolo teorico alla valutabilità economica dell'interesse leso. Non si esclude con ciò che in pratica, una volta distrutti o cancellati i conti, la prova dell'entità dell'interesse possa essere difficilissima (1).

D. 9, 2, 40 (Paul. 3 ed.) In lege Aquilia, si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub condicione mihi pecunia debita fuerit, et interim testibus quoque id probare possim, qui testes possunt non esse eo tempore, quo condicio extitit [], et si summatim re exposita ad suspicionem iudicem adducam, debeam vincere: sed tunc condemnationis exactio competit

(1) Tutto ciò, che può in taluni casi rendere praticamente impossibile (per l'impossibilità della prova, conseguente, come può accadere, alla distruzione o cancellazione) l'esperimento dell'azione, è circostanza di fatto che non infirma il principio, il quale — nonostante tutto — resta fermo (è ammissibile la valutazione dell'interesse, ma, mancando gli elementi per compirla nel caso concreto, è necessario rinunziarvi).

cum debiti condicio extiterit: quod si defecerit, condemnatio nullas vires habebit] <??> (1).

È interessante il caso discusso in questo frammento, perchè vi s'intrecciano l'*actio legis Aquiliae* per distruzione di chirografo (*si deletum chirographum mihi esse dicam*) e il carattere condizionale del debito relativo. Questa decisione attribuita a Paolo presuppone l'ipotesi della distruzione di un chirografo condizionale; al momento dell'esercizio dell'*actio legis Aquiliae*, il creditore può provare il credito con testimoni. Si dovrebbe dunque ritenere che, come in ogni altro caso, in cui la pretesa provata dal documento rubato o distrutto possa essere provata *aliunde*, nessun interesse del creditore alla prova sia stato leso (v. § 1, n. 4). Invece si tiene conto della possibilità che i testi vengano a mancare durante la pendenza della condizione apposta al credito. Nel nostro passo il mezzo disposto all'uopo, sostituito, pare, alla procedura ordinaria, è una sommaria esposizione delle circostanze fatta dal danneggiato, tale da indurre in sospetto il giudice, nel qual caso (dice il testo) il creditore dovrebbe vincere nell'*actio legis Aquiliae* contro il danneggiante. Tutta la difficoltà sta nella determinazione del senso di questa sommaria esposizione del caso, cioè probabilmente di una forma di quella *summatoria cognitio* (*summatim cognoscere*), che indica nelle fonti giustiniane un processo il quale prescinda da qualche parte delle norme sancite a garanzia dei contendenti nel processo normale, nel nostro caso da quelle relative alle prove. Il danneggiato che avesse chiesto la prova testimoniale (del contenuto del chirografo, che egli poteva, secondo quanto ci è detto espressamente nella fattispecie, provare per testimoni), palesando così negli atti del processo, quali li troviamo nel diritto giustiniano, di avere a disposizione altre prove del suo credito, non avrebbe potuto pretendere coll'*actio legis Aquiliae* più del valore

(1) Cfr. *Index Interp.*, ad h. l.

della carta o delle tavole su cui era scritto il chirografo. Il frammento attribuito a Paolo ammette invece che alla prova del contenuto del chirografo, inserita in un processo normale (e quindi assunta e valutata in conformità delle norme relative), si sostituisca una sommaria esposizione del caso al giudice, il quale in base al suo prudente arbitrio definirà la controversia. Anche la disponibilità dei testimoni potrà essere utilizzata dal giudice a questo scopo, ma egli terrà conto altresì della possibilità (in quanto il credito provato dal chirografo sarà esigibile solo all'avveramento della condizione) che i testimoni, durante il periodo più o meno lungo della pendenza della condizione stessa, vengano a mancare, e si faccia perciò sentire la lesione dell'interesse alla prova, realmente recata dalla distruzione del chirografo di cui trattasi. In realtà il passo nella parte che indica come procedimento adatto la *summatoria cognitio* — di riconosciuta marca giustiniana, come nel nostro caso conferma l'esigenza di semplificare il sistema delle prove, schivando gli inconvenienti del formalismo — è di fattura triboniana (1). Il carattere dubitativo delle frasi *ad suspicionem iudicem adducam* e *debeam vincere*, che deriva dal tipo di processo che potremmo dire di delibazione, costituisce una conferma anche formale dell'intervento compilatorio, senza dire che nella logica del processo formulare non c'è posto per un *sospetto* del giudice e per una *probabilità* di vincere. Nel fr. 40 il compilatore ha riferito la soluzione che i bizantini davano al caso, mentre naturalmente anche da questo passo non ci è tramandato il regime classico (2).

L'ultima parte del testo, cioè quella che, tenendo conto della condizionalità del credito, pone in rapporto il verificarsi del danno coll'avveramento della condizione, dichiara che la pena del danneggiamento sarà esigibile solo nel caso di avve-

(1) Cfr. BESELER, *Beitr.*, 1, 79-80.

(2) V. § 1, n. 5.

ramento della condizione, poichè altrimenti il danno derivato dalla distruzione di un chirografo relativo ad un credito, che non può avere effetti, sarà inesistente. La condanna condizionale però sembra difficilmente configurabile nella procedura formulare (1), a causa della struttura stessa della formula, oltre che della tendenza ad escludere in pendenza della condizione tutte le conseguenze che avrebbe il negozio se la condizione non vi fosse apposta. Il meccanismo del procedimento formulare è tale che il giudice deve condannare o assolvere il convenuto con un' *actio legis Aquiliae*, secondo che ritenga o no esistente e a lui imputabile il danno al momento della *litis contestatio*. Avvertasi peraltro che la *summaria cognitio* del nostro frammento (forma di processo in cui, per la caduta della procedura formulare, non è a parlare di *litis contestatio*), libera com'è dai limiti segnati in una formula, può benissimo punire un fatto, di cui è dubbio se produrrà danno (2), in quanto l'esigibilità della pena viene sottoposta alla medesima condizione cui è sottoposto il verificarsi del danno, che è poi nel caso nostro la stessa cui è sottoposto il credito provato dal chirografo distrutto.

Il ragionamento che precede dimostra come anche l'ultima parte del frammento vada attribuita ai compilatori.

Nel D. 2, 13, 10, 3 (Gai. 1 ed. prov.) vedemmo altrove che Gaio giustifica la esperibilità della *damni iniuriae actio* e della *condictio furtiva* contro il danneggiato e rispettivamente il ladro di una *cautio*, ribattendo la nota obiezione, che, se è possibile provare il contenuto del documento di credito contro il colpevole, tale prova doveva essere possibile anche contro il debitore, e pertanto l'interesse del creditore alla prova non fu leso col danneggiamento o col furto del documento, che la-

(1) Cfr. BESELER, *op. e vol cit.*, 80.

(2) Cfr. la spiegazione data di ciò nei periodi precedenti.

sciaronno sempre a disposizione del creditore la prova di cui egli si serve (avanti al giudice dell'*actio legis Aquiliae*) contro il danneggiante. Questi non è quindi responsabile della perdita subita dal danneggiato nella causa contro il debitore: tale perdita è imputabile solo alla sua negligenza nel non fornire al giudice quella prova, o al giudice stesso che non ne tenne conto (1). Contro questa obiezione conosciamo già la risposta di Gaio consistente nell'osservare che, al momento dell'*actio legis Aquiliae*, possono essere a disposizione del danneggiato documenti o prove testimoniali, mancando i quali al tempo in cui egli agì contro il suo debitore, egli rimase soccombente appunto in seguito all'illeggibilità della *cautio*.

D. 47, 2, 32, 1 (Paul. 9 Sab.) [De lege Aquilia maior quaestio est, quemadmodum possit probari quanti eius intersit: nam si potest alias probare, non patitur damnum.] quid ergo, si forte pecuniam sub condicione credit et interim testium ei copia est, testimonio quorum probationem habeat, qui possunt mori pendente condicione? Il giureconsulto Paolo, dopo avere (nel pr. del fr.) confutato specialmente la faccia opposta dell'obiezione, quella cioè che afferma la impossibilità di determinare l'ammontare del leso interesse all'utilità probatoria, quando la lesione realmente sussista venendo meno col documento l'unica fonte di prova, osserverebbe in questo § 1 che offre maggiore difficoltà nell'*actio legis Aquiliae* la prova dell'entità dell'interesse leso. Il motivo della maggiore difficoltà da BARTOLO (2) venne spiegato colla considerazione che nell'*actio legis Aquiliae* anche l'entità del danno andrebbe provata con documenti o testimoni, mentre nell'*actio furti* (cui, nel nostro frammento, è contrapposta) o anche secondo BARTOLO nel caso di danneggiamento do-

(1) Per la spiegazione ampia della questione cfr. anche il capitolo: *Le varie ipotesi di condictio avente ad oggetto i documenti*, § 3.

(2) *Corpus iuris civ.*, ed. cit. di D. GOTOFREDO, ad h. l.

loso, provato il furto o il danneggiamento con tali mezzi, mediante giuramento deferito all'attore si proverebbe poi dell'interesse leso la entità. L'interpretazione di BARTOLO può corrispondere al diritto giustiniano, in cui il giuramento ha assunto il valore di fonte di prova generale. Nel diritto classico invece esso, salvo pochi casi, fra cui non pare rientri il nostro, non aveva davanti al giudice valore vincolativo. Solo nella rivendica ed in altre azioni *arbitrarie* alla valutazione della cosa oggetto dell'azione si usa procedere mediante *iusiurandum in litem*, che il giudice deferisce all'attore, nel caso che il convenuto non restituisca volontariamente la cosa (e si debba realizzare la condanna pecuniaria), o, nell'ipotesi di azione *ad exhibendum*, non l'esibisca volontariamente (v. cap. VI, § 3). L'osservazione attribuita a Paolo si rivela perciò dovuta a Triboniano.

Ora ritengo proficuo, a guisa di conclusione, riassumere gli atteggiamenti del contenuto del documento, in quanto questo è oggetto di *actio legis Aquiliae*. Gli interessi tutelati da tale azione, in ordine ai documenti, hanno sempre base nel contenuto dei documenti, e sono tutelati mediante questa azione solo se abbiano carattere patrimoniale, escludendosi con ciò che la *actio legis Aquiliae* costituisca mezzo di risarcimento di danni morali. La conseguenza di questo principio è che il contenuto del documento rappresenta la base della valutazione della lesione di interesse.

§ 3.

Ulpiano ci ha tramandato due casi in cui, a sanzione della distruzione e della divulgazione delle tavole testamentarie, è accordata l'*actio iniuriarum*, l'uno, in cui è riferita l'opinione di Marcello, e l'altro, in cui è espresso il pensiero dello stesso Ulpiano (1).

(1) Cfr. anche quanto dissi sui due frammenti nel paragrafo relativo al deposito di documenti.

Se ora ci si vuole fare un'idea dell'atteggiarsi del documento in quanto oggetto di questa azione, conviene esaminare questi due passi.

D. 9, 2, 41 pr. (Ulp. 41 Sab.)sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit vel pluribus praesentibus legerit, utilius est [in factum et] iniuriarum agi [, si iniuriae faciendae causa secreta iudiciorum publicavit] (1).

In questo testo si ritiene opportuno agire [*in factum et iniuriarum*] contro il depositario di tavole testamentarie che le abbia distrutte, o divulgate, *si iniuriae faciendae causa secreta iudiciorum publicavit*. Il carattere insitico dell'*actio in factum iniuriarum* fu già da me sopra posto in luce, esaminando il passo nel paragrafo dedicato allo studio del deposito di documenti, ed è perciò superfluo tornare adesso a insistere su quella interpolazione. Le questioni che qui ci dobbiamo porre sono (conforme alla delimitazione di questo paragrafo) relative tutte all'*actio iniuriarum* e la prima consiste nel domandarci se Marcello ricorreva a questa azione per punire solo la divulgazione o anche la distruzione del testamento. Le opinioni di alcuni scrittori antichi e moderni sono nel senso che Marcello accordasse l'*actio iniuriarum* solamente per la divulgazione, e al posto dell'*actio in factum* triboniana concedesse qualche altra azione nell'ipotesi di distruzione. Fra gli antichi è opportuno rammentare il NOODT (2) che voleva sostituire *furti* alle parole *in factum* (attribuendo a Marcello la concessione dell'*actio furti* per la distruzione del testamento), senza forse riflettere alla ragione (riferita da Ulpiano poche righe avanti), per cui l'antico giureconsulto non accordava in quest'ipotesi l'*actio damni iniuriae*. Nel concetto di Marcello quest'azione è inapplicabile (già lo vedemmo), perchè nel caso del testamento l'*aestimatio* è impossibile, data

(1) Cfr. *Index Interp.*, ad h. l.

(2) *Ad leg. Aquiliam* c. 16.

la natura dell'interesse al relativo contenuto, insuscettibile di valutazione patrimoniale. Ma è evidente, per quanto fu detto sul calcolo della pena del furto di documenti, che neanche l'*actio furti* (la quale infligge una pena computata sempre sull'interesse al contenuto, e pertanto è applicabile anch'essa solo nel caso che quell'interesse abbia carattere patrimoniale (1)), una volta ritenuto leso colla distruzione del testamento un interesse non patrimoniale, poteva essere accordata da Marcello. Il DE FRANCISCI (2) (la cui critica si dirige esclusivamente ad appuntare l'*actio in factum*, e non ha perciò bisogno di approfondire la nostra questione) ritiene che nella redazione attuale l'*actio in factum* sia data per la distruzione e l'*actio iniuriarum* per la divulgazione. Ma più sotto osserva giustamente che Marcello non poteva dimenticare l'*a. depositi*, una volta che siamo in caso di *tabulae depositate* (3). Questa ammissione, benchè il DE FRANCISCI non l'abbia svolta, mostra, a me pare, che entrambe le azioni, quella contrattuale di deposito e quella penale *iniuriarum*, erano applicate da Marcello sia alla distruzione che alla divulgazione del testamento. Anche il risarcimento del danno patrimoniale prodotto dagli atti preparatorii della divulgazione, come abbiamo notato a suo tempo, poteva essere infatti ottenuto mediante l'azione di deposito in virtù del carattere di buona fede, e quindi Marcello doveva accordare questa azione come

(1) Si potrebbe obiettare che è ammesso nelle fonti (GAI. III, 199) il furto delle persone libere *in potestate*, in un caso dunque in cui l'oggetto ha un valore non patrimonialmente apprezzabile. Ma non vi è dubbio che si tratta di un'ipotesi eccezionale (*interdum*, dice Gaio), la quale probabilmente rappresenta un relitto storico, collegabile all'antico carattere della potestas, « formalmente identico al dominio sulle cose corporali » (ARANGIO-RUIZ, *Ist.*³, 457). Tuttavia cfr. circa questa spiegazione i dubbi del CUGIA, *Profili del Tirocinio Industriale*, 76¹, e l'opposizione del BONFANTE, *Corso*, I, 72-73. Al B. non sfuggì la gravità della questione: « dobbiamo pur credere che nella stessa azione di furto base della pena non fosse il valore patrimoniale del figlio, giacchè la *corporis aestimatio* è pur sempre impossibile » (p. 73).

(2) *Συνάλλαγμα*, 2, loc. cit.

(3) Sulla probabilità di questa congettura cfr. sopra III, § 1.

mezzo di risarcimento del danno patrimoniale contrattuale così nell'ipotesi di divulgazione come nell'altra. L'*actio iniuriarum* d'altronde doveva essere accordata da Marcello anche nell'ipotesi di distruzione come l'unico mezzo di tutela dell'interesse non patrimoniale al contenuto del testamento che fosse noto ai Romani.

A concetti opposti si ispirò invece il compilatore nel raffazzonare il frammento: l'uno, l'opportunità di applicare la *actio in factum generalis* (che si estende ad ogni ipotesi di danno non rientrante nei termini della legge Aquilia) alla distruzione del testamento, per cui trovava l'espresso rifiuto di Marcello di dare l'*a. legis Aquiliae*; l'altro, il restringersi dell'ambito dell'*iniuria* alle minori violazioni della personalità, fra cui poteva benissimo rientrare — mentre non vi s'incasellava la distruzione — la divulgazione del segreto colla lettura pubblica del testamento.

Nell'ultima frase del testo il sorgere dell'*iniuria* è subordinato al presupposto che la divulgazione sia avvenuta *causa iniuriae faciendae*. Marcello non deve avere introdotto questa limitazione; anzitutto essa implicherebbe che l'*iniuria* si ritenesse esistente solo nel caso di divulgazione, e noi abbiamo dimostrato che con tutta probabilità (per gli argomenti recati) nel diritto classico, almeno secondo Marcello, costituiva *iniuria* anche la distruzione del testamento, mentre nel diritto ultimo essa veniva punita con l'*actio in factum generalis* di conio bizantino. La *iniuria* del diritto classico poi (elaborata dalla giurisprudenza sulla figura materialistica foggiate dalle XII Tavole) non pare che abbia come elemento costitutivo un dolo specifico. Essa sembra sempre fissata in base ad elementi obbiettivi, cioè alla natura del bene offeso (che, a parte alcuni dei casi puniti dalle XII Tavole, non è patrimoniale), e non in base all'intenzione di chi ha commesso il torto. Nel diritto giustiniano si tende a porre l'essenza del delitto (e quindi

il suo carattere distintivo, in rapporto ad altri delitti) appunto nell'elemento intenzionale (che può avere un significato solo ora che l'ambito dell'*iniuria* si è assai ristretto) (1). L'ultima frase, per quel rilievo dato all'elemento intenzionale considerato decisivo, è pertanto da ritenere interpolata; per quel che riferisce lo stesso Ulpiano dell'opinione di Marcello, quanto alla irricevibilità di un'*actio damni iniuriae* per distruzione di testamento, si può affermare, e sembra con tutta sicurezza (v. quanto fu detto sopra), che l'elemento decisivo, per incasellare un atto nella figura dell'*iniuria* anziché di un altro delitto, sia la natura non patrimoniale dell'interesse che l'atto lede.

D. 16, 3, 1, 38 (Ulp. 30 ed.): « Si quis tabulas testamenti apud se depositas pluribus praesentibus legit, ait Labeo depositi actione recte de tabulis agi posse: ego arbitror et iniuriarum agi posse, si hoc animo recitatum testamentum est quibusdam praesentibus, ut iudicia secreta eius, qui testatus est, divulgarentur ».

Le ragioni della differenza che esiste tra l'avviso di Labeone e quello di Marcello e di Ulpiano (i quali soli, diversamente dal più antico giureconsulto, concedono l'*actio iniuriarum* nella ipotesi di divulgazione del testamento) possono ritrovarsi nella estensione del concetto di *iniuria*, che nel periodo da Labeone a Marcello fu operata dalla giurisprudenza. L'ambito dell'*iniuria* infatti non doveva al tempo di Labeone essersi ancora allargato in modo da comprendere oltre la lesione personale qualcosa di più della *contumelia*, cui particolari clausole edittali si riferivano nelle sue varie specie. È quindi solo posteriore a Labeone l'estensione della categoria dell'*iniuria*, con la quale la giurisprudenza pervenne ad abbracciare in questo concetto ogni lesione del diritto della personalità, e quindi anche la divulgazione del segreto documentale. Se poniamo in

(1) ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1934, p. 360.

relazione questo passo col precedente, la conclusione è che tale evoluzione all'epoca di Marcello era invece già compiuta.

Al nostro testo si riallacciano, con importanza maggiore o minore, tre questioni particolari:

A) Il carattere del concorso fra *actio iniuriarum* e azione contrattuale. JHERING, *Aufsätze*, 3, 262: « Mentre... l'*actio iniuriarum* non si trova mai in concorso elettivo colle altre azioni da delitto, questo è certamente quanto accade in rapporto alle azioni *reipersecutorie* ». Uno dei casi che adduce il JHERING a sostegno di questa affermazione è proprio il nostro: cioè, secondo l'interpretazione data al frammento dal vecchio autore, il testatore potrebbe esperire una sola delle due azioni (cfr. anche JHERING, *vol. cit.*, p. 289). Ora però, oltre il rilievo generale che in tema di azioni penali in concorrenza anche con azioni *reipersecutorie* prevale il principio del cumulo, nella nostra specie può notarsi che i fini delle due azioni sono diversi, in quanto quella contrattuale mira alla restituzione delle *tabulae* e al risarcimento del danno patrimoniale recato coll'apertura, mentre la pena inflitta dall'altra azione ha funzione di risarcimento del danno morale.

B) La natura del presupposto ritenuto necessario nel passo per la configurazione del delitto. Elemento essenziale per l'esperibilità dell'*actio iniuriarum* è che la *recitatio* del testamento sia stata fatta coll'intenzione di divulgare i segreti del testatore. Può parere, ad una considerazione superficiale della lettera e dello spirito del testo, che tale requisito coincida con quello della *iniuriae faciendae causa*. Nell'esame del frammento fatto dal JHERING, una simile confusione è invece evitata. Nei due passi esaminati la differenza rilevata da questo scrittore, relativa agli elementi costitutivi dell'*iniuria*, consiste proprio nel fatto che nel primo dei due testi è tenuto conto, con l'espressione già esaminata *iniuriae faciendae causa*, di un elemento spirituale, rappresentato dal dolo, ossia dall'intenzione di recare ingiuria

all'interessato coll'atto di cui già obbiettivamente è definita la fisionomia. Nel secondo passo invece il giurista ritiene sufficiente il nudo fatto materiale della *voluta* divulgazione dei segreti del testatore. Che questa osservazione del JHERING colga nel segno e che quindi l'elemento richiesto da Ulpiano in D. 16, 3, 1, 38 sia da considerarsi classico, si comprende riflettendo che esso è insito nell'atto stesso della divulgazione purchè cosciente e voluta.

C) Altra questione, suscitata dalla critica del JöRS (1), che ritiene interpolate le parole *quibusdam praesentibus*, è se l'interesse al contenuto del testamento, protetto secondo Marcello ed Ulpiano coll'*actio iniuriarum*, sia leso dalla sola divulgazione attraverso lettura pubblica, o anche dalla lettura che il depositario o chiunque altro ne faccia semplicemente per soddisfare la propria curiosità. Accogliendo quest'ultima opinione, non si riterrebbe necessaria a configurare l'*iniuria* la divulgazione attuata colla lettura *pluribus praesentibus*, ma una qualunque violazione del segreto documentale. Alla soluzione di questo problema non deve, almeno secondo quello che a me pare esatto, contribuire per niente l'opinione circa la genuinità di quelle parole, la quale non sembra esser revocata in dubbio. Bisognerebbe altrimenti porre fra uncini anche il *pluribus praesentibus* del principio del testo, oltre a quello dell'altro frammento già da me studiato e commentato or ora, cosa che il JöRS peraltro giustamente non fa. Ma pel quesito proposto dobbiamo notare che Marcello (in D. 9, 2, 41 cit., su cui vedasi l'ampio commento fatto sopra) riteneva sufficiente (secondo l'interpretazione e la ricostruzione del frammento cui si dette la preferenza) per l'esperibilità dell'*actio iniuriarum* anche la distruzione, che costituiva già una lesione dell'interesse al contenuto delle *tabulae* in rapporto alla loro funzione probatoria. Ed è evidente che *a fortiori* do-

(1) Cit. in *Index Interp.*, ad h. l.

veva bastare anche per Ulpiano la lettura fatta dal depositario o da chiunque altro al semplice scopo di soddisfare la propria curiosità, che costituisce già se non una divulgazione certo sempre una violazione del segreto documentale.

Che nella configurazione dell'*iniuria* posta in essere con atti compiuti su documenti si riscontri la differenza tipica tra diritto classico e giustiniano, è opinione emergente da quanto abbiamo trovato esaminando le fonti. Non solo i classici accordano la *actio iniuriarum* a tutela del leso interesse non patrimoniale al contenuto del documento, appena essa serve a reprimere ogni lesione del diritto della personalità; ma non è concepibile l'applicazione di un'altra azione penale in tutti i casi in cui quell'interesse presenta il carattere non patrimoniale che costituisce l'elemento decisivo. Che poi per la restrizione giustiniana del concetto di *iniuria* alle minori violazioni della personalità il centro del complesso giuridico si sposti dalla natura dell'interesse leso a quella dell'atto lesivo, è fenomeno assai importante quando il documento sia l'oggetto dell'atto colpevole. A chi tenga presenti i rilievi esegetici fatti in questo §, a chi ricordi quello che dicemmo circa l'*iniuriae faciendae causa* di D. 9, 2, 41 pr., riesce chiaro l'influsso esercitato sulla nostra materia anche dall'importanza assunta nel diritto giustiniano dell'intenzionalità specifica. Solo chi attacca l'interesse coll'intenzione di offendere la personalità dell'interessato commette *iniuria*, e quindi un nuovo elemento soggettivo si aggiunge o sostituisce agli antichi oggettivi.

§ 4.

Nel complesso degli atti illeciti puniti dal diritto pretorio con azioni *in factum*, va rilevata la possibilità che le fonti diano l'*actio servi corrupti*, quando l'istigazione data allo schiavo sia consistita nell'indurlo ad alterare le rationes (D. 11, 3, 1, 5

[Ulp. 23 ed.]. Non è questo il luogo d'enumerare gli atti che sono messi accanto all'alterazione dei conti nel testo ora citato: basta dire che si tratta o di atti o di stati di fatto per cui il rendimento dello schiavo (largamente inteso) diminuisce. Il caso di alterazione dei conti è concepito solo relativamente allo schiavo amministratore che (p. 202) ha il compito di tenere le *rationes*: nel frammento infatti, mentre le altre ipotesi sono riferite genericamente allo schiavo, questa che ci interessa è relativa specificamente all'*actor*, che è appunto lo schiavo preposto ad un ramo dell'amministrazione, il quale in questa qualità ha il maneggio della *ratio*.

A questo caso va qui ravvicinato l'altro, in cui l'istigazione abbia per oggetto la *corruptio* dei chirografi (relativi ai crediti del padrone), il quale forma l'argomento di D. 11, 3, 11, 1 (Ulp. 23 ed.), dove Ulpiano afferma appunto, per tale fatto, la responsabilità di chi ha consigliato lo schiavo. Questa decisione (è chiaro) non ha bisogno di commento ulteriore. La nostra attenzione è invece richiamata dall'ultima frase del passo che nega la responsabilità dell'istigatore dello schiavo per le sottrazioni o cancellazioni di documenti (di *rationes* e *ceteraque similia instrumenta*, anziché dei soli *chirographa debitorum*), che lo schiavo abbia commesso successivamente *consuetudine peccandi*. Questo sta a dimostrare che nel determinare il *quanti ea res erit* della *condemnatio* (D. 11, 3, 1 pr. [Ulp. 23 ed.]): si tratta dunque di una formola modellata per questo riguardo su quella dell'*actio legis Aquiliae*), consistente nella diminuzione di valore dello schiavo, si teneva conto anche dei danni recati direttamente dagli atti consigliati. Perciò si escludeva che il *quanti ea res erit* aumentasse proporzionalmente al danno recato da atti compiuti successivamente dallo schiavo non in conseguenza diretta dell'istigazione, ma in virtù della *consuetudo peccandi*, la quale costituisce il deterioramento (morale) dello schiavo in cui si concreta appunto la *corruptio servi*.

D. 47, 2, 52, 24 (Ulp. 37 ed.) Sed si servo persuasum sit, ut tabulas meas describeret, puto [, si quidem servo persuasum sit,] servi corrupti agendum [, si ipse fecit, de dolo actionem dandam] (1).

L'incitamento dato allo schiavo (secondo l'ipotesi proposta da Ulpiano) può anche avere per fine la descrizione delle *tabulae* del padrone (e quindi la divulgazione di segreti documentali). Non è possibile assodare se il testo si riferisca alle *tabulae testamenti* o anche ad altri documenti (in generale), giacché è noto che *tabulae* ha anzitutto un significato generale (p. 67). Dopo che è stata prospettata la fattispecie *si servo persuasum sit ut tabulas meas describeret* a principio del frammento, viene introdotta la distinzione tra il caso che *servo persuasum sit*, e quello che *ipse fecit*. Questa distinzione è inconciliabile coll'ipotesi dell'inizio, e deve essere stata interpolata di sana pianta nel passo, che nella redazione originaria doveva far seguire *sic et simpliciter* alla fattispecie la decisione *puto servi corrupti agendum* (dimostreremo subito l'interpolazione dell'ultima frase). Il più interessante fra i rilievi che suscita la decisione, la cui sostanza è l'applicazione dell'*actio servi corrupti* anche al caso che l'incitamento sia rivolto alla divulgazione di documenti, è il fatto che da essa emerge la punibilità mediante quell'azione dell'istigazione ad un atto recante un danno morale, quale appunto la divulgazione di documenti. Ciò dipende dal fatto che il *quanti ea res erit* della *condemnatio* corrisponde all'*aestimatio eius quod servus in corpore vel in animo damni senserit* (D. 11, 3, 9, 3 [Ulp. 23 ed.]), e può comprendere perciò anche la diminuzione di valore conseguente alla contrazione di un vizio che attenta a beni non patrimoniali del padrone, quale per lo più sarà l'interesse al segreto documentale.

(1) Cfr. LENEL, *Pal.* ad h. l.; KRÜGER, ad h. l.

Accanto alla decisione classica, il compilatore giustiniano aggiunge poi una distinzione che dicemmo incompatibile colla fattispecie, come può essere dimostrato anche dall'indicativo *fecit* collocato parallelamente al congiuntivo *persuasum sit* della frase inserita nella parte precedente. Il senso dell'ultima proposizione è inconciliabile coi principii classici, sia che l'*ipse* s'intenda riferito allo schiavo, come parrebbe meno strano, nel qual caso la concessione dell'*actio doli* al padrone contro il proprio schiavo urta contro la regola dell'assorbimento della persona dello schiavo in quella del padrone; sia che l'*ipse* si riferisca al terzo, il quale si farebbe da corruttore divulgatore dei documenti, nel qual caso azione data dai classici sarebbe stata l'*actio iniuriarum* e non l'*actio doli*.

Questa ultima interpretazione dell'aggiunta triboniana è l'unica spiegabile nel diritto giustiniano, in cui neppure sembra ammissibile un'*actio doli* fra padrone e schiavo, mentre un'*a. iniuriarum* accordata senza limitazioni avrebbe urtato la tendenza giustiniana. Secondo questa l'essenza dell'*iniuria* è posta nell'*iniuriae faciendae causa*, che può mancare nell'ipotesi costruita dai compilatori, e solo così si può forse giungere a giustificare dal punto di vista triboniano la concessione dell'*actio doli* (1).

Interessante è la posizione del documento in quanto oggetto dell'istigazione che coll'*actio servi corrupti* viene punita. Il contenuto di esso distingue l'istigazione all'alterazione di *rationes* dall'istigazione a sciupare o danneggiare un'altra cosa, ma dobbiamo notare che tale intuizione, sia per ragioni storiche, che non vi è bisogno di ripetere, sia soprattutto per ragioni strutturali, non si traduce nel nostro argomento in una peculiarità

(1) Questo risultato è l'unico cui si può arrivare e si collega alla mia critica di D. 9, 2, 41 pr. (Ulp. 41 Sab.): non riesco a vedere altro modo di spiegare l'interpolazione, indubbiamente esistente.

di trattamento giuridico. Per rispecchiare l'atteggiarsi del documento nei testi esaminati, dobbiamo rilevare che gli atti da essi presi in considerazione hanno la loro ragione nel contenuto del documento, che la conseguenza dell'istigazione efficace è la diminuzione di valore dello schiavo corrispondente al vizio da lui contratto, il quale attacca l'interesse del padrone al contenuto dei documenti, che infine il diritto classico tutela indirettamente con l'azione *servi corrupti* tale interesse anche quando esso non abbia carattere patrimoniale (come può accadere appunto nel caso dell'istigazione a divulgare il contenuto), mentre direttamente tutela con quell'azione l'interesse all'integrità del valore patrimoniale dello schiavo (punisce la *corruptio servi*).

La *corruptio* dell'albo pretorio è punita nel diritto classico con un'azione, cui accenna I. 4, 6, 12. Poichè si tratta di un'azione pretoria, sembra corretto considerare l'alterazione dell'albo come un atto illecito punito dal diritto pretorio ed occuparsene perciò in questa sede.

D. 2, 1, 7 (Ulp. 3 ed.) *Si quis id, quod [iurisdictionis perpetuae] < iuris dicundi > causa [non quod, prout res incidit] in albo [vel in charta, vel in alia materia] propositum erit, dolo malo corruperit: datur in eum quingentorum [aureorum] < milium sestertiorum > iudicium, quod popolare est* (1). Fra i presupposti dell'azione la *corruptio*, come abbiamo visto anche in altri casi relativi a documenti (e forse anche entro limiti più ampi se il *tollere* del § 5 significa *amovere*), ha valore e portata molto vasti. Dal punto di vista soggettivo (misura della responsabilità), il pretore ha punito solo chi commetteva il fatto *dolo malo*, escludendo, secondo la interpretazione di Ulpiano, la responsabilità di chi lo abbia compiuto *per imperitiam vel rusticitatem vel casu*, oltre (il giureconsulto ha sentito il bisogno di eccettuare esplicitamente anche questo caso) quella di chi

(1) Le interpolazioni segnalate furono viste dal LENEL, *Das Edictum perpetuum*³ 57.

l'abbia commesso *ab ipso praetore iussus*. Tutte queste spiegazioni ci sono fornite dal § 4 del frammento, dove Ulpiano chiarisce la portata delle parole *dolo malo* nel precetto edittale. L'*actio in factum* presuppone poi che l'alterazione abbia per oggetto *quod [iurisdictionis perpetuae] < iuris dicundi > causa propositum erit*, come dice il nostro passo, presuppone cioè che l'atto doloso si sia esplicato su una parte integrante dell'editto perpetuo. Ciò si capisce facilmente, quando si rifletta alla funzione giuridica dell'editto per cui il RUDORFF (1) lo chiamò il codice di procedura civile del diritto romano (2). I presupposti dell'azione, che qui noi possiamo ora riassumere in poche parole a conclusione dell'esegesi fatta, sono dal punto di vista oggettivo la *corruptio* largamente intesa del documento dello editto perpetuo, comprendente forse anche l'amozione del documento stesso, dal punto di vista soggettivo il dolo di chi questo atto commette.

A sanzione della *corruptio albi*, la cui figura abbiamo ricostruito, troviamo nel nostro passo un *iudicium quingentorum aureorum*: la pena minacciata dal pretore, come in tanti altri casi, è stata tradotta dai compilatori in moneta bizantina (3). Dal nostro testo il giudizio contro il *corruptor albi* è qualificato come popolare, e quindi qualunque cittadino lo può promuovere.

I caratteri con cui l'azione ci si presenta nel passo di Ulpiano permisero al LENEL (4) di ricostruire il tenore del precetto edittale. *Si quis id quod iuris dicundi causa in albo propositum erit, dolo malo corruerit, quingentorum milium sestertio-*

(1) Nell'opera *Edictum perpetuum*.

(2) Cfr. BONFANTE, *St. del dir. rom.*, I^o, 265. — Ma v. *contra* le osservazioni del LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, 22.

(3) D. 47, 2, 27 pr. (Ulp. 41 Sab.): « ... [ut puta si chirographa aureorum decem tabulae fuerint, dicimus hoc duplicari (?)]... ».

(4) *Op. cit.*, 57.

rum iudicium dabo. Il LENEL rinuncia a ricostruire la formula, ma pensa che essa « war selbstverständlich in factum konzipiert und wohl blosse Umschreibung des Edikts ».

D. 2, 1, 9 (Paul. 3 ed.) *Si familia alicuius album corruerit, non similiter hic edicitur ut in furto, ne in reliquos actio detur, si tantum dominus, cum defendere voluit, unius nomine praestiterit, quantum liber praestaret: fortasse quia hic et contempta maiestas praetoris vindicatur et plura facta intelleguntur: quemadmodum cum plures servi iniuriam fecerunt [vel damnum dederunt], quia plura facta sunt, non ut in furto unum. Octavenus hic quoque domino succurrendum ait: [sed hoc potest dici, si dolo malo curaverint, ut ab alio album corrumperetur, quia tunc unum consilium sit, non plura facta. idem Pomponius libro decimo notat (?)] (1).*

In questo frammento troviamo una discussione per l'ipotesi, *si familia alicuius album corruerit*, in cui si dichiara che non si applica (*non similiter hic edicitur*) una norma analoga a quella cui ci si attiene nel caso che sia stato commesso un furto da più schiavi di uno stesso padrone (*si familia furtum fecisse dicitur*), nel quale caso il *dominus* si libera da ogni responsabilità pagando la pena come se il furto fosse stato compiuto da una sola persona e non da più persone diverse per ciascuna delle quali egli rimanga responsabile. Nel nostro testo, il principio è giustificato con due argomenti, l'uno consistente nel rilievo dell'offesa alla maestà del pretore e l'altro nell'affermazione che si tratta di tanti fatti quanti sono gli schiavi. Il primo argomento si riferisce al carattere pubblico dell'interesse leso, da cui deriva anche la difesa che ne è fatta mediante azione popolare (e il tipo di pena, consistente in una multa fissa). L'altro argomento si collega a quello che (D. 2, 1, 7, 1 [Ulp. 3 ed.]) dice Ulpiano sull'applicabilità della clausola edittale anche allo schiavo. Si

(1) Cfr. *Index Interp.*, ad h. l.

potrebbe dire che, in conseguenza della pubblicità dell'interesse all'integrità dell'albo, col fatto dell'alterazione ciascuno degli schiavi si rende debitore della multa: se anche il responsabile — per adottare la nota distinzione della dottrina tedesca —, per il debito di ciascuno, sarà il padrone. L'efficacia del contenuto del documento, in quanto determina questo carattere dell'azione, emerge chiara. Il paragone che segue nel passo richiama l'*iniuria* e il danno commesso da schiavi (*quemadmodum cum plures servi iniuriam fecerunt vel damnum dederunt*), vedendo anche qui, invece che un unico fatto come nel furto, più fatti. D. 9, 2, 32 pr. (Gai. 7 ed. prov.) informa che il regime del danno commesso da più schiavi coincideva con quello del furto: ciò dipendeva probabilmente dall'eguale sistema seguito nelle due azioni per il calcolo della pena (basata sul *quanti ea res erit*), mentre nell'*a. iniuriarum* la pena ha per oggetto il *quantum aequum et bonum iudici videbitur*. Sembra pertanto esatta la congettura del PAMPALONI (1), che nel nostro testo ritiene una glossa le parole *vel damnum dederunt*.

Rimane da dire che secondo il nostro passo Ottaviano anche nel caso di *album corruptum* stava per la soluzione più favorevole al padrone; cioè riteneva che egli si liberasse per il fatto di tutti gli schiavi colpevoli, purchè pagasse la multa fissa, che avrebbe dovuto pagare se egli solo avesse commesso il fatto, come accadeva appunto per l'ipotesi di furto commesso da più schiavi (2). All'opinione di Ottaviano è fatta seguire una frase, che la ritiene accettabile solo nel caso particolare, in cui gli schiavi abbiano dolosamente procurato che l'albo sia alterato da un terzo: è questa un'ipotesi in cui l'attività degli schiavi, consistente nel consiglio punibile coll'*actio in factum* (anche secondo inter-

(1) *Stud. Senesi*, 16, 208.

(2) In questo senso va certo intesa la frase *Octavianus hic quoque domino succurrendum ait*.

preta D. 2, 1, 7, 5 [Ulp. 3 ed.]), è considerata dal frammento in esame come unica. Il passo insiste anzi nel rilevare che non si tratta di *plura facta*, e dice che tale è anche l'opinione di Pomponio; ma può seriamente dubitarsi se tutto questo ragionamento (logicamente molto debole) sia di Paolo o dei compilatori, come farebbe credere il contrasto con D. 2, 1, 7, 5. Infatti ivi è sancita la responsabilità di tutti i singoli mandanti: se il diritto classico tratta in generale la responsabilità di più mandanti come la responsabilità di più esecutori diretti, non vedo la ragione per cui sia giustificabile, quando i più colpevoli siano schiavi di un medesimo padrone, una diversità di regime fra le due ipotesi, quella di concorso nell'esecuzione materiale e quella di concorso nell'incarico datone ad un'unica terza persona.

Il contenuto del documento oggetto dell'atto illecito studiato viene ad assumere un'importanza preponderante, per il fatto che esso (in quanto centro di un interesse pubblico, l'interesse all'integrità del documento legislativo più vitale) determina la creazione e l'applicazione dell'apposita *actio in factum*. L'azione così creata in qualcuno dei suoi caratteri risente, come abbiamo visto or ora, della pubblicità dell'interesse che tutela, il quale è appunto l'interesse al contenuto di quel particolare importantissimo documento.

Rapporti familiari patrimoniali

VIII.

IL DOCUMENTO OGGETTO DI RAPPORTI PATRIMONIALI FRA CONIUGI

§ 1. I documenti come elementi di una dote. — § 2. I documenti come παράφερα.

§ 1.

Le fonti prospettano nel D. 24, 3, 49 pr. (Paul. 7 resp.) il caso di una donna, che si sia costituita in dote fra l'altro un documento provante un'obbligazione assunta probabilmente con stipulazione da un terzo a favore di lei, avente ad oggetto la prestazione di dieci *solidi*, sottoposta alla condizione *cum nuptum ire coepisset*. Già notammo a suo tempo che il frammento menziona la *traditio*, il cui effetto dicemmo allora consistere nel trasferimento della proprietà del documento nel marito (v. I, § 4). Noi rilevammo a questo proposito che le conseguenze relative al contenuto del documento consegnato, cioè al diritto di credito o *nomen* a cui l'*instrumentum* si riferisce (del quale le parti vogliono praticamente la cessione), derivano, anziché dalla *traditio*, dalla causa di essa, cioè dal rapporto dotale, giacché il possesso del documento (o anche l'acquisto della proprietà di esso; cfr. anche I, § 4) non è mai sufficiente nel diritto classico a legittimare all'esercizio dei diritti o degli effetti derivanti dal negozio cui il documento stesso si riferisce. Il motivo dell'inconcepibilità di questo fenomeno, studiato in altra

occasione, sta nell'impossibilità di parlare propriamente di un vero negozio di alienazione del *nomen*, in quanto può esser ceduto mediante particolari espedienti processuali (v. III, § 2), cioè colla costituzione a rappresentante processuale, l'esercizio del diritto di credito e non mai il diritto stesso. La cessione vera e propria del *nomen* è configurabile solo nell'epoca giustiniana, quando esso è classificato fra le cose incorporali, e quella si attua colla concessione delle azioni utili al cessionario (C. 4, 10, 2 [Valer. et Gallien., a. 260]. *Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit nec litis contestatio subsequuta sit, [utilem tamen marito actionem ad similitudinem eius qui nomen emerit dari oportere saepe rescriptum est.] < >*). Per la sostituzione avvenuta in diritto giustiniano in ogni campo del principio dell'interpretazione della volontà a quello della tipicità dei negozi, ogni negozio di alienazione del documento di credito viene *tout court* considerato negozio di cessione del credito (1). Occorre ricordare che invece dalla giurisprudenza classica il rapporto avente ad oggetto il documento è distinto, se anche attraverso il meccanismo del diritto pretorio collegato, da quello relativo al credito la cui cessione è voluta dalle parti.

Il nostro passo seguita il racconto della fattispecie, narmando che *ex eo instrumento maritus nihil exegit, quia nec potuit*. Codesto fatto, il quale costituisce il presupposto della questione rivolta a Paolo, deriva dall'insolvibilità del debitore. Ora il quesito proposto consisteva nel domandare se all'atto della restituzione della dote, cui il marito è tenuto in caso di scioglimento del matrimonio, la somma della quale non era stata possibile l'esazione dovesse essere da lui rifiuta. Con ciò si implicava

(1) Tenuta presente questa linea di sviluppo, al nuovo diritto si adatta la interpretazione data alla *traditio* del documento da DIONIGI GOTOFREDO (*Corpus iuris civ., cit.*, ad h. l.) colle parole (aggiunte come commento di *instrumentum*) *id est nomen*, le quali però, per le considerazioni dianzi fatte, non rispecchierebbero esattamente il pensiero della giurisprudenza classica.

la soluzione del problema generale della misura e del carattere della responsabilità del cessionario di un credito a titolo di dote (quale il marito viene ad essere). Alla questione si risponde che il cessionario avrebbe potuto convenire il debitore, *sed si sine dolo malo vel culpa exigere pecuniam non potuit, neque dotis nomine eum conveniri posse neque mandati iudicio*.

Così avviene che il criterio, per stabilire il carattere della responsabilità del marito cessionario, si deve trarre secondo Paolo da quei principii che regolano la responsabilità del mandatario per l'esecuzione del mandato. Perciò il responso nega la responsabilità del marito, sia *dotis nomine* che *mandati iudicio*, purchè la mancata esazione non sia dipesa da dolo o colpa suoi. Tale soluzione pare conforme al diritto classico. Difatti il riferimento alla colpa si giustifica pienamente per l'*actio rei uxoriae* (ritenuta come l'azione rispetto a cui si riscontra il caso più antico di responsabilità per colpa: la *culpa* in rapporto a tale azione è considerata genuina già in P. Mucio Scevola), e sembra che possa parimenti giustificarsi anche in relazione al *iudicium mandati* (1).

Anche le conseguenze della costituzione in dote di documenti di credito sono ricollegate alla verità che il valore economico del documento è tutto nel contenuto, rispetto a cui esso è capace di adempiere la funzione probatoria. La cosa è importante, per la nostra indagine, per assodare che un certo influsso del contenuto, su ogni negozio che non sia quello traslativo reale considerato astrazione fatta dalla causa, non si può riconoscere. Così, dato il caso esaminato di costituzione in dote di documento di credito, l'avvenuto trasferimento della proprietà del documento dalla moglie al marito non può essere considerato fine a sè stesso, laddove si tenga presente la causa giustificatrice della tradizione, la quale è rappresentata dal rapporto

(1) Lascio impregiudicata la questione del valore che la *culpa* abbia avuto per Paolo.

dotale (I § 4). Mevia sa che il documento come cosa non produce frutti che servano a sostenere gli oneri del matrimonio: s'intende che l'intenzione insita e manifestata nell'alienazione del documento è di obbligarsi alla cessione del credito che quello prova. D'altra parte, in una architettura tipica di negozi giuridici, data la inconcepibilità della vera cessione del credito, la giurisprudenza vede nell'accordo manifestato col trasferimento di proprietà del documento il mandato, con cui il diritto classico riuscì a configurare giuridicamente il fenomeno economicamente necessario della cessione dei crediti. Così la causa della tradizione del documento implica la conclusione dell'altro negozio, che serve alla cessione del credito. I principii proprii del diritto classico sono rispettati, e costituiscono l'alveo giuridico entro cui, per così dire, si adagia quell'influsso del contenuto del documento che è conseguenza strutturalmente imprescindibile del tipo di negozio di cui è oggetto da un lato e della sua particolare fisionomia di cosa dall'altro. Esempio caratteristico è appunto la costituzione in dote di documento di credito or ora studiata (1) in cui lo scopo di sostenere i pesi del matrimonio si intreccia col carattere peculiare dell'utilità economica del contenuto del documento.

§ 2.

I documenti dei crediti della moglie che siano al di fuori della dote, e che la moglie medesima abbia dato al marito *ut loco paraphernorum maneat* (attestandosi ciò anche nel documento dotale), formano argomento (e si tratta, per quanto ci riguarda, di una costituzione interessante, data la sua epoca)

(1) Così dicendo non ho dimenticato, come forse a torto si potrebbe rimproverarmi, che la costituzione della dote, non rientrando nel quadro dei negozi giuridici tipici, è un tipo generale di *causa*. Infatti ho sempre parlato di *causa della tradizione*.

di C. 5, 14, 11 pr. (Iustinianus, a. 530). In questo rescritto è già tipica la equazione stabilita colle parole *nomina id est foeneratitias cautiones*, le quali dimostrano come l'unico elemento oramai avvertito nel documento di credito sia il rapporto col credito stesso cioè il contenuto.

A rilievi relativi all'evoluzione di certe nozioni nel campo dei documenti come in quello degl'istituti giuridici cui essi si riferiscono nel diritto dell'epoca di Giustiniano ci riporta l'espressione *foeneratitiae cautiones*. Ritengo che essa significhi i documenti dei mutui.

La *cautio*, per il fenomeno di disfaccimento della stipulazione in diritto giustiniano, indica documenti di contratti anche diversi. Ad ogni modo, anche per l'affermazione implicita del seguito della costituzione che i documenti servono, non già a ottenere unicamente o in prima linea dai debitori della donna il pagamento degl'interessi riversati in apposite distinte stipulazioni, ma a conseguire il pagamento del capitale cioè l'adempimento, dobbiamo escludere che le *cautiones* siano semplicemente i documenti delle stipulazioni degl'interessi.

Per capire la fattispecie (*mulier marito suo nomina — id est, foeneratitias cautiones — quae extra dotem sunt, dedit, ut loco paraphernorum apud maritum maneat*), è necessario farsi esatta idea della posizione giuridica, che hanno sotto Giustiniano i *parapherna*. È noto che nonostante la consegna al marito i beni parafernali restano in proprietà della moglie. Nella nostra costituzione le *cautiones* parafernali sono assimilate per alcuni rispetti ai beni dotali: intanto la consegna di essi al marito è documentata nello strumento dotale, e poi (§ 2) *hypothecae pro his nominatim a marito scriptae sunt*. Ora i termini della questione sono se il marito acquisti le azioni contro i debitori. In linea subordinata si domanda se il marito acquisti le azioni dirette ovvero quelle utili cioè se, secondo che sia considerato rappresentante della moglie o cessionario del credito,

sia autorizzato ad esercitare le azioni stesse della moglie o l'azione utile accordata dal diritto giustiniano nel caso di cessione (1).

In epoca classica, i documenti che venivano consegnati dalla moglie al marito senza far parte della dote dovevano essere concepiti come dati in deposito al pari di tutte le altre cose stradotali che la sposa recava nella casa del marito (2). Del tutto separata dal deposito è la questione, per la sicura soluzione della quale la consegna dei documenti non poteva essere elemento decisivo, se la moglie avesse dato mandato al marito di sostenere le sue ragioni nelle liti contro i debitori cui ciascuna *cautio* si riferiva. Pei classici soltanto in una limitatissima quantità di ipotesi, nella quale questi rapporti si configurano (in linea di diritto) fra coniugi non diversamente che tra altre

(1) Che si tratti di rappresentanza legale, pare ammettere implicitamente anche il BONFANTE, *Corso di dir. rom.*, I, 376: « il marito può agire indipendentemente in nome della moglie ».

(2) Veramente fu rilevato che « il regime speciale dei beni parafernali parrebbe in parte già iniziato nel diritto classico » (BONFANTE, *Corso di dir. rom.*, I, 375). Infatti D. 23, 3, 9, 3 (Ulp. 31 Sab.) « ricorda questi beni e il loro termine greco e ne discute il regolamento, cioè la consegna al marito, l'inventario, la proprietà della donna e l'obbligo della restituzione ». Ora il fr. — riassumo la parafrasi del CASTELLI, *Ἰπαράφερα*, 65 seg. — « si domanda se le *res in peculium datae* diventino subito proprietà del marito », e risponde « che il marito acquista la proprietà del *peculium*, solo se la moglie lo vuole (*si sic dentur, ut fiant*); in questo caso, allo scioglimento del matrimonio, non si dovrà intentare nè la *rei vindicatio*, nè l'*actio rei uxoriae*, ma una *condictio*, come rescrissero il divo Marco e Severo ed Antonino. — Per contro, se nulla è disposto, ovvero se il marito ha espressamente dichiarato,, che le cose della moglie consegnate a lui sono destinate agli usi di quella, a favore del marito non si pone in essere diritto veruno ». Quanto all'efficacia giuridica dell'inventario, secondo il passo « esso non è diretto ad attribuire al marito la proprietà delle cose della moglie, ma bensì ad accertare la loro introduzione nella casa coniugale, affinché non sorgano controversie incresciose allo scioglimento del matrimonio ». Il testo considera eccezionale il caso « che il marito si dichiari depositario delle cose della moglie », e, verificandosi questa fattispecie, « se il marito allo scioglimento del matrimonio nega la restituzione, accorda alla donna l'*actio depositi* » (la menzione dell'*actio mandati* è considerata insitica dal CASTELLI). — Senonchè il BONFANTE (*vol. cit.*, 376) vide che « questa legge è stata certamente in più parti alterata dai compilatori », e concluse: « Ulpiano forse trattava un caso di consegna pura e semplice e di deposito fatto dalla donna *fiduciae causa* presso il marito, e i compilatori ne hanno tratto profitto per una lunga discussione sui beni parafernali ».

persone, si poteva attribuire alla consegna dei documenti valore di elemento per l'interpretazione della volontà delle parti intesa a concludere un altro negozio (1).

Nel diritto giustiniano, anche questa questione dell'interpretazione della volontà delle parti attraverso la consegna del documento è posta una volta per tutte e non come un problema da risolvere nei singoli casi.

L'origine dell'atteggiamento giustiniano, che è dunque dal mutamento dell'antico concetto di certi negozi aventi ad oggetto i documenti di credito, ne spiega le caratteristiche fondamentali. Esse sono riassumibili nel postulato che un negozio avente ad oggetto un documento di credito di solito giuridicamente è una parvenza giacchè si tratta in realtà della conclusione di un negozio avente ad oggetto il credito stesso. E infatti il regime preferito da Giustiniano è un regime in cui, dal momento che si dichiara *actiones quidem omnimodo apud uxorem manere, licentiam autem marito dari easdem actiones movere apud competentes iudices, nulla ratihibitione ab eo exigenda*, si attribuisce al marito la rappresentanza legale della moglie. Il *sancimus licentiam marito dari* pare dimostrare che il potere di rappresentanza deriva al marito dalla legge.

Che si tratti di rappresentanza legale, e non di cessione, lo dice il precetto che le azioni, mentre possono essere intentate dal marito in veste naturalmente di rappresentante legale della moglie (che egli sia esentato dalla cauzione, non ha importanza decisiva, e dipende dal rapporto morale esistente fra i coniugi),

(1) È certo in ogni modo che tutte le volte in cui si consegna il documento provante la propria pretesa al *procurator ad litem* o al *cognitor*, e l'azione accordata per la restituzione di esso, come vedemmo nel paragrafo sul deposito dei documenti, sia l'*actio mandati*, ciò deriva dal carattere di buona fede, per cui tutte le prestazioni connesse coll'attività che è oggetto del contratto si ottengono colla medesima azione. D'altronde, per l'appunto in relazione a questi casi di mandato *ad litem*, i passi relativi non accennano mai al valore della consegna del documento per l'interpretazione della volontà.

restano presso la moglie. Nella cessione giustiniana, il cedente perde il diritto di agire contro il debitore, cioè l'intenzione di cedere il credito è incompatibile colla possibilità di esercitarlo, e perciò è obbligatoria la denuncia al debitore da parte del cessionario. Dopo questa, per il divieto fatto al debitore di pagare direttamente il proprio creditore, il debitore stesso sa che pagando al cedente paga male e quindi non si libera. La moglie può intentare le azioni — com'è naturale — per mezzo di *aliae personae* diverse dal marito; ma è anche prospettata l'ipotesi che essa, appena il marito abbia sperimentato vittoriosamente le azioni, esiga da lui il versamento delle somme ottenute.

Se invece la moglie voglia *per alias personas easdem movere actiones*, è sancito il suo diritto alla restituzione dei documenti contro una quietanza che essa ha obbligo di rilasciarne al marito. Questa funzione del documento, nel sistema giustiniano e nel moderno molto frequente, degrada per così dire la portata dell'elemento reale e potenzia l'efficacia del contenuto. Il più efficiente degli elementi del documento è questo del contenuto (meno efficiente, in realtà, esso si rivelava nel diritto classico) e tuttavia non è assolutamente l'unico che venga in considerazione. È bensì il preminente, rispetto a cui l'elemento reale figura come fornito di valore strumentale e privo di autonomia giuridica. L'elemento reale anche così concepito non può, per la sua posizione nel meccanismo (strutturale e funzionale, che è la base della nozione stessa di documento) da cui è costituito il documento, essere trascurato. Certe note essenziali dei concetti giuridici non possono per opera dell'evoluzione storica scomparire senza che con ciò scompaia il concetto stesso. Da ciò la spiegazione dell'ultimo paragrafo del nostro testo: dove: «*dum autem*», è detto, come sentendo l'impossibilità di trascurare del tutto l'elemento reale, «*apud maritum remanent eaedem cautiones, et dolum et diligentiam maritus circa eas praestare debet, qualem et circa suas res habere invenitur*».

Come in tutti gli altri casi in cui il documento è mezzo per l'esercizio del diritto che esso prova col suo contenuto, non si può dimenticare che le vicende cui esso è soggetto in quanto cosa potrebbero avere per effetto una maggiore difficoltà o un'impossibilità nell'esercizio del diritto. Così questo si trova ad essere collegato anche alle sorti del documento come cosa (1). Tutto ciò risponde a quella duplicità fondamentale degli elementi del documento, che è caratteristica della nozione stessa di documento.

Il più interessante rilievo suscitato da questo paragrafo, in cui già da altri fu notata l'introduzione giustiniana della *diligentia quam suis*, è che anche nel diritto ultimo fu un portato della struttura imprescindibile del documento la considerazione di esso alla stregua di una *cosa* per la determinazione del grado di responsabilità del marito, cui tale documento fosse consegnato dalla moglie *ut loco parapherni apud eum maneret*. È evidente che non poteva in questo periodo essere lo scarso sviluppo del documento come istituto a determinare la considerazione sotto certi rispetti dell'elemento reale che esso ha comune con ogni altra cosa. Ora, quando l'intera costituzione sia valutata come indice di quello che è nel diritto giustiniano il comportamento dei due elementi del documento nei rapporti che lo hanno ad oggetto, e la maggiore efficacia del contenuto si ponga a raffronto con quella dell'elemento reale, che sussiste sempre per certi effetti sebbene ridotta ai minimi termini, è lecito concluderne che neanche da un sistema giuridico in cui il documento come istituto ha assunto un notevole sviluppo l'elemento reale può essere trascurato. Da un canto l'efficacia di entrambi gli elementi deriva dalla struttura essenziale al documento e da

(1) Sulle difficoltà cui nei singoli casi dà luogo il perimento o la perdita o l'illeggibilità del documento, influisce soprattutto la regolamentazione giuridica del documento come istituto e quindi nei suoi rapporti col negozio o atto cui si riferisce e nella sua funzione di fonte di prova.

quella del rapporto di cui è oggetto, e dall'altro solo la diversa misura in cui ciascuno degli elementi reagisce nel rapporto può essere spiegata con considerazioni storiche. L'esempio ora esaminato (ciò valga a giustificare l'apparente digressione) era tale da rendere necessaria una considerazione più ampia del problema. La maggiore efficacia del contenuto consiste, come abbiamo già rilevato, nella tendenza a togliere all'atto compiuto sul documento (nel nostro caso alla consegna materiale di esso dalla moglie al marito) il significato di negozio giuridico per sè stante. L'oggetto del negozio giuridico è il credito (che costituisce il contenuto del documento stesso, e la cui configurazione come cosa ne rende concepibile a Giustiniano l'alienazione vera e propria), giacchè appunto per la struttura del rapporto non si riesce a pensare che esso possa avere ad oggetto il documento esclusivamente nel suo elemento reale.

Rapporti giuridici successorii

IX.

IL DOCUMENTO OGGETTO DI SUCCESSIONI E DONAZIONI

§ 1. I documenti come elementi di un'eredità. — § 2. Legati e fedecommessi di documenti.
— § 3. La donazione e la « mortis causa donatio » dei documenti.

§ 1.

L'eredità intesa come patrimonio ereditario può comprendere (nè occorrerebbe per ammetterlo che le fonti attestassero un fatto così evidente di per sè) documenti di svariatissime specie. Fra essi però ve n'è uno che, senza escludere la possibilità di casi eccezionali, se sia stata devoluta l'eredità per testamento non può mancare. Alludo alle tavole testamentarie le quali dissi in altre occasioni formare il centro in diritto classico di una sorta di legislazione speciale (1).

Al documento del testamento si riferisce appunto l'interdetto *de tabulis exhibendis* (2) che è un mezzo processuale avente carattere particolare da parecchi punti di vista, e perfino da punti di vista estrinseci e procedurali. Infatti D. 2, 12, 2 (Ulp. 5 ed.), fra gli altri provvedimenti (species) che possono essere chiesti al pretore anche nei giorni di ferie (*eadem oratione divus Marcus in senatu recitata effecit, de aliis speciebus*

(1) *Supra*, p. 244. Sulla proprietà delle *tabulae testamenti* cfr. I, § 2.

(2) Sui rapporti fra questo mezzo processuale e l'*actio ad exhibendum* cfr. VI, § 3.

praetorem adiri etiam diebus feriaticis) per il loro carattere di urgenza, annovera proprio l'interdetto cui ora è rivolta la nostra attenzione. Se vogliamo farci un'idea dell'interdetto *de tabulis exhibendis*, il primo testo da studiare è D. 43, 5, 1 pr. (Ulp. 68 ed.) in cui Ulpiano riferiva la clausola edittale relativa al nostro interdetto. Il quale ha ad oggetto le tavole che un defunto si pretende abbia lasciato come documento del proprio testamento (1). L'emanazione dell'ordine può essere ottenuta contro qualsiasi detentore, e contro chi abbia dolosamente abbandonato la detenzione (2): il pretore impone al destinatario, a favore dell'altra parte, l'esibizione delle *tabulae testamenti*. Non va trascurata l'ultima frase del passo, la quale, dichiarando compreso nell'interdetto anche qualunque *libellus aliudve quid relictum esse dicitur*, fa sorgere la questione, che tipo di documento sia il *libellus* menzionato. Probabilmente, sembra, si tratta di quei *libelli* con cui potevano disporsi i fedecomessi (3). E d'altronde la legittimazione di tutti gl'interessati a provocare l'emanazione dell'interdetto è attestata e dilucidata da D. 43, 5, 3, 10 (Ulp. 68 ed.) che riconosce il diritto di ricorrere al pretore, affine di ottenere la tutela dell'interesse alla conoscenza del contenuto delle tavole e perciò all'esibizione da parte di chiunque le detenga (4), a *omnes omnino, qui quid in testamento*

(1) Il termine *tabulae* dell'interdetto si allargava a comprendere (oltre le disposizioni scritte su tavolette) anche i documenti di ultima volontà scritti su carte e membrane: PAULI, *Sent.*, 4, 7, 6.

(2) Il risultato sarà che quando nel processo conseguente al rifiuto del destinatario di eseguire l'ordine, nel caso che non preferisca o non riesca a recuperare le tavole (che ha abbandonato), in forza dell'accertamento dei fatti egli sia ritenuto obbligato all'esibizione la condanna avrà per oggetto la somma di denaro equivalente alla valutazione dell'interesse dell'altra parte. Così interpretata, l'esibibilità dell'interdetto (contro chi abbandonò dolosamente la detenzione, D. 43, 5, 3, 6 [Ulp. 68 ed.]) può essere benissimo stata asseverata da Ulpiano (cfr. VI, § 3).

(3) C. 6, 42, 22 (Diocl. et Max., a. 293). Et in epistula vel brevi *libello* vel sine scriptura, immo etiam nutu fideicommissum relinqui posse adhibitibus testibus nulla dubitatio est.

(4) Cfr. la specificità di tale interesse rilevata *supra* a p. 244 s.

adscriptum habent. Infatti, il criterio in base a cui, per il frammento che ora stiamo esaminando, si determina la legittimazione attiva ha il suo fondamento nell'interesse alla conoscenza del contenuto; è vero che l'espressione *omnes omnino*, come fu rilevato dal CUGIA (1), talvolta è un indice formale non trascurabile, ma la rispondenza del principio enunciato al diritto classico risulta da altri passi delle fonti in modo indubitabile. Assai esplicito è, in conseguenza, il significato della legittimazione attiva all'interdetto per la nostra indagine. In ogni mezzo processuale, che dal diritto sia apprestato esclusivamente in rapporto a determinate forme di documenti, come accade appunto per il nostro interdetto e per l'azione *in factum* rivolta ad ottenere l'*editio rationum*, è protetto un interesse avente la sua ragion d'essere nel contenuto del documento. Lo stesso criterio adottato per stabilire quali persone possono ricorrere al pretore per ottenere l'emanazione dell'interdetto, dal quale abbiamo preso le mosse per queste riflessioni, si basa sull'interesse alla conoscenza del contenuto. In genere non s'insisterà mai abbastanza nel rilevare che, ogni qualvolta il diritto alla esibizione abbia fondamento *reale*, la giurisprudenza applica il mezzo processuale generale e non quello specifico. L'inettitudine del mezzo specifico a proteggere interessi *reali* si spiega colla struttura caratteristica del documento, che non è oggetto di interessi aventi una propria fisionomia se non in virtù del suo contenuto. Questa fisionomia, che costituisce il presupposto dell'applicazione dell'interdetto *de tabulis exhibendis* fatta nelle nostre fonti alle fattispecie concrete, non è riscontrata quando un testatore vivente, in forza dell'affermazione che il suo testamento è detenuto da un terzo (2), ne pretenda l'esibi-

(1) *Acceptilatio solutioni comparatur*, 49.

(2) I dati di fatto riferiti nel testo escludono appunto, secondo Ulpiano in D. 43, 5, 3, 5 (Ulp. 68 ed.), la possibilità dell'interdetto e fondano invece l'esercizio di un'azione *ad exhibendum* come preparatoria della rivendica.

zione. In questa ipotesi evidentemente essa è basata su un interesse *reale*, e non su quello alla conoscenza del contenuto del documento in parola.

Nei testi si discorre anche, nella discussione di questa questione della legittimazione attiva, di una diversa posizione dell'erede di fronte agli altri interessati, e sembra che la differenza consistente nella possibilità che ha l'erede di esperire l'azione *ad exhibendum* (1) sia spiegata dalla considerazione che l'erede è il solo che abbia un interesse *reale* all'esibizione. Egli infatti (lo sappiamo in base ai risultati del capitolo sulla proprietà del documento) è, per diritto classico, l'unico *dominus* delle *tabulae*; dove non c'è dominio delle tavole non esiste un interesse *reale* all'esibizione. L'unico interesse ha, nel senso dianzi chiarito e su cui non è davvero il caso di insistere ancora (2), il suo oggetto nel contenuto delle tavole. L'esposizione che ho fatta della legittimazione attiva mi dispensa dal dilungarmi su C. 8, 7, 1 (Valer. et Gall., a. 260) dove è affermata la legittimazione attiva del sostituto pupillare dal momento che il pupillo sia deceduto prima della pubertà. Il passo esige dunque nell'interessato a prendere conoscenza del contenuto delle tavole un interesse attuale, non meramente potenziale come può essere quello del sostituto prima della morte del pupillo (3). Nei casi di quest'ultima categoria, i romani dovettero (se il rescritto citato va inteso nel senso che solo dopo la morte del

(1) Cfr. D. 10, 4, 3, 8 (Ulp. 24 ed.): *si quis extra heredem tabulas testamenti, vel codicillos, vel quid aliud ad testamentum pertinens exhiberi velit, dicendum est, per hanc actionem agendum non esse: cum sufficiunt [sibi] interdicta [in hanc rem competentia]: et ita Pomponius*. Il valore di questo fr. (su cui cfr. *Index Interp.*, ad h. l.) fu studiato anche a proposito dell'azione *ad exhibendum* avente ad oggetto il documento.

(2) Nella trattazione che precede ho parlato, incentrando tutto il ragionamento su questo concetto, dell'interesse fondato sul contenuto come interesse alla conoscenza o alla notizia.

(3) È tuttavia da considerare anche che si cercava di tenere segrete le *tabulae* della sostituzione per timore d'insidie alla vita del pupillo: GAI, II, 181.

pupillo il sostituto può provocare l'emanazione dell'interdetto) negare qualunque tutela. Della sicurezza di questa interpretazione si può peraltro dubitare (per quanto, oltre l'autorità di BALDO, (1) essa abbia a suo favore, a quanto sembra, anche quella del CUIACIO) (2): giacchè è possibile che gl'imperatori abbiano riassunto il racconto dei fatti contenuto nella petizione senza enunciare un presupposto per la legittimazione dei sostituti.

Il destinatario dell'interdetto poteva rifiutarsi alla esecuzione dell'ordine pretorio, adducendo magari, che, avendo dubbi circa il proprio obbligo di esibire le *tabulae* al richiedente, desiderava il previo accertamento dell'esistenza dell'obbligo. La decisione della controversia nelle forme di un vero processo privato, che nell'ordinamento classico seguiva all'*interdictum redditum* da parte del destinatario e alla sua richiesta della *formula arbitraria*, poteva essere provocata nell'inerzia di lui da chi richiese l'emanazione dell'interdetto. Il termine entro cui poteva promuoversi dal richiedente la relativa azione *per sponsionem* era l'anno: questa pare l'esatta interpretazione di Pauli, *Sent.* 4, 7, 6, nel quale non si deve fare allusione al caso della *formula arbitraria*. Questa era chiesta dal destinatario dell'interdetto (v. sopra) appena l'ordine gli era significato e prima di uscire dal tribunale (3). Da questo passo risulta assai bene il carattere dell'interdetto classico (che non è un'azione), il quale però, a parte la differenza fondamentale fra azioni e interdetti, ha diversi caratteri affini all'azione *ad exhibendum*, come, se è genuino D. 3, 3, 62 (Pomp. 2 *ex Plautio*), quello d'avere normalmente funzione preparatoria di una successiva azione.

Al procuratore costituito dal legatario per ottenere il legato, se egli provochi contro l'erede l'*interdictum* (per accertarsi del-

(1) Cfr. *Corpus iuris civ.*, cit., Neapoli, Mirelli, 1828, ad h. l.

(2) *Ibidem*.

(3) Su tutto ciò cfr. GAI, IV, 162-165.

l'esistenza, nel testamento lasciato dal *de cuius*, del legato), secondo il nostro testo non può opporsi l'eccezione (1) che il promuovere l'interdetto sconfini dall'incarico.

Fra le altre questioni ricordo quella del rapporto che è stabilito fra *interdictum de tabulis exhibendis* e azione *legis Corneliae* sia in testi classici sia anche in costituzioni tarde (C. 9, 31, 1, 1 [Valens Grat. et Valentinianus, a. 378]). La questione è risolta nel senso del cumulo dei due provvedimenti sia nel diritto classico (per la differenza di natura fra interdetto e azione), sia nel diritto postclassico e giustiniano dove il cumulo si spiega colla funzione di risarcimento dell'interdetto.

Nel nostro rescritto è appunto quest'ultima la giustificazione implicita, giacchè il mutamento di certi cardini del diritto romano (specialmente del processo) è noto che non si produce di punto in bianco nel diritto giustiniano. È invece il risultato di una lunga evoluzione.

Un altro tipo di documenti considerato dalle fonti, i quali sono compresi nel patrimonio ereditario, e interessano soprattutto per il tema della prova del loro contenuto relativamente al resto del patrimonio ereditario, è quello dei conti del defunto. Ad essi si riferisce D. 29, 2, 28 (Ulp. 8 Sab.). Riportando il parere di Aristone, Ulpiano dice che il pretore *aditus* (da chi, nominato erede, abbia avuto assegnato, in seguito ad *interrogatio in iure* o a *postulatio*, lo *spatium deliberandi*) deve dare facoltà all'erede di richiedere i conti del defunto al depositario. Lo scopo, cui il successibile mira colla richiesta, è quello di conoscere, attraverso l'ispezione delle *rationes* stesse, la situazione del patrimonio ereditario. E in quanto l'*actio depositi* sarebbe inapplicabile, giacchè il chiamato non ha ancora accettato

(1) Che l'*exceptio* sia concepibile nella procedura interdittale, può essere confermato anche dalla recente tesi del DÜLL (*Der Gütegedanke* ecc., *passim*), secondo cui talvolta l'*exceptio* sarebbe stata di ostacolo alla *litis contestatio*: accanto all'*exceptio* come clausola della formula, c'è un'*exceptio* in senso lato.

l'eredità, oltre che potrebbe essere interpretata come una *gestio pro herede*, il nostro frammento deve alludere ad una autorizzazione data dal pretore in forma che oggi diremmo amministrativa. Ma il punto interessante non è tanto per noi il carattere del provvedimento concesso dal passo (nè per i fini della nostra indagine esso è significativo per sè) quanto l'atteggiarsi del documento. A questo proposito si rileva, a un'attenta considerazione, il caso di un altro mezzo processuale, che nel diritto classico, pur avendo ad oggetto un certo tipo di documenti in quanto cose, ha la sua ragione d'essere nel contenuto di tali documenti. Già al tempo di Aristone dunque il documento ha raggiunto uno sviluppo, s'intende sempre poggiante in ultima analisi sul piedistallo dell'elemento reale, per cui la giurisprudenza suggerisce al pretore la creazione di mezzi processuali nuovi. Questi in certo senso costituiscono i rudimenti della regolamentazione del documento in quanto fonte di prova, che nell'evoluzione posteriore si svincola per quanto può dallo stretto legame coll'elemento reale. Ma tale fenomeno è possibile solo colla formazione di un vero diritto processuale (1). Il documento non raggiunge nel diritto classico, soprattutto per la struttura privatistica ed arbitraria del processo formulare, una tale evoluzione; si può quindi parlare di ragioni storiche del mancato sviluppo del documento. Ciò non va però inteso in senso assoluto, giacchè nella direzione da noi studiata il documento raggiunge tutta l'evoluzione di cui è suscettibile nel diritto classico. La comune affermazione che il diritto romano classico è un'atmosfera sfavorevole alla vita del documento dipende dal preconconcetto che il documento non sia mai potuto vivere al di fuori dell'ambiente del processo moderno. Nondimeno questa idea non è da condividere. Il documento, che vive

(1) Inteso come un complesso di norme di diritto pubblico, fra cui un gruppo a parte è rappresentato da quelle dirette al giudice relative alla prova.

e prospera — perchè non manca la considerazione e l'influsso giuridico del contenuto che accanto all'elemento reale ne è l'altro elemento essenziale — nell'atmosfera del diritto romano dell'epoca classica, smentisce appunto quell'idea. In altre parole, benchè il diritto classico, come dovrebbe dimostrare un'altra ricerca che la presente postula, non conosca il documento come istituto giuridico processuale, esso è giunto a elaborare giuridicamente in certe direzioni l'elemento del contenuto attenendosi alla considerazione *reale* dei documenti.

Il testo visto ora, quello cioè che riferisce il parere di Aristone circa l'ispezione da parte dell'erede, cui sia stato concesso lo *spatium deliberandi*, dei conti del defunto relativi al patrimonio ereditario, richiama D. 28, 8, 5 (Ulp. 60 ed.). Anche qui è fatto ricorso alla stessa autorità di Aristone, ed è poi affine l'argomento esaminato, che pare riferirsi sempre alle indagini fatte durante lo *spatium deliberandi* dall'erede istituito sulla consistenza del patrimonio ereditario. D. 28, 8, 5 pr. (Ulp. 70 (1) ed.) Aristo scribit non solum creditoribus, sed et heredi instituto praetorem subvenire debere [hisque copiam instrumentorum inspiciendorum facere, ut perinde instruere se possint, expediet nec ne agnoscere hereditatem]. < ?? >. Il passo comincia col riportare il principio enunciato da Aristone, che il pretore, oltre a preoccuparsi dell'interesse dei creditori ereditari, deve tenere nel dovuto conto anche quello dell'erede. Di qui la conseguenza, che il pretore deve dare facoltà *his* di esaminare i documenti, *ut perinde instruere se possint expediet necne agnoscere hereditatem*: il primo intoppo che s'incontra (dove si voglia interpretare il testo), e che fa sospettare la mano compilatoria, è quel plurale *his*. Infatti esso non concorda col singolare *heredi instituto*, cui nella redazione attuale tutta la

(1) LENEL, CUIACIO, KRÜGER correggono: 60 ed. Cfr. *Index Interp.*, ad h. l.

discussione è relativa (1). E le cose non procedono lisce nemmeno nel seguito del frammento (o la storditaggine del compilatore o la distrazione dell'amanuense sono responsabili di quel *perinde*), essendo impossibile attribuire ad Ulpiano la frase *agnoscere hereditatem*. In rapporto alla eredità si parla di adizione e l'*agnitio* si riferisce solo alla *bonorum possessio* nella terminologia e nel pensiero dei classici.

Ulpiano (che forse discorreva di chi aveva diritto alla *bonorum possessio*) parla di *instrumenta inspicienda*: per l'accento, che abbiamo visto, ai creditori, si deve ritenere, come significato di questi *instrumenta*, che essi siano i documenti provanti i debiti del defunto (2).

Di qui la più importante conseguenza per i fini specifici di questa nostra ricerca (perchè noi studiamo in questo capitolo i documenti come elementi del patrimonio ereditario): gl'*instrumenta*, di cui sono proprietarii i creditori, non fanno parte del patrimonio ereditario.

Ma esistono casi interessanti, in cui le fonti parlano di documenti trovati nell'eredità del defunto; e sorge la questione se quell'espressione indichi l'appartenenza dei documenti al patrimonio ereditario (3).

Le ipotesi che qui si presentano, nei riguardi delle relazioni fra documenti e patrimonio ereditario, sono connesse con problemi svariati, ma una soprattutto deve esser tenuta presente: quella prospettata in D. 39, 5, 35, 2 (Scaev. 31 dig.). La fattispecie espone che una nonna ha dato a mutuo una somma di denaro a nome del nipote; essa ha riscosso sempre gl'interessi

(1) La Glossa (gl. *hisque*) interpreta: *haeredi et creditoribus*; ma come si fa a riferire ai creditori l'indagine *expediet necne agnoscere hereditatem*?

(2) Così secondo una delle interpretazioni proposte dalla Glossa (gl. *Instrumentorum*): *Haereditarium... vel secundum quosdam existentium penes creditores haereditarios*.

(3) Bisogna nettamente distinguere dal caso dell'appartenenza l'ipotesi in cui fra le cose ereditarie si trovino documenti che non sono elementi di quel patrimonio ereditario.

dai debitori, ed ha ricevuto dal nipote, cui pare dunque li avessero dati i debitori, i documenti. Questi sono stati poi trovati nell'eredità della nonna medesima (frattanto venuta a morte). Dobbiamo chiederci se i documenti fossero proprietà della nonna, e rammentare che essa li aveva ricevuti dal nipote, cui è difficile pensare che antecedentemente li avesse consegnati. L'affermazione che i documenti sono trovati nell'eredità di essa, nel caso si accetti la semplice linea di ragionamento da me seguita fino a qui, ha il significato che all'apertura della successione si trovano fra le cose costituenti il patrimonio ereditario anche documenti che non ne fanno parte.

Anche nello studio del seguito del testo è necessario riconoscere la grave difficoltà di interpretazione. Nel quesito rivolto a Scevola si sarebbe, secondo dice il passo, domandato al giureconsulto *an donatio perfecta esse videatur*: si tratta di un rapporto, questo è l'unico dato sicuro, fra il nipote e la nonna. Fra loro, dunque, si chiede se la donazione sia *perfecta* (l'oggetto della donazione, ecco la prima difficoltà, non si sa quale sia), e per i classici di *donatio perfecta* si parla in relazione alla legge Cincia. È noto che questa legge non dichiarava nulle le donazioni oltre il *modus* da essa stabilito; si provvedeva mediante un'eccezione, che paralizzava le donazioni obbligatorie, finchè non fossero state adempiute, e, trattandosi di obbligazioni di dare, il donatario non avesse ottenuto colla *traditio* il possesso della cosa. Le donazioni reali erano salve, purchè al donatario fossero stati trasferiti proprietà e possesso. Pur tuttavia circa le cose mobili, il donante, anche avendole debitamente trasmesse (se *res Mancipi*, mancipate e tradite; se *nec Mancipi*, tradite), poteva ricuperarle, finchè si trovasse in condizione di esperire l'*interdictum Utrubi*. Si dissero *perfectae* le donazioni di cose immobili mancipate e tradite, se *res Mancipi*, di cose immobili tradite, se *res nec Mancipi*, e infine le donazioni di cose mobili che, oltre ad essere state debitamente trasferite,

fossero state possedute dal donatario *maiore parte anni* (1). Che di *donatio perfecta* si parli in rapporto alla legge Cincia, è dimostrato dal fatto che nella Palingenesia il testo sta sotto la rubrica relativa alla legge Cincia.

Il diritto romano, peraltro, eccettua i congiunti e quindi l'ava, cui si riferisce il frammento da noi studiato, dal divieto della legge Cincia: *perficitur donatio in exceptis personis sola mancipatione vel promissione* (Fragm. Vatic. 310 [Paul. 23 ed. de brev.]). Con questa formulazione Paolo abbracciava i casi di *donatio* di *res Mancipi* e di *stipulatio donationis causa*; nella nostra ipotesi non si tratta nè dell'una cosa nè dell'altra. Si tratta del problema se il nipote sia divenuto creditore dei mutuatari. Solo che, ponendo questa questione, si pone implicitamente l'altra, se sia *perfectum* quel rapporto di liberalità che sta a base della fattispecie nelle relazioni fra nonna e nipote. Come si configura questo rapporto? BARTOLO lo considerò un mutuo fatto dalla nonna senza il consenso del nipote mutuante: *Conventio, per quam absentis quaeritur actio, perficit donationem sicut traditio* (2). Ma un mutuo senza consenso è inammissibile per i classici. Io supporrei che il nipote intervenisse al negozio, e in questo caso non sarebbe a parlare di mancanza del suo consenso. La sua presenza può essere forse dimostrata dall'affermazione che la nonna *instrumenta debitorum a Labeone recepit*: se, come abbiamo supposto, il nipote ha ricevuto i documenti dai debitori, pare che sia intervenuto al negozio. Potrebbe pensarsi ad una delegazione; ma il passo non accenna ai contratti formali fra i mutuatarii e Labeone, coi quali dovrebbe attuarsi la delegazione.

I documenti appartenenti a un'eredità sono designati in generale come *hereditariae tabulae*: nelle fonti si considera l'ipo-

(1) Su tutto ciò cfr. BONFANTE, *Ist.* 514 s. V. *Fragm. Vatic.* 311 (Paul. 23 ed. de brev.)
 (2) *Corpus iuris civ. cit., Venetiis, Bevilacqua*, 1569, ad h. l.

tesi di distruzione di esse, cui ora dobbiamo dedicare qualche riflessione. D. 47, 2, 29 (Ulp. 41 Sab.) Hoc amplius et ad exhibendum agi potest [et interdicto quorum bonorum agi poterit] (?), 30 (Paul. 9 Sab.) si hereditariae tabulae deletae sint. Per la distruzione delle *hereditariae tabulae* i frammenti riferiti danno, oltre l'azione *ad exhibendum*, su cui facemmo qualche cenno nel § ad essa relativo e su cui non torneremo (sarebbe fuori luogo), l'interdetto *quorum bonorum*, che merita qualche parola. Questo interdetto compete: dal punto di vista classico, a chi abbia ottenuto la *bonorum possessio*: dal punto di vista giustiniano, anche all'erede per l'avvenuto ravvicinamento dei due sistemi (*hereditas e bonorum possessio*). L'interdetto si dirige contro il possessore *pro herede* o (distinzione esplicitamente fatta nella clausola interdittale: cfr. D. 43, 2, 1 pr. [Ulp. 67 ed.]) *pro possessore* di oggetti ereditari. A chi abbia distrutto cose ereditarie se ne può ordinare, se la distruzione fu dolosa, la restituzione coll'effetto che, non potendo egli obbedire all'interdetto, nel conseguente processo sarà condannato all'*id quod interest*. I nostri frammenti applicano, come pare, le regole classiche solo se intendono (1) che l'interdetto possa essere chiesto da chi abbia ottenuto la *bonorum possessio* pretoria. Solo il processo di ravvicinamento, che si è compiuto nel diritto giustiniano, il quale non vede più nessuna differenza fra *hereditas e bonorum possessio*, spiega lo scambio dei relativi mezzi processuali. Che il contenuto dei documenti ereditari non eserciti influsso giuridicamente rilevante (il fatto che solo dal contenuto tragga vita l'interesse alla restituzione o al risarcimento resta a questo proposito giuridicamente indifferente) sul mezzo di applicazione generale cui si ricorre è evidente. Ma una tale constatazione si trova in armonia con quanto abbiamo sostenuto, quando affermammo sopra in più occasioni che la reazione

(1) Questo presupposto sarebbe peraltro del tutto sottinteso dai passi in parola.

del contenuto, sulla struttura del rapporto di cui il documento nell'insieme dei suoi elementi è oggetto, ha in massima giustificazione strutturale, dogmatica.

Nell'*actio familiae esciscundae* i documenti ereditari possono venire in considerazione per diversi rispetti: non solo in quanto si renda necessaria l'aggiudicazione del possesso di essi, nel senso visto nel paragrafo sul condominio dei documenti, bensì anche in quanto, per effetto di distruzione o cancellazione di documenti ereditari prima della divisione, l'azione serva ad ottenere dal coerede danneggiante il risarcimento del danno; non già che nel diritto classico l'azione, che ha per fine la divisione, possa essere esperita per il solo risarcimento (1).

§ 2.

Nell'epoca classica la giurisprudenza, decidendo questioni insorgenti nella vita pratica del diritto, in cui gli istituti appaiono nel loro funzionamento dinamico e non nella staticità della loro struttura, tratta il caso del legato in confronto dei documenti con frequenza. Si esamina per es. se nel legatario dei conti del banchiere passi l'obbligo all'*editio* (v. VI, §4), che incombeva sul suo autore, e aveva la sua ragione d'essere nella professione di interesse pubblico da lui esercitata: D. 2, 13, 9, 1 (Paul. 3 ed.) (2). Conforme al fondamento dell'obbligo e al principio che gli obblighi si trasmettono solo nel successore, al di fuori della quale nozione resta il legatario, il passo nega che costui in quanto tale sia obbligato all'*editio*, quasi che essa costituisse un obbligo correlativo al dominio.

(1) Tutto ciò, che io ritengo come implicito in D. 10, 2, 16, 5 (Ulp. 19 ed.), è da considerare dell'interpretazione del frammento, se non si vuole, come si può evitare (una volta che esso ha senso anche per diritto classico), pensare che la frase sia dei compilatori.

(2) Per le interpolazioni giustiniane cfr. anche PRINGSHEIM, *Kauf*, ecc., p. 152.

C. 8, 36, 3 (Grat., Valentinianus et Theod., a. 380) detta il sistema da seguire quando è legata una cosa litigiosa, o un *ambiguum chirographum*, in cui l'ambiguità del contenuto è parificata alla litigiosità della cosa. In questa parificazione ha il suo peso il fine economico imprescindibile da ogni legato di documento di credito. Chi lega un documento di credito non mira solamente, e può anzi non accorgersi neanche che tale è il primo effetto della sua disposizione, a trasmettere nel legatario la proprietà del documento, ma a fornirgli il mezzo di esigere il credito che il documento prova. Le osservazioni svolte altrove persuadono che in progresso di tempo la rilevanza giuridica dell'elemento reale, nel documento considerato nel suo insieme come cosa, si è andata attenuando. Infatti il documento non può essere nel diritto postclassico in dominio di una persona, che non sia quella interessata al contenuto. Il legato del documento di credito si concepisce come legato che abbia per oggetto il credito, e il parallelo dell'appartenenza di una cosa al proprietario è la spettanza del credito al titolare.

La posizione del legato del documento di credito nel quadro del diritto postclassico spiega il precetto finale del rescritto secondo cui, per il caso di legato di *ambiguum chirographum*, gli eredi debbono pagare ai legatari la somma che ne è oggetto. L'esperimento dell'azione contro l'eventuale debitore, che porta la possibilità della sconfitta, non avrebbe potuto essere addossato al legatario, dato che fra legato di cosa corporale e legato di credito non si faceva alcuna differenza.

Accanto all'ipotesi, di maggiore complicazione, che al legatario sia lasciato (come nel caso ora veduto) il chirografo di un credito il quale dia luogo a discussioni, nei rapporti col preteso debitore, possiamo considerare, in Paul. III, 6, 59, il comportamento delle *cautiones debitorum* e delle *rationes servorum* in un legato, il quale abbia come suo oggetto *omnia quae in domo sunt*. In questa formula Paolo ritiene comprese appunto

le *cautiones* e le *rationes*, dettando così un'interessante regola interpretativa). Per quanto riguarda l'efficacia del contenuto dei documenti, la decisione non dà modo di valutarla, mentre l'elemento reale che è il sostrato del documento non può essere trascurato. Legati tutti gli oggetti, *quae in domo sunt*, senza eccezioni, la volontà del testatore va interpretata come la interpreta Paolo. La differenza essenziale fra questi varii oggetti, soprattutto fra le cose aventi un'utilità diretta dal punto di vista economico (1) e i documenti di qualunque specie, si è già rilevata in altre parti (p. 289).

L'interpretazione della volontà del testatore si impone in un'ipotesi affine in certo senso a quella esaminata ora, cioè nel caso di prelegato di alcuni fondi, disposto nella forma seguente: D. 32, 92 pr. (Paul 13 resp.) 'Si mihi Maevia et Negidia filiae meae heredes erunt, tunc Maevia e medio sumito praecipito sibique habeto fundos meos illum et illum cum casulis et custodibus omnium horum fundorum et cum his omnibus agris, qui ad coniunctionem cuiusque eorum fundorum emptione vel quolibet alio casu optigerint, item cum omnibus mancipiis pecoribus iumentis ceterisque universis speciebus, quae in isdem fundis quove eorum cum moriar erunt, uti optimi maximique sunt utique eos in diem mortis meae possedi et, ut plenius dicam, ita uti cluduntur'. In uno dei fondi prelegati, esiste un *tabularium* in cui sono riposti, oltre documenti relativi ai fondi medesimi che sono oggetto del prelegato (e che interessano perciò il prelegatario), documenti di compre di parecchi schiavi e di varii contratti, nonchè *debitorum nomina*. A questa

(1) Quale in concreto sia questa utilità, è problema giuridicamente irrilevante. Alle cose più svariate (che si possono trovare in casa, tenuto presente il mondo economico romano del III sec. d. C.; denari, arnesi varii ecc.), che hanno un'utilità diretta, si oppongono i documenti i quali non hanno — si è detto diverse volte a proposito della trattazione dei più svariati argomenti — altra utilità, se non quella che loro deriva dal contenuto, il quale è termine del loro valore probatorio.

fattispecie si riferisce la questione se quei documenti rimangano comuni tra i coeredi o spettino esclusivamente al prelegatario. Paolo risponde che i documenti delle compre degli schiavi e quelli dei crediti non sono compresi nel legato: certamente egli si ispirò all'esatto concetto che tali documenti non fanno parte del corredo dei fondi prelegati. A questo soltanto — nel modo più ampio — si riferisce la disposizione testamentaria. Lo stesso concetto sta a base della decisione del § 1 dello stesso passo dove (nell'ipotesi di fedecommesso di case colla formula *nullo omnino excepto, cum omni instrumento et repositis omnibus*) si decide che il testatore non ha inteso comprendere nel fedecommesso nè i documenti dei suoi crediti nè la *pecunia numerata*. Qui la formulazione della disposizione allude agli *instrumenta* che costituiscono l'arredo delle case.

Nel caso che *uxori vir omnia, quae in domo erant, praestari voluit*, Papiniano dette il responso riferito da D. 33, 7, 12), 45 (Ulp. 20 Sab.) :.... *cautiones debitorum emptionesque servorum non videri legatas respondit, nisi, inquit, ex alia parte et de servis eum cogitasse apparuerit, scilicet ut eorum servorum ei legasse videatur emptiones, quos et ipsos voluit ad eam pertinere*. Il *praestari voluit* fa pensare che si tratti di un caso di fedecommesso di tutte le cose che si trovavano in casa. L'erede non può esser gravato di un legato (1) a favore della madre avente ad oggetto quei documenti, perchè le cose *quae in domo sunt* vengono intese come quelle costituenti il *corredo* della casa. Esse non comprendono documenti relativi a diversi negozii, i quali evidentemente di quel *corredo* non fanno parte. I documenti però si ritengono lasciati nel caso, che da qualsiasi elemento appaia una tale volontà del testatore, nel caso p. e. di legato degli schiavi, all'acquisto dei quali si riferiscono le *emptiones servorum* nominate innanzi.

(1) Abbiamo detto che probabilmente Papiniano si riferiva ad un fedecommesso: in questa ipotesi l'uso del verbo *legare* andrebbe attribuito ai compilatori, e collegato all'*exaequatio* fra legati e fedecommessi.

Ora, vale la pena che il nostro sguardo si volga a D. 32, 102 pr. (Scaev. 17 dig.), oggetto del quale è un gruppo di questioni nascenti da una disposizione testamentaria che rammenta in certo modo quelle viste finora. C'è solo qualche differenza consistente — come emerge dal confronto della disposizione stessa colle altre esaminate nei testi studiati sopra (1) — nel fatto che nel passo in parola i documenti di credito che si intendono legare sono richiamati espressamente. Ciò mostra che il testatore li ha particolarmente di mira. Dopo avere dunque il testatore disposto un legato, avente per oggetto le sue valige *et quidquid in his conditum erit, quae membranulis mea manu scriptis continebuntur, nec ea sint exacta cum moriar, licet in rationes meas translata sint et cautiones ad actorem meum transtulerim*, ripose nelle valige, all'atto di intraprendere un viaggio, oltre una somma di denaro anche alcuni chirografi redatti da suoi debitori. Il seguito della fattispecie, tali sono le sgrammaticature e le improprietà di linguaggio giuridico che vi si ammirano, pare recare gli effetti delle omissioni, sviste ed aggiunte dell'amanuense. Si è voluto inserire, prima dell'ablativo assoluto *chirographis exactis*, un *tam* che possa funzionare come correlativo al *quam* precedente l'altro ablativo assoluto *pecunia erogata* (2). Ma poi meraviglia anche l'espressione *chirographa praediorum* la quale sembra indicare i documenti della compra vendita (3). Neanche nel diritto giustiniano, infatti, sembra possano essere chiamati chirografi i documenti di compra vendita. A questo proposito va escluso che i chirografi provino il debito, non ancora soddisfatto, del prezzo che il compratore

(1) In questi la forma della disposizione è generale, e sorge la questione se i documenti siano o no implicitamente compresi in essa.

(2) Cfr. l'ediz. ital. (BONFANTE, FADDA, FERRINI, RICCOBONO, SCIALOIA) del *Digesto*, ad h. l.

(3) Già il MOMMSEN cancellò le parole *praediorum quae postea comparaverat*: KRÜGER, ad h. l.

doveva al venditore: chi redige come debitore un documento di credito lo consegna al creditore. La tradizione (vedemmo a suo tempo) ne trasferisce il dominio appunto a costui. La *quaestio* è intimamente connessa coll'ultima parte della fattispecie e sembra sicura l'alterazione subita per opera dell'amanuense dal responso che nega essere dovute alla legataria *quae* (si noti come la formulazione, che troviamo nel responso attribuito a Scevola, corrisponda a quella adottata dal testatore) *mortis tempore in his lateralibus essent et membranis manu eius scriptis continerentur*. Il CHARONDAS (1) infatti inserì un *nisi* prima del *quae*. D'altra parte la scorrettezza di questa frase si presenta, per la nostra ricerca, a confronto di quanto segue, di un'importanza e di un valore molto ridotto.

Invece del problema esaminato finora è fondamentale un altro problema, che attinge radicalmente all'essenza e alla funzione del contenuto del documento.

La questione, esaminata anch'essa nel nostro passo, è se, trovandosi riposte nelle famose valige, e quindi comprese nel legato, le *emptions praediorum*, s'intendano legati i fondi cui esse sono relative. Non si sbaglia vedendo in questo modo posto non altro che il quesito circa la funzione rappresentativa del documento giustificativo della proprietà rispetto all'oggetto cui si riferisce.

Il problema si risolve nel senso che il trovarsi compresi nel legato quei documenti non significa per Scevola *legato dei fondi*, come il diritto giustiniano tende a concepire e, secondo la comune opinione (v. I § 5), traduce in istituti giuridici come la *traditio instrumentorum* — che fermò più sopra la nostra attenzione. Se il legato di documenti significasse senz'altro legato di fondi, il documento avrebbe funzione di titolo rappresentativo dell'oggetto.

(1) Cit. in KRÜGER, ad h. l.

Il caso in cui si può *defendi praedia quoque deberi* è dato dall'ipotesi, considerata nel passo, che il testatore tenesse i documenti nelle valige coll'intento che *his legatariae datis proprietates praediorum praestaretur*. In tal caso l'estensione del legato ai fondi deriva dall'interpretazione della volontà del defunto. Così il documento può validamente esplicare la sua funzione rappresentativa solo in forza dell'interpretazione della volontà del disponente: Giustiniano concesse invece al documento, che avesse valore giustificativo della proprietà di una cosa, tale potere in rapporto alla funzione rappresentativa, che ritenne senz'altro (indipendentemente dall'interpretazione della volontà caso per caso) la donazione e la relativa consegna del documento come equivalente rispettivamente alla donazione e all'effettivo trasferimento di proprietà della cosa.

Finalmente in proposito si debbono ricordare due considerazioni di carattere sostanziale, che militano per la classicità dell'eccezione. La prima è l'efficacia che, seguendo peraltro in prima linea l'interpretazione della volontà del testatore (1), è riconosciuta alla consegna dei documenti in esecuzione del legato: questa consegna, invece di operare automaticamente il trasferimento di proprietà dei fondi, lascia sussistere in rapporto a questi un credito della legataria.

L'altro argomento è il tono dubitativo, pel quale il giuriconsulto ha l'aria di introdurre una novità quasi timidamente colla frase *posse defendi praedia quoque deberi* (in cui si ha una conferma formale della classicità).

I presupposti della questione esaminata, circa la validità di fedecommesso disposto per lettera diretta a persona non beneficiata dall'eredità, dal D. 31 77, 26 (Pap. 8 resp.) sono: 1° la

(1) Probabilmente anzichè ad un legato il responso si riferiva a un fedecommesso. Infatti anche nel § 1 del fr. si introduce colle parole *pater familias ita legavit* una disposizione fedecommissaria: *dari volo*.

redazione di una lettera esprimente la volontà di donare dei fondi al proprio figlio; 2° il deposito *in aede sacra* della lettera da parte dell'autrice; 3° la spedizione all'*aedituus* di una seconda lettera del seguente tenore: *instrumentum voluntatis meae post mortem meam filio meo tradi volo*; 4° la delazione dell'eredità della madre a più eredi ab intestato. Il fr. ammette la validità del fedecommesso in ordine ai fondi. È necessaria la determinazione della efficacia di questo fedecommesso. Il fatto che ne siano considerati oggetto anche i *praedia* non deriva dall'essere attribuita funzione rappresentativa alla cosiddetta *epistula donationis*. La larghezza d'interpretazione della volontà impone di considerare la volontà espressa nella seconda lettera come diretta a confermare quella manifestata nell'*epistula*.

Se il marito è stato onorato dalla moglie, non avendo obbligo di restituzione della dote, di un fedecommesso avente ad oggetto i documenti relativi ai fondi dotali, C. 6.50 15 (Diocl. et Max., a. 294) ne dichiara la validità. Se l'erede si rifiuta, può essere costretto con una forma di *cognitio extra ordinem* ad adempiere la volontà della disponente (1). Ora già nel diritto classico *Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit, ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere, proinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur*. (Gai II 254). Gli eredi, per pretendere che il fedecommesso potesse intaccare la quarta, dovevano volere stabilire il valore economico del documento misurandolo su quello della cosa relativa; l'imperatore rispose non avere senso un computo di tal genere. Con ciò la distinzione tra contenuto del documento di proprietà e contenuto del documento di credito giustifica il diverso valore

(1) Sorge il problema perchè la moglie avesse il dominio dei documenti: tale possibilità, derivante probabilmente dal fatto che il costituente aveva consegnato quei documenti alla moglie, appare spiegabilissima, e mostra che anche all'epoca diocleziana il documento conserva autonomia reale.

economico (1) del documento secondo che appartenga all'una o all'altra forma.

Ed ora esaminiamo l'influsso del contenuto sul legato di documento di credito, come appare in D. 30. 44, 5 (Ulp. 22 Sab.) (v. anche III § 2 per la compra-vendita), dove è enunciato il principio che chi lega un chirografo lega il debito. Il defunto, legando il chirografo, non può, dato il carattere rappresentativo del documento, avere semplicemente voluto attribuirne all'onorato il dominio; il defunto deve avere voluto avvantaggiare il legatario col godimento dell'utilità fornita dal contenuto. L'attuazione di questa volontà non poteva essere ottenuta, sia per l'intrasmissibilità del rapporto obbligatorio singolarmente considerato, sia per l'autonomia del documento, come automatica conseguenza del trasferimento del dominio del chirografo. L'effetto voluto dal testatore era possibile considerando gravato l'erede anche dell'obbligo di costituire il legatario *procurator in rem suam*.

Il fine cui mira il testatore è anche da Giuliano interpretato nello stesso senso, quando in D. 32, 59 (Iul. 34 dig.) spiega che chi lega il chirografo vuole che vengano cedute al legatario le azioni relative. Il principio si può attribuire a Giuliano, e illustra la concezione classica del legato del chirografo.

Colla disposizione testamentaria riferita all'inizio di D. 31. 88, 8 (Scaev. 3 resp.) il testatore voleva certamente trasferire nel legatario il diritto di credito. Nel diritto classico si doveva attuare la volontà del testatore coll'aiuto di mezzi pretorii.

Altre volte, viene posto il caso di una testatrice che «*Seio tesseram frumentariam comparari voluit post diem trigesimum a morte ipsius*», quando è fatta questione se competeva a Seio

(1) Nella parte relativa ai delitti commessi su documenti studiai i criteri della valutazione del documento di credito; cfr. D. 47, 2, 27 pr. (Ulp. 41 Sab.) e D. 47, 2, 83 (82), 3 (Paul. sent., 2, 31, 32).

qualche azione nell'ipotesi che in vita della testatrice abbia acquistato la tessera da causa lucrativa. Si tratta di un fedecommesso (D. 31, 87 pr. [Paul. 14 resp.]). Interessante è il responso, che afferma doversi prestare al fedecommissario il prezzo della tessera, in base al rilievo che il fedecommesso proposto *magis in quantitate quam in corpore consistit*. In un altro fr. troviamo esaminato il problema se il legato della tessera venga estinto per morte del legatario (nell'intervallo tra l'apertura della successione e l'esecuzione del legato). Il problema è risolto affermativamente da alcuni (*quidam putant extinguere legatum*): D. 31, 49, 1 (Paul. 5 ad l. I. et P.). Paolo riprova questa decisione per il motivo che *cui tessera vel militia legatur, aestimatio videtur legata*. Conviene riconoscere che già al tempo di Paolo la tessera era ritenuta un misuratore di valori: il documento è giunto a un notevole grado di sviluppo giacchè, quando lo si considera un emblema di capitale, sull'elemento reale ha preso il sopravvento il contenuto. Quanto alla circolazione delle tessere fu osservato anche dal PERNICE (1) che di una vera cessione del credito non può essere parola; trova conferma il principio su cui si basa in diritto romano l'inconcepibilità di documenti del tipo dei moderni titoli. Il cessionario della tessera per il PERNICE compare in luogo del titolare, quasi *procurator in rem suam*, come abbiamo visto accadere all'acquirente di documenti di credito privati (anche in sede di compra-vendita: cfr. III § 2). Il cedente potrà cedere l'esercizio del suo diritto, anzichè gratuitamente come nel legato, anche a titolo oneroso.

Accanto all'ipotesi che al legatario siano lasciati documenti giustificativi della proprietà o di credito si ha quella che a favore del legatario o (D. 34, 3, 28, 9 [Scaev. 16 dig]) del fedecommissario gli eredi debbano rinunciare al diritto alla consegna

(1) *Parerga* 2, 99.

dei conti e dei documenti relativi ai rapporti con l'amministrato di cui questi non avesse la proprietà. L'esame della forma della disposizione riferita nel fr. dimostra che essa è relativa ad un liberto: il testatore gli rimette l'obbligo del rendiconto. La dimostrazione tentata a suo tempo che nell'obbligo del rendiconto si comprende l'obbligo alla consegna dei documenti (cap. IV) mi esime qui da lunghi discorsi. Il testo esamina la questione dell'interpretazione del fedecommesso senza riguardo particolare all'elemento documentale; osservo come dal contenuto dei documenti e dal loro riferimento ai rapporti d'amministrazione deriva questa figura della *liberatio rationum*. Il contenuto dei documenti non può non esercitare questa efficacia particolare sul rapporto in questione.

La liberazione dall'obbligo del rendiconto è concepibile anche rispetto al *curator minoris*: D. 34, 3, 20, 1 (Mod. 10 resp.) considera, in ordine alla disposizione «*quae-stionem curatoribus meis nemo faciat, rem enim ipse tractavi*», il problema se gli eredi possono chiedere ai curatori la *rationem curae*.

Altrove si esamina la portata del divieto di esigere che il liberto amministratore renda i conti (D. 34, 3, 31, 1 [Scaev. 3 resp.]) in relazione ai documenti. La disposizione testamentaria è: *et si quid me vivo gessit, rationes ab eo exigi veto*. Si pone la questione se il liberto debba consegnare agli eredi le *chartae in quibus rationes conscriptae sunt* e il residuo. Il passo non si discosta, neanche per la risoluzione del problema relativamente ai documenti, da un criterio *reale*; dichiara, anche per le *chartae rationum*, potere l'erede esperire la rivendica in quanto il dominio ne spettasse al defunto.

D. 30. 119 (Marcianus 1 reg.) Si *servus vetitus est a testatore rationes reddere, non hoc consequitur, ut ne quod apud eum sit reddat et lucri faciat* [, *sed ne scrupulosa inquisitio fiat, hoc est ut neglegentiae ratio non habeatur, sed tantum fraudium*].

ideo et manumisso non videtur peculium legari per hoc, quod vetitus est rationes reddere (1).

Il valore dell'esenzone dal rendiconto per lo schiavo è da questo fr. ridotto alla liberazione da una scrupolosa inquisitio: ma si è a ragione dubitato che quest'espressione non sia classica (2). Sembra invece classico il concetto che lo schiavo (rimasto nello stato di schiavitù fino all'apertura della successione), come non ha potuto avere il dominio dei documenti, così si trova esposto alla revindica dell'erede. Nel fr. si parla poi di un'attenuazione della responsabilità che si limiterebbe alle frodi. Ciò costituisce (per la dottrina prevalente) una dilucidazione triboniana, in quanto i classici sarebbero alieni dall'opporre la negligenza alle frodi; nella frase finale ritorna comunque un motivo classico, giacchè è ovvio che anche il peculio non viene legato allo schiavo per effetto dell'esenzone dal rendiconto.

L'eventualità di un prelegato delle *rationes* ad uno degli eredi è considerata in D. 10, 2, 8 pr. (Ulp. 19 ed.) Pomponius scribit, si uni ex heredibus praelegatae fuerint rationes, non prius ei tradendas, quam coheredes descripserint. nam et si servus actor, inquit, fuerit legatus, non alias eum tradendum, quam rationes reddiderit. nos videbimus, numquid et cautio sit interponenda, ut, quotiens desideratae fuerint rationes vel actor praelegatus, copia eorum fiat? [plerumque enim authenticae rationes sunt necessariae actori ad instruenda ea quae postea emergunt ad notitiam eius spectantia.] et necessarium est cautionem ab eo super hoc coheredibus praestari (3).

Il fr. consente ai coeredi di procacciarsi una copia delle *rationes*, prima di consegnarle al prelegatario. Non può affermarsi con sicurezza la classicità del precetto, nè è possibile (per la sua

(1) Cfr. *Index Interp.*, ad h. l.

(2) KUNKEL, *S.Z.* 45, 327^s; ALBERTARIO (*Contributi alla critica del Digesto*, 53) non ha dubbii sull'interpolaz.

(3) Cfr. *Index Interp.*, ad h. l.

correttezza formale) attribuirlo senz'altro ai bizantini, ma esso rappresenterebbe un'evoluzione del documento come istituto, che lascia incerti per l'epoca classica. Il contenuto rende in questa ipotesi e secondo questo testo necessaria la formazione delle copie: questa sorta di rilevanza del contenuto deriva dal fatto che l'interesse al contenuto stesso resta comune. Può anche il testatore avere prelegato uno schiavo amministratore e in questa ipotesi si decide *non alias eum tradendum quam rationes reddiderit*: Ulpiano si domanda se debba interporre la *cautio* che si esibiscano i conti o lo schiavo, nel caso in cui tale esibizione si renda necessaria. Se ripensiamo al sistema seguito dai classici per assicurare l'esibizione dei documenti comuni da parte dell'aggiudicatario del possesso (I § 7), pare naturale che Ulpiano si ponesse questa domanda, almeno per quanto si riferisce alle *rationes*. Da ciò la meraviglia che il seguito del fr. genera per la giustificazione bizantineggiante della necessità per l'*actor* che sia promessa sotto la forma della *cautio* l'esibizione dei conti, se osserviamo che l'accenno all'*actor* non consente spiegazione plausibile. La spiegazione vera o probabile è che intorno al discorso di Ulpiano, cui stento ad attribuire l'espressione ad instruenda ea quae postea emergunt, ad notitiam eius spectantia, i compilatori abbiano ricamato il ragionamento nel quale hanno confuso le ipotesi di prelegato dei conti e di prelegato del servus actor, che il classico distingueva.

§ 3.

La donazione del documento di credito ad un terzo è considerata dalle fonti in un solo caso speciale; quello che dà luogo ad una questione di particolare interesse decisa in C. 5, 16, 5 (Alex., a. 227) (1).

(1) Bisogna nettamente distinguere, dal caso in cui ad un terzo sia donato il documento di un credito del quale il donante è creditore, l'altro in cui al debitore stesso dal

La donazione può essere concepita (correttamente) nel diritto classico soltanto come causa generale di acquisto, capace di costituire un elemento di negozi giuridici di diversa natura. Si ha infatti la donazione reale quando una persona trasferisce ad un'altra a scopo di donazione il dominio su una cosa nel modo debito e quindi per es. il dominio su un documento colla *traditio*, che gli si addice in quanto *res nec Mancipi*. Le questioni che qui si presentano, nei riguardi delle relazioni fra documento e credito, sono molteplici; ma due soprattutto debbono esser tenute presenti: quella della figura giuridica in cui si incasella la donazione del credito, e l'altra se i documenti donati abbiano nella nostra ipotesi la funzione degli odierni titoli. All'una e all'altra questione mi propongo di rispondere; ma nel nostro studio abbiamo raccolto in massima parte gli elementi delle risposte, e di sopra abbiamo visto come (per il caso di costituzione in dote), nel rapporto tra il trasferimento del dominio sul documento di credito e la causa della *traditio* (*causa dotis* nell'ipotesi già studiata) in cui il trasferimento si attua, sia implicita la volontà di costituire l'accipiente *procurator in rem suam* contro il debitore. Così si configura un mandato che al cessionario affida il cedente. Egualmente se la cessione del credito si attua, come abbiamo affermato in quella occasione e ripetiamo ora, in conseguenza di un negozio distinto dalla *traditio* del documento, nei rapporti tra elemento reale e contenuto, è di certo impossibile parlare propriamente di funzione rappresentativa. Bisogna anzitutto tener presente che, pei titoli dell'odierno diritto commerciale e pel fenomeno della loro circolazione, il nesso della consegna del documento di credito coll'alienazione del cre-

proprio creditore venga donato il documento del credito. Ciò importa che il problema non possa considerarsi in modo unitario: anzi, quando si richieda per la nostra ricerca l'approfondimento di esso, è facile accorgersi che le conseguenze della donazione del documento pongono un quesito nella prima ipotesi relativo alla cessione del credito e nell'altra alla remissione (forse anche alla confusione) del debito.

dito è troppo differente. Esso deriva dal principio, che può figurare come una vera definizione del titolo di credito, che il dominio (cfr. p. 186) sul titolo non può fisiologicamente essere disgiunto dall'interesse al contenuto, cioè dal credito contro l'emittente (1).

Anche nello studio dell'ipotesi del testo citato conviene riferirsi alla fisionomia ora esposta della donazione del documento di credito e delle sue conseguenze. Nei rapporti fra suocero e genero, quando la donna sia, come nella fattispecie sottoposta al giudizio di Alessandro, *in potestate patris*, la consegna del documento di credito non ne trasferisce almeno per il momento il dominio poichè fondata su una *iniusta causa* quale la donazione fra coniugi. Il mandato la cui conclusione, come abbiamo detto più sopra, sarebbe implicita nella consegna del documento *donationis causa* non viene ad esistenza. Fra i due, dunque, il complesso dei negozi accennati dianzi (trasferimento del dominio, a causa di donazione, sul documento, e mandato processuale) non viene ad esistenza, se teniamo presente che il solo motivo di convalida della donazione fra coniugi è la morte del donante. Ma il mandato non può essere ritenuto in vita, quando quello dei due contraenti che figura come mandante sia venuto a morte (non giova occuparsi qui del *mandatum post mortem* che del resto dal BONFANTE (2) fu ritenuta figura giustiniana). L'istituto sul quale la cessione s'impenna, e che nella compilazione appare svisato per l'applicazione generale delle azioni utili, è quella figura del mandato, in cui viene per i classici a incasellarsi la rappresentanza giudiziale. Essa ha la funzione di espediente per attuare la cessione dei crediti, e da Giustino soltanto o al più dal diritto postclassico è permesso al

(1) È, questa cui aderisco, la c. d. *teoria della proprietà*, che l'ARCANGELI (*Riv. dir. comm.*, VIII, I cit. *supra* a p. 186, n. 1) applica a tutte le categorie dei titoli di credito.

(2) *Scritti giur. varii*, III, 262 sgg.

cessionario di esperire azioni utili in caso di morte del mandante come di revoca.

I classici della donazione in discorso dovevano ritenere l'impossibilità di convalida, appunto perchè l'unica ragione di convalida era causa di estinzione del mandato con cui la donazione del credito veniva ad attuarsi. I bizantini mantennero la decisione classica dell'invalidità assoluta della donazione, mentre erano in condizione di non potere seguire l'imperatore nella probabile linea del ragionamento, dato che essi applicavano le azioni utili al caso di morte del mandante. I compilatori dovevano vedere una sufficiente giustificazione della decisione medesima in qualche diverso principio, o in quella circostanza che nonostante la morte del donante la moglie è rimasta in vita, o nella tendenza a colpire con perdite patrimoniali il divorzio.

L'eventualità della *redditio* o consegna *donationis causa* del documento di credito — in quei casi in cui donatario è il debitore stesso — è, in D. 30. 84. 7 (Iul. 33 dig.) considerata nell'ipotesi in cui costituisca una condizione, che è apposta dal testatore al legato a favore di un suo creditore (*Si tabulas chirographi mei heredi meo reddiderit, heres meus ei decem dato*). A ogni modo essa trova qui sede abbastanza adatta di discussione, in quanto illumina sotto un aspetto particolare la differenza fra la circolazione dei documenti di credito romani e quella degli odierni titoli di credito.

I giureconsulti classici parlano bensì di un'efficacia speciale di questa condizione, ma per significare l'inclusione in essa — che è conseguenza della sua retta interpretazione, e soltanto in ordine a questa è ammissibile — della liberazione dell'erede dal debito. Una condizione che tendesse, solo e semplicemente, a privare il creditore del documento non è facilmente ammissibile (1).

(1) Nella dazione all'emittente dei moderni titoli all'ordine o al portatore la confusione dell'obbligazione, la quale però non estingue il diritto che nasce dal titolo, deriva invece dall'indiscindibilità, almeno in via fisiologica, del dominio sul titolo dall'interesse

Nel pensiero genuino dei classici, precisamente in quei casi in cui un'interpretazione della volontà, come abbiamo detto, impone l'inclusione, nella restituzione del documento, della liberazione dal debito, si fa capo al negozio giuridico atto appunto a produrla. Le cose riescono in realtà per noi chiare, riferendoci al precetto dettato proprio nel testo giuliano: se i documenti esisteranno, non si intenderà che il creditore abbia soddisfatto a quella condizione, se del credito non avrà fatta l'*acceptilatio* all'erede. Nelle stesse *fonti giustiniane* non si considera la donazione del documento del credito, almeno in questa ipotesi, come sufficiente a estinguere il credito (la menzione della necessità dell'*acceptilatio* si mantiene). Eppure in dir. giustiniano è forte la tendenza a diminuire e, per quanto in occasione dello studio di altri argomenti abbiamo avuto agio di constatare (*proprietà delle tabulae testamenti; traditio instrumentorum sostitutiva*), a sopprimere l'autonomia reale dei documenti, cioè, con tutte le conseguenze, la distinzione fra il portatore dell'interesse al contenuto e il proprietario del documento come cosa.

L'interpretazione della condizione per Giuliano porta a ritenere possibile l'adempimento anche *si tabulae in rerum natura non fuerint*, e sia che il perimento di esse risalga a un tempo anteriore alla confezione del testamento o posteriore alla morte del *de cuius* (*nec ad rem pertinebit, iam tunc, cum testamentum fiebat, tabulae interciderint, an postea, vel mortuo testatore: cfr. § cit. in fine*). In tal caso l'adempimento della condizione si riduce alla liberazione dell'erede dal debito di cui trattasi.

al contenuto, nel senso che tale principio produce la coincidenza nella medesima persona della qualità di debitore e di quella di interessato al contenuto del titolo, cioè di creditore dell'obbligazione stessa. Sulla «configurazione speciale» di questa «trasmissione del credito al debitore» cfr. CICU, *Confusione*, 139 sg., e sul fondamento di tale «caso di vera esclusione dell'effetto estintivo» p. 159 sg.

Accanto all'ipotesi, or ora esaminata, che sia interpretata la condizione della restituzione (da parte del creditore) di un documento di credito al debitore, si ha quella che ad un debitore sia dato, come nella fattispecie di D. 34, 3, 3, 1 (Ulp. 23 Sab.), un chirografo dal creditore morente. D. 34, 3, 3, 1 (Ulp. 23 Sab.) Sed et si chirographum quis decedens debitori suo dederit, exceptionem ei competere puto [, quasi pro fideicommisso huiusmodi datione valitura] (1). Per il caso prospettato il frammento afferma che al debitore compete un'eccezione, perchè quella dazione del chirografo vale quasi come fedecommesso del debito (*quasi pro fideicommisso huiusmodi datione valitura*). L'interpolazione di quest'ultima frase è stata già vista dal BESELER (2); il GRADENWITZ anzi (3) aveva attribuito di sana pianta il paragrafo a mano bizantina.

Il richiamo dell'*exceptio* fornisce una traccia per la ricerca della soluzione classica; si può pensare che l'*exceptio* accordata dai classici fosse l'*exceptio doli*. È vero che per un'ipotesi affine, se non identica, è concessa l'*exceptio pacti*: D. 2, 14, 2, 1 (Paul. 3 ed.) [et ideo] si debitori meo reddiderim cautionem [videtur inter nos convenisse ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit] <doli mali exceptione summo-
vereri potero aut similia > (4).

Benchè questo passo sia interpolato, è facile vedere che non vi si faceva l'ipotesi più complessa di *redditio cautionis* fatta dal creditore morente, ma si considerava semplicemente il caso: *si debitori meo reddiderim cautionem*, indipendentemente dal presupposto che l'atto fosse (cfr. Ulpiano, passo studiato or ora) compiuto dal creditore in punto di morte. Comunque l'*exceptio conventionis* è ritenuto anche dal SOLAZZI effetto di

(1) Cfr. *Index Interp.*, ad h. l.

(2) *Beitr.* 1, 95.

(3) *SZ.* 7, I 74¹.

(4) Cfr. SOLAZZI, *L'estinzione delle obbligazioni*, 117.

sostituzione — operata dal compilatore — all'*exceptio doli*, in base al confronto coi testi che esamineremo adesso.

Circa la conseguenza della donazione *mortis causa* di documenti di credito, accompagnata dall'imposizione alla m. c. donataria di un fedecommesso a favore del debitore (*rogavit eam, ut ea, si decessisset, illis daret, si convaluisset, sibi redderet*), giova studiare l'ipotesi di D. 39, 6, 18, 2 (Iul. 60 dig.) Titia chirographa debitorum suorum Septicii et Maevii donatura illis Ageriae dedit et rogavit eam, ut ea, si decessisset, illis daret, si convaluisset, sibi redderet; morte secuta Maevia Titiae filia heres extitit: Ageria autem, ut rogata erat, chirographa Septicio et Maevio supra scriptis dedit. quaeritur, si Maevia heres summam, quae debebatur ex chirographis supra scriptis, petat [vel ipsa chirographa] an exceptione excludi possit? respondit Maeviam [vel pacti conventi vel] doli mali exceptione summo-
vereri posse (1). Può essere, per parafrasare la fattispecie di questo passo, che Tizia sia creditrice di Setticio e Mevio. Può darsi ancora che essa nell'intento di donare a questi debitori i relativi chirografi li dia ad una terza persona: e la preghi di dare i chirografi ai debitori nell'ipotesi che essa muoia, e di renderli a lei nel caso che scampi al pericolo da cui è minacciata.

Da ciò la dazione dei chirografi che la terza persona in seguito alla morte di Tizia fa a Setticio e Mevio: e la questione se in qualche modo sia possibile per i due debitori, quando l'erede della creditrice si faccia a chiedere loro il credito o i chirografi, di paralizzare la sua azione. La risposta è che in quell'ipotesi l'azione dell'erede potrà essere respinta coll'eccezione *pacti conventi*, o coll'altra eccezione *doli mali* (la prima interpolata, come vide il BESELER). Nel diritto classico, tutto porta a credere che la questione e la risposta si riferissero al caso di esperimento dell'azione per conseguire il credito, perchè tutti

(1) Cfr. BESELER, *Beitr.*, 1, 109.

intendono che si doveva ritenere indiscusso l'avvenuto trasferimento del dominio sui chirografi. L'interpolazione (delle parole vel ipsa chirographa, che abbiamo visto essere difficilmente attribuibili a Giuliano), collegata probabilmente col valore costitutivo del chirografo nel diritto giustiniano, può essere spiegata coll'indebolimento dell'autonomia reale del documento. Così viene giustificata l'idea che il titolare di un credito, alla garanzia del quale esiste un documento, debba avere il mezzo di recuperarlo dal possessore o dal domino, senza il quale mezzo, anche in base a norme giuridiche di diritto probatorio (postclassiche e giustiniane), gli riesce difficile o impossibile la prova del credito. Sicura è, per considerazioni sostanziali oltre che per confronto con D. 34, 3, 3, 2 (Ulp. 23 Sab.), l'interpolazione dell'eccezione pacti conventi (1).

La giurisprudenza tende a costruire quel mezzo di difesa contro l'azione dell'erede per il pagamento del debito (D. 34, 3, 3, 2 non accenna all'azione per riottenere il chirografo) come un'exceptio doli. Benchè nel racconto della fattispecie si riscontrino qualche violazione delle regole sulla consecutio temporum, la sostanza è da ritenere classica. Sicchè anche a proposito di donazione di documenti di credito al debitore si può notare che, mentre si afferma che l'erede del donante nel caso di donazione *mortis causa* (il donante nell'ipotesi di donazione *inter vivos*) non può agire contro il debitore senza vedere paralizzata l'azione da un'exceptio doli, non si ammette che la restituzione del documento valga senz'altro come quietanza. La restituzione del documento di credito del diritto romano deve perciò essere considerata diversa dalla restituzione del titolo di credito del diritto moderno.

C. 8, 25, 7 (Diocl. et Max., a. 287) afferma che il creditore ipotecario, il quale faccia rendere al debitore, forse attraverso

(1) L'eccezione è ritenuta giustiniana da SOLAZZI (*L'estinzione delle obbligazioni*, 117) in base al confronto con D. 34, 3, 3, 2; vedemmo già che questo scrittore la ritiene anche in D. 2, 14, 2, 1 (Paul. 3 ed.) effetto di sostituzione compilatoria all'exceptio doli.

una terza persona, il documento della *conventio pignoris* (la frase *qui per chirographum nexus pignori fuerat* allude a un caso di *conventio*), mostra di avere rinunciato al diritto d'ipoteca. Se pensiamo al carattere non formale proprio della *conventio*, possiamo — considerando la restituzione del documento come una rinuncia — ritenere la decisione come uscita dalla cancelleria diocleziana. E poi se indaghiamo la giustificazione di una tale funzione attribuita alla restituzione del documento troviamo che essa è collegata coll'interpretazione della volontà, agevolata nella *conventio pignoris* dal carattere non formale di essa.

È invece probabile, per considerazioni da noi già svolte a proposito dell'esame del C. 8, 53, 1 (Sev. et Ant., a. 210) nel § sulla « *Traditio instrumentorum* sostitutiva e costitutiva », per l'inconcepibilità cioè sia di una forma di *traditio* spiritualizzata (1), sia di una donazione reale perfetta senza la tradizione, che quel rescritto sia stato, nel senso visto, radicalmente mutato dal compilatore.

C. 8, 53, 1 (Imp. Sev. et Ant., a. 210) *Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis < frustra > et ipsorum mancipiorum traditionem factam intellegis: et ideo < non > potes adversus donatorem in rem actionem exercere* (2).

Per diritto classico la donazione dell'*instrumentum*, come quella di qualunque cosa *nec mancipi* consegnata dal donante al donatario, produce semplicemente il trasferimento del dominio sul documento e, non essendo la promessa di donare fonte di obbligazione valida in base al semplice accordo, la consegna del documento non può neanche per tale via fornire al donatario un'azione contro il donante.

(1) Cfr., con risultati divergenti, RICCOBONO, *Traditio ficta*, nella « Zeitschrift Sav. Stiftung », XXXIII, p. 273 sgg.; CHECCHINI, *Trasferimento della proprietà e costituzione di servitù nel diritto postclassico e giustiniano*, negli « Atti Ist. Ven. », 1914.

(2) Cfr. RICCOBONO, *Zeitschr.* e vol. cit., 283; KRÜGER, *Add. ad h. l.*; ARANGIO-RUIZ, *Ist.* 198.

CONCLUSIONE

Abbiamo indagato, attraverso lo studio dell'atteggiarsi del documento come oggetto di rapporti privati, la parte rappresentata in tali rapporti dai due elementi del documento. L'indagine fu condotta secondo l'ordine dogmatico-sistematico. E forse potrebbe rimproverarsi che resta così offuscata la visione storica delle soluzioni date, nello sviluppo del diritto romano, ai vari problemi esaminati. Mi pare perciò opportuno riepilogare brevemente i risultati raggiunti, ponendomi da un angolo visuale storico: avendo presenti distintamente i « vari ordinamenti giuridici, coesistenti e diversi per la sfera di applicazione e per la intrinseca struttura » (1), dai quali è costituito il diritto romano: diritto civile, pretorio, imperiale.

Nel *diritto civile* può dirsi in generale che il contenuto del documento non influisca sul rapporto di cui il documento è oggetto; il documento insomma si comporta come un'altra cosa. Come in materia di dominio sul documento abbiamo accentuato che fra il regime classico della proprietà del documento e quello della proprietà di ogni altra cosa non esistono differenze (2), se ne può concludere che l'influsso del contenuto è nullo quando

(1) RICCOBONO, *Mélanges Cornil*, II, 246.

(2) Il fatto per es. che in ordine al testamento qualche scrittore (PEROZZI, *Ist.*² II, 578) parli, come vedemmo (I, § 2), di proprietà gravata per il rilievo che il detentore (si badi non il proprietario) è tenuto all'esibizione rispetto agli interessati al contenuto, non sembra alteri la configurazione del dominio sul documento.

il documento si consideri oggetto di dominio, giacchè questa nozione si applica solo all'elemento reale. Quanto al diritto che si può avere sul contenuto, non pare esatto, nonostante la terminologia adottata per la lettera dal FADDA e BENSA (1), parlare di proprietà del contenuto per il carattere immateriale di esso.

Abbiamo visto che il contenuto del documento non esercita influenza neanche sulla *traditio* di cui il documento stesso sia oggetto. Per Gaio la *vindicatio* delle *tabulae testamenti* non differisce nei suoi presupposti dalla *vindicatio* delle *ceterae hereditariae res* (D. 29, 3, 3 [Gai. 17 ed. prov.]). — Anche negli ultimi giuriconsulti classici si mantiene la considerazione *reale* del documento in quanto oggetto di rapporti giuridici appartenenti al *ius civile*. Così per Paolo ed Ulpiano la legittimazione passiva all'*a. ad exhib.* di chi distrusse le *tabulae* è riconosciuta come quella di chiunque dolosamente si è messo in condizione di non potere esibire un'altra cosa qualsiasi (D. 47, 2, 29 [Ulp. 41 Sab.] e 30 [Paul. 9 Sab.]). — In materia di legati può rammentarsi Pauli sent. 3, 6, 59: «Omnibus quae in domo sunt legatis cautiones debitorum rationesque servorum legato cedunt». Le *cautiones debitorum* e le *rationes servorum* sono *res*, e come tali *legato cedunt*. — In Ulpiano si trovano numerosi esempi del fenomeno accennato. Per rammentarne qualcuno, secondo Ulpiano, nella determinazione dei confini di applicabilità di un'azione civile (*l'a. ad exhib.*) e di un mezzo pretorio (*l'interd. de tab. exhib.*), il contenuto del documento non sottrae all'esperibilità dell'azione civile nessuna delle ipotesi in cui essa si applicherebbe in ordine ad un'altra cosa. Anche quando l'interesse al contenuto, che forma la base dell'interdetto, si riscontri in certe persone (nell'erede), queste, e queste sole, possono sempre esperire l'azione civile, purchè siano legittimate alla *vindicatio*,

(1) Note alle *Pandette* del WINDSCHEID.

che *l'a. ad exhib.* prepara (cfr. già Gaio, D. 29, 3, 3 cit., e più ampiamente D. 10, 4, 3, 8 [Ulp. 24 ed.]). Dunque e per Gaio e per Ulpiano i presupposti dell'*a. ad exhib.* in ordine alle *tabulae testamenti* sono gli stessi che in ordine alle altre cose. Analoghe considerazioni potrebbero farsi, sempre in tema di *a. ad exhib.*, per la funzione preparatoria rispetto alla *vindicatio* in rapporto alle *rationes* (D. 10, 4, 3, 14 [Ulp. 24 ed.]). In altra materia, ma sempre sul terreno del diritto civile, D. 12, 5, 2, 1 (Ulp. 26 ed.), così come lo ricostruimmo (1), affermando la possibilità di *condicere* quanto fu dato perchè l'accipiente adempisse all'obbligo di restituzione della cosa depositata, sceglie come esempio di una *res* appunto l'*instrumentum*: *ut rem mihi reddas depositam apud te [vel ut] (velut) instrumentum [mihi redderes]* (2). Per quanto concerne l'elemento soggettivo del furto, dicemmo (3) che D. 9, 2, 41, 1 (Ulp. 41 Sab.), per tracciare i limiti fra *a. furti* e *a. damni iniuriae* in caso di distruzione di *tabulae*, doveva, nella redazione genuina, richiamarsi alla differenza dell'elemento soggettivo nei due delitti: a un elemento dunque che Ulpiano nel suo commento *ad Sabinum*, richiamandosi a Pomponio, valutava in relazione ai documenti cogli stessi criteri che in relazione alle altre cose. L'*a. ad exhib.* accordata da D. 10, 4, 18 (Ulp. 6 opin.) al creditore pagato contro il terzo per gl'*instrumenta* può avere funzione preparatoria della *vindicatio* spettante al creditore in quanto *dominus* dei documenti non ancora resi al debitore. Ha dunque gli stessi presupposti e la stessa funzione che in ordine alle altre cose. — Il discepolo di Ulpiano, Modestino, riscontra furto di *libelli* nell'ipotesi che il colpevole *clam subtraxit* (D. 47, 2, 73 [Mod. 7 resp.]); e rilevai a suo tempo (4) che la

(1) *Supra*, p. 194 s.

(2) Cfr. *Index Interp.*, ad h. l.

(3) *Supra*, p. 297.

(4) *Supra*, pp. 278, 281.

contrectatio è l'elemento oggettivo del furto di documenti non diversamente che del furto delle altre cose.

Ma anche nei rapporti di diritto civile, pur comportandosi il documento come un'altra cosa, il suo contenuto in relazione colla funzione probatoria ne determina il valore. È un influsso del contenuto che però non altera la struttura del rapporto giuridico. E d'altronde è evidente che il valore del documento come cosa non può essere la somma di quello della materia su cui è scritto e di quello dei caratteri con cui è scritto. Il valore è dato dal suo « potere rappresentativo », cioè dal suo contenuto in relazione colla funzione probatoria. Come una qualsiasi cosa ha un valore perchè adempie una certa funzione nella vita economico-sociale, così il documento come cosa ha un valore in quanto adempie la sua funzione: quella di provare, che è giuridica, perchè questa *cosa* è un *istituto giuridico*. Ecco perchè il documento cambia o perde valore, se cambia o perde la funzione probatoria. Ed ecco perchè ha un valore eminentemente soggettivo, nel senso che vale solo per la persona o le persone cui giova in quanto fonte di prova. — Secondo un'affermazione di Gaio, e poi secondo le più numerose attestazioni di Paolo e di Ulpiano, la stima del valore del documento, quale è necessaria nell'ipotesi di *condictio furtiva* o di *damni iniuriae actio* (D. 2, 13, 10, 3 [Gai. 1 ed. prov.]; D. 9, 2, 40 [Paul. 3 ed.]) o di *actio furti* (D. 47, 2, 32 [Paul. 9 Sab.], 83, 3 [Paul. sent. 2, 31, 32], 27 [Ulp. 41 Sab.], 28 [Paul. 9 Sab.]), va fatta sulla base del contenuto, e tenendo presenti tutte le circostanze che influiscono sulla capacità probatoria del documento: il fatto p. e. che esso costituisca o no l'unica fonte di prova a disposizione dell'interessato, che esso abbia ancora o abbia perduto la funzione probatoria a favore del derubato o danneggiato ecc.

Ma vi è qualche caso in cui il contenuto del documento appare influire sul rapporto giuridico anche nel diritto civile. Un caso del genere ci è tramandato già da uno dei più grandi

giureconsulti della prima metà del II secolo. Ricordo come in D. 30, 84, 7 (Iul. 33 dig.) la condizione apposta ad un legato « si tabulas chirographi mei heredi meo reddiderit » sia interpretata « si heredem meum debito liberaverit », colla conseguenza che la condizione sarà adempiuta solo coll' *acceptilatio*, e che, appunto mediante l' *acceptilatio*, la si potrà adempiere anche se le *tabulae* siano perite. Qui l'influsso del contenuto si è verificato attraverso l'interpretazione della giurisprudenza. Una condizione del tipo di quella riferita da Giuliano non può essere interpretata diversamente. Ma, si badi, l'estinzione del credito non è conseguenza automatica della restituzione delle *tabulae*. Tant'è vero che, se si vuole adempiere alla condizione rettamente interpretata, bisogna porre in essere il negozio atto appunto a produrre l'estinzione del credito.

Nel *diritto pretorio* l'influsso del contenuto del documento sul rapporto è di molto maggiore portata. Già nella prima metà del II secolo dalla vendita del documento di credito il diritto pretorio fa derivare, attraverso l'interpretazione della volontà delle parti, l'obbligo della cessione delle azioni a carico del venditore (D. 32, 59 [Iul. 34 dig.]; e per l'epoca dei Severi cfr. D. 30, 44, 5 [Ulp. 22 Sab.]). — Lo stesso procedimento interpretativo della volontà che ha luogo nel caso di vendita di documenti di credito viene applicato prima da Giuliano, poi da Scevola e infine da Ulpiano nell'ipotesi di legato (D. 32, 59 [Iul. 34 dig.]; D. 32, 102 pr. [Scaev. 17 dig.]; D. 31, 88, 8 [Scaev. 3 resp.]; D. 30, 44, 5 [Ulp. 22 Sab.]). Nel caso di donazione *mortis causa* di documenti di credito ad un terzo, accompagnata dall'imposizione al m. c. donatario di un fedecommesso dei documenti a favore del debitore (D. 39, 6, 18, 2 [Iul. 60 dig.]), Giuliano accorda un'*exc. doli* contro la successiva azione dell'erede del creditore.

Altri influssi del contenuto sui rapporti di dir. pretorio si constatano nei giureconsulti della seconda metà del II secolo.

Così p. e., secondo quanto attesta Scevola, dato il carattere non formale della *conventio pignoris*, accade spesso che alla *conv. pign.* avente per oggetto un fondo si accompagni la dazione al creditore, a scopo di garanzia, dei documenti giustificativi della proprietà del fondo (D. 13, 7, 43 pr. [Scaev. 5 dig.]), che viene così a facilitarne la prova. Perciò di fronte ad una dazione a scopo di garanzia di documenti giustificativi della proprietà sorge il problema dell'interpretazione del negozio. Anche gli ultimi giureconsulti classici, sviluppando gl' insegnamenti di Giuliano, nell' ipotesi che il creditore restituisca al debitore il documento di credito, accordano un' *exceptio doli* contro la successiva azione del creditore o dei suoi eredi (cfr. la nostra ricostruzione di D. 2, 14, 2, 1 [Paul 3 ed.] e di D. 34, 3, 3, 1 [Ulp. 23 Sab.] (1)). Ad ogni modo, neanche per diritto pretorio e neanche all'epoca dei Severi si ammette che la restituzione del documento valga senz'altro come quietanza. Ancora Paolo decide: se io verso una somma di denaro perchè l'accipiente non alteri gl' *instrumenta status mei*, il pretore mi accorda un' *actio quod metus causa* (D. 4, 2, 8, 1 [Paul. 11 ed.]): qui il *metus* è collegato col contenuto dei documenti. — Sempre secondo Paolo, nel caso di legato di tessera frumentaria (D. 31, 49, 1 [Paul. 5 ad l. I. et P.]; D. 31, 87 pr. [Paul. 14 resp.]) abbiamo visto (2) che il legatario doveva comparire in luogo del titolare, come *procurator in rem suam*. — Infine Paolo estende all' ipotesi di costituzione in dote il procedimento interpretativo della volontà applicato fino da Giuliano al caso di vendita e di legato di documenti di credito (D. 24, 3, 49 pr. [Paul. 7 resp.]). — Secondo Ulpiano poi, dalla distruzione o dal danneggiamento delle *tabulae testamenti* depositate, avvenuti dopo la morte del testatore, deriva agli eredi e ai legatarii un danno stretta-

(1) *Supra*, p. 356.(2) *Supra*, p. 364.

mente connesso col contenuto, per cui il pretore concede contro il depositario un' *actio de dolo* (D. 4, 3, 35 [Ulp. 30 ed.]). — Si può concludere dunque che si giunge all' influsso del contenuto attraverso l'interpretazione della volontà e gli espedienti del diritto pretorio (a seconda dei casi: azioni con trasposizione di soggetto, *exceptio doli* ecc.).

Ma il diritto pretorio non si è fermato qui: esso ha creato mezzi processuali aventi ad oggetto proprio il documento come cosa, ma li ha creati a motivo del contenuto di esso. Ricordo qui le azioni *in factum* esibitorie già menzionate da Giuliano (D. 10, 4, 3, 14 [Iul. ap. Ulp. 24 ed.]), e in particolare l'azione per l'editio della *ratio argentaria* (1). Ricordo poi l' *interdictum de tabulis exhibendis*, la cui tutela è diretta proprio all' interesse al contenuto delle *tabulae testamenti*. Questi mezzi furono foggiate dal pretore, perchè egli vide l'opportunità di proteggere, in rapporto col contenuto dei documenti, interessi che non erano tutelati dall'azione civile (*a. ad. exhib.*). — In due testi di Ulpiano, in entrambi i quali ci si richiama ad un giureconsulto del I sec., Aristone, (D. 29, 2, 28 [Ulp. 8 Sab.]; D. 28, 8 5 [Ulp. 60 ed.]) (2) si accenna ad un altro provvedimento pretorio, mediante cui si dava modo al chiamato ad un'eredità di esaminare, durante lo *spatium deliberandi*, i conti del defunto depositati presso un terzo ed altri documenti che potessero informarlo sulla consistenza del patrimonio ereditario. Dicemmo sopra doversi trattare di una specie di ordine o di autorizzazione in forma che oggi diremmo amministrativa. — Infine non voglio trascurare in questa rapida rassegna l' *actio in factum* creata dal pretore per punire la *corruptio albi*: anche qui il contenuto del documento determina la creazione e l'applicazione del mezzo processuale.

(1) Cfr. *supra*, VI, § 4.(2) Sui quali v. *supra*, p. 340 ss.

Anche le tendenze proprie del *diritto imperiale* sono nel senso di dare al contenuto del documento un'influenza sempre maggiore: non più naturalmente attraverso gli espedienti del diritto pretorio, ma attraverso l'*extraordinaria cognitio*. Nel caso di condominio di documenti fra Stato e privati, C. 2, 1, 7 (Alex., a. 225) detta un sistema in cui, come notammo (1), i requisiti proprii del documento in quanto istituto processuale hanno preso il sopravvento sui caratteri che esso ha, come cosa, comuni colle altre cose. — Dicemmo che probabilmente fu Diocleziano il creatore della cosiddetta *condictio* (che è poi una forma di *extr. cogn.*) del documento di credito invalidabile e del documento di credito pagato. Qui è proprio il contenuto in rapporto alla funzione probatoria che determina l'esperibilità del mezzo processuale. — Quando lo stesso Diocleziano afferma (C. 8, 25, 7 [Diocl. et Max., a. 287]) che il creditore ipotecario, il quale faccia rendere al debitore il documento della *conventio pignoris*, mostra di rinunciare all'ipoteca, attribuisce alla restituzione del documento una funzione collegata coll'interpretazione della volontà in ordine al suo contenuto. — C. 6, 50, 15 (Diocl. et Max., a. 294) spiega colla distinzione fra contenuto del documento giustificativo della proprietà e contenuto del documento di credito il diverso valore economico del documento secondo che appartenga all'una o all'altra categoria (2). — Nelle costituzioni del IV sec. anche sotto altri aspetti si rivela l'importanza attribuita al contenuto: per rammentarne uno, si pensi alla parificazione fatta da C. 8, 36, 3 (Grat. Valentinianus et Theod., a. 380) fra *res litigiosa* e *ambiguum chirographum*: il dubbio sull'appartenenza di una *res* a una persona ha il suo parallelo nel dubbio sul valore probatorio del contenuto di un *chirographum*. Il glossema [*vel epistulam vel nuntium*

(1) *Supra*, p. 157.

(2) Quali conseguenze il rescritto ne tragga, spiegai *supra*, p. 354 s.

perferendum] in D. 3, 3, 1, 1 (Ulp. 9 ed.) (1) accentua la tendenza postclassica di dare la prevalenza al contenuto del documento: lo si distingue dalle altre cose, accostandolo alla dichiarazione che ne forma il contenuto: *epistula* è la notizia scritta, *nuntium* la notizia orale.

Tendenze che già si rivelavano perfino nel diritto civile assumono un carattere nuovo per effetto dell'unificazione dei tre ordinamenti giuridici avvenuta nel dir. giustiniano e della mutata fisionomia di tutti gl'istituti giuridici in seguito soprattutto alla caduta del procedimento formulare e al subentrare ad esso in tutti i rapporti dell'*extraordinaria cognitio*. Così il principio classico che la stima del valore del documento (nell'*a. l. Aq.*) si effettua sulla base del contenuto in rapporto alla funzione probatoria si combina cogl'istituti giustiniani della *summaria cognitio* e della condanna condizionale nell'interpolato D. 9, 2, 40 (Paul. 3 ed.) (2).

Ma vi sono anche tendenze del tutto nuove. Tale è p. e. la tendenza a trasformare in dominio del documento l'interesse al contenuto, la quale si rivela nella probabile modificazione della frase iniziale di D. 29, 3, 2 pr. (Ulp. 50 ed.) (3), e nel bizantino *meum quodammodo instrumentum* di D. 2, 13, 4, 1 (Ulp. 4 ed.) (4). Questa tendenza si affaccia ancora nelle interpolazioni di D. 47, 2, 14, 17 (Ulp. 29 Sab.), alcune delle quali inseriscono nella risoluzione classica del problema della proprietà dell'*epistula* — la quale si atteneva ad un criterio rigorosamente *reale* — elementi attinti all'interesse al contenuto. — D'altronde il grande sviluppo del documento come istituto processuale facilita molto nel diritto postclassico la risoluzione di diversi problemi, come quello del condominio

(1) Cfr. *supra*, p. 191.

(2) Cfr. *supra*, p. 300 ss.

(3) Cfr. *supra*, p. 127.

(4) Cfr. *supra*, p. 269.

del testamento (1). — Mentre in epoca classica il diritto pretorio, di fronte ad un negozio di cessione di documento di credito, arrivava alla cessione del credito attraverso l'interpretazione della volontà, e la realizzava mediante la rappresentanza processuale, per diritto giustiniano il negozio di cessione del documento è negozio di cessione del credito: il documento ha piena efficacia rappresentativa, e il cessionario esperisce senz'altro l'*a. utilis suo nomine*. Meglio che altrove forse questa tendenza si rivela nell'interpolato D. 20, 1, 20 (Ulp. 63 ed.), in cui l'ipotesi che si sia convenuto *ut is, qui ad refectioem aedificii credidit, de pensionibus iure pignoris creditum recipiat*, e l'altra ipotesi di pegno di una *cautio*, vengono avvicinate come applicazioni di un'unica figura che sarebbe indifferentemente pegno del credito e pegno del documento.

C'è poi un testo (C. 8, 53, 1 [Sev. et Ant., a. 210] itp.) (2) in cui il documento giustificativo della proprietà appare in funzione di titolo rappresentativo. Il principio è giustiniano, ed è collegato probabilmente al fatto che i bizantini sono restii a concepire la scissione in soggetti diversi fra il dominio e l'interesse al contenuto del documento.

(1) Cfr. *supra*, p. 152, 156: D. 10, 2, 5 (Gai. 7 ed. prov.) e D. 2, 13, 2 (Paul. 3 ed.).

(2) Cfr. *supra*, pp. 141 ss., 367.

Indici

INDICE ALFABETICO DELLE FONTI CITATE

FONTI GIURIDICHE

LEGES

- Lex Acilia repetund.* : 26 p. 68; 27 p. 68;
34 p. 60, 68.
Lex agraria : 7 p. 84; 19 p. 64; 20 p. 64;
26 p. 64; 70 p. 68; 82 p. 64; 83 p. 64.
Lex col. Genet. Iuliae s. Ursonensis : II, 3,
16 p. 63; II, 23 p. 61.
Lex Malacitana : 61 p. 86.
Lex municipii Tarentini : I, 3 p. 61.
Tabula Heracleensis : 40 p. 68; 156 p. 68.

FONTI CLASSICHE

Gai Institutiones.

- I, 52 p. 129¹.
» 94 p. 85.
» 191 p. 208⁵, 210¹.
II, 11 p. 55.
» 38 p. 186.
» 77 p. 35, 75.
» 87 p. 129¹.
» 95 p. 130¹.
» 119 p. 73.
» 147 p. 73.
» 151 p. 182.
» 181 p. 338³.
» 254 p. 354.
» 278 p. 42².
III, 189-192 p. 286.
» 197 p. 282.
» 199 p. 306¹.
» 202 p. 280¹.

IV, 5 p. 222.

» 162-165 p. 339³.

» 166 p. 153, 155.

FONTI POSTCLASSICHE

- Codex Theodosianus* : II, 7, 1 p. 44; II,
14, 1 p. 91; II, 29, 2 p. 112; III, 7, 3 p. 49;
IV, 4, 1 p. 50; IV, 8, 6 § 1 p. 206³; VI, 29,
8 p. 88; VIII, 12, 1 § 1 p. 70; VIII, 12,
8 p. 89; IX, 6, 2 p. 60; IX, 14, 4 p. 98;
IX, 42, 15 p. 52; XI, 1, 19 p. 90; XI, 30,
35 p. 48.
Collatio legum mosaic. et roman. : 1, 9, 1
p. 58; 3, 3, 5 p. 58.
Fragmenta Vaticana : 113 p. 58; 156 p. 58,
72; 163 p. 61; 166 p. 58; 187 p. 79;
252 p. 52; 252-a p. 53¹; 257 p. 53¹;
268 p. 50; 281 p. 114; 297 p. 49,
145; 310 p. 345; 311 p. 345¹; 314
p. 49.
Gai Institutionum Epitome.
2, 1, 4 p. 121¹.
Novellae Theod. : 16, 1 p. 66.
Pauli, sent. rec. : 1, 3, 1 p. 30; 2, 31,
32 p. 286²; 3, 6, 59 p. 33¹, 348, 370; 3,
6, 61 p. 40; 3, 6, 62 p. 40; 3, 6, 63 p. 40;
4, 7, 6 p. 336¹, 339; 5, 4, 17 p. 59;
5, 5a, 10 p. 46; 5, 7, 2 p. 51; 5, 12,
11 p. 79, 83 s.; 5, 16, 1 p. 33; 5, 25
1 p. 47; 5, 25, 5 p. 59, 62; 5, 25, 9 (10)
p. 27, 47.

FONTI GIUSTINIANEE

Corpus iuris civilis (1):

a) Iustiniani Institutiones:

- I, 11 § 12* p. 28.
- » 12 § 8* p. 28.
- » 20 § 7* p. 210¹.
- II, 1 § 33 p. 121.
- » 10 § 13 p. 36.
- » 12 pr. p. 85.
- » 17 § 3 p. 72.
- III, 19 § 12 p. 51.
- » 19 § 17 p. 51.
- » 22 § 1 p. 115.
- » 27 p. 197.
- » 27 § 1 p. 200, 202³.
- IV, 1 § 11 p. 280¹.
- » 6 § 12 p. 31, 315.

b) Digesta:

c. Deo Auctore § 13 p. 36.

- I, 2, 2 § 7 p. 75, 133.
- » 2, 2 § 37 p. 70.
- » 5, 8 p. 56.
- » 7, 17 pr.* p. 210.
- » 7, 19 p. 70.
- » 12, 1 p. 39.
- » 12, 1 § 4 p. 39³.
- » 16, 4 p. 73.
- » 16, 6 § 3 p. 39.
- II, 1, 7* p. 315.
- » 1, 7 pr.* p. 31.
- » 1, 7 § 1 p. 317.
- » 1, 7 § 4 p. 316.
- » 1, 7 § 5 p. 319.
- » 1, 9* p. 317.
- » 12, 2 p. 335.
- » 12, 7 p. 43.
- » 13, p. 62.
- » 13, 1 § 2 p. 200².
- » 13, 2* p. 156¹, 200², 378¹.
- » 13, 3 p. 55.
- » 13, 4 p. 200².
- » 13, 4 pr. p. 258, 270¹.
- » 13, 4 § 1* p. 122, 126¹, 268, 377.

- II, 13, 4 § 3* p. 263, 264¹.
- » 13, 4 § 5* p. 271.
- » 13, 6 pr. p. 272.
- » 13, 6 § 1* p. 82, 264.
- » 13, 6 § 2 p. 258.
- » 13, 6 § 5* p. 123¹, 261.
- » 13, 6 § 6 p. 270².
- » 13, 6 § 7 p. 258¹.
- » 13, 6 § 9* p. 259², 260.
- » 13, 7 pr.* p. 260.
- » 13, 7 § 1 p. 261.
- » 13, 8 pr.* p. 272.
- » 13, 8 § 1* p. 273¹.
- » 13, 9 pr.* p. 267.
- » 13, 9 § 1* p. 137, 266, 347.
- » 13, 9 § 2* p. 36, 263.
- » 13, 9 § 3 p. 258³.
- » 13, 10 p. 62.
- » 13, 10 pr. p. 268.
- » 13, 10 § 1* p. 202², 262³, 263.
- » 13, 10 § 2 p. 269.
- » 13, 10 § 3 p. 32, 231, 273, 291, 302, 372.
- » 13, 11 p. 83.
- » 14, 2 pr. p. 114 s.
- » 14, 2 § 1* p. 364, 366¹, 374.
- » 14, 47 § 1 p. 35.
- III, 3, 1 § 1* p. 189, 195¹, 377.
- » 3, 55* p. 183³.
- » 3, 62 p. 339.
- » 5, 2* p. 63, 201, 202²⁻³.
- » 5, 3 § 5 p. 208⁵.
- » 5, 5 § 4 p. 191.
- » 5, 45 § 1 p. 202.
- » 6, 1 § 3 p. 72.
- IV, 2, 8 § 1 p. 53, 195, 374.
- » 3, 35 p. 181, 375.
- » 4, 16 § 2* p. 215.
- » 4, 38 pr. p. 81.
- » 6, 32 p. 80.
- » 6, 33 § 1 p. 29.
- » 8, 32 § 14 p. 58.
- V, 1, 11 p. 206¹.
- » 1, 36 pr. p. 56.

- VI, 1, 23 § 3 p. 122¹.
- » 1, 77 p. 114.
- VII, 5, 5 § 1* p. 219.
- VIII, 3, 37 p. 64.
- IX, 2, 32 pr. p. 318.
- » 2, 40* p. 299, 301, 372, 377.
- » 2, 41 pr.* p. 180, 293, 305, 310 s., 314¹.
- » 2, 41 § 1* p. 296 s., 371.
- » 2, 42* p. 181, 246, 275, 295.
- X, 2, 4 § 3* p. 69, 155, 177.
- » 2, 5* p. 32, 149, 174, 175¹, 236¹, 378¹.
- » 2, 6 p. 154.
- » 2, 8* p. 62, 206, 358.
- » 2, 16 § 5 p. 299, 347¹.
- » 4, 3 § 8* p. 245, 255, 275, 338¹, 371.
- » 4, 3 § 11 p. 254¹.
- » 4, 3 § 14 p. 253, 255, 257, 275 s., 371, 375.
- » 4, 18 p. 250, 275, 371.
- » 4, 19 p. 253, 254¹, 257, 275.
- XI, 3, 1, pr. p. 312.
- » 3, 1 § 5 p. 311.
- » 3, 9 § 3 p. 313.
- » 3, 11 § 1 p. 312.
- XII, 1, 6 p. 222.
- » 3, 10 p. 248, 256, 275.
- » 5, 2 § 1* p. 194, 195², 371.
- » 6, 14, p. 222¹.
- XIII, 5, 5 § 3 p. 38¹.
- » 6, 5 § 8* p. 36², 280.
- » 7, 43 pr.* p. 49, 134, 163 ss., 374.
- XIV, 3, 20 p. 38.
- XV, 1, 50 § 2* p. 95 s.
- » 3, 3 § 5 p. 183².
- XVI, 3, 1 § 38 p. 179, 308, 310.
- » 3, 24 p. 39.
- » 3, 26 § 2 p. 38.
- » 3, 28 p. 38.
- XVII, 1, 1 § 4 p. 192¹.
- » 1, 8 pr.* p. 56, 179.
- » 1, 8 § 10 p. 183².
- » 1, 60 § 4 p. 38.
- » 1, 62 § 1 p. 39.

- XVIII, 1, 1 § 2 p. 114.
- XIX, 1, 13 § 5 p. 187.
- » 1, 13 § 6 p. 189.
- » 1, 48* p. 64, 237, 240 s., 275.
- » 1, 52 pr. p. 178 s.
- » 2, 14 p. 65.
- XX, 1, 4 p. 64.
- » 1, 13 § 2 p. 166.
- » 1, 20* p. 168, 378.
- » 1, 34 § 1 p. 39².
- XXI, 1, 30 pr.* p. 96.
- » 2, 69 § 4 p. 199¹.
- XXII, 1, 41 § 2 p. 35².
- » 3, 10 p. 80¹.
- » 3, 27 p. 79.
- » 3, 29 § 1 p. 27.
- » 4, 1* p. 40 ss., 43 ss., 48, 97.
- » 4, 2 p. 65, 79, 84.
- » 4, 6 p. 176.
- » 5, 3 § 1 p. 40.
- XXIII, 2, 60 § 8* p. 210.
- » 2, 62 § 2* p. 210.
- » 2, 64 § 1 p. 210 s.
- » 2, 67 § 3* p. 210.
- » 2, 67 § 4* p. 209.
- » 2, 67 § 5* p. 210 s.
- » 3, 9 § 3 p. 382².
- XXIV, 3, 49 pr. p. 53, 140, 323, 374.
- XXVI, 2, 26 § 1 p. 210.
- » 6, 2 § 2 p. 86¹.
- » 7, 3 § 2* p. 202², 210.
- » 7, 5 § 6* p. 208.
- » 7, 7 pr. p. 85.
- » 7, 19* p. 202².
- » 7, 39 § 8 p. 79.
- » 7, 39 § 14 p. 79.
- » 7, 46 § 5 p. 77.
- » 7, 58 pr. p. 210.
- » 8, 9 p. 114.
- » 8, 15 p. 96.
- XXVII, 1, 15 § 13* p. 29.
- » 1, 31 § 4* p. 210.
- » 3, 1 § 3 p. 202²⁻³, 210¹.
- » 3, 9 § 4* p. 210.
- » 7, 4 § 3* p. 29.
- » 7, 7 § 8 p. 52.

(1) L'asterisco indica testi interpolati o sospetti.

- XXVIII, 1, 21 § 1 p. 74.
- » 1, 24 p. 82².
- » 7, 27 § 1 p. 74.
- » 8, 5* p. 342, 375.
- XXIX, 2, 28 p. 82², 340, 375.
- » 3, 2 pr.* p. 50, 124, 127, 377.
- » 3, 3 p. 126, 148, 246, 255, 275, 370 s.
- » 3, 10 p. 82².
- » 3, 12 p. 78, 82².
- » 7, 5 p. 69.
- XXX, 44 § 5 p. 184¹, 187, 215², 355, 373.
- » 84 § 7 p. 362, 373.
- » 119 p. 357.
- XXXI, 47 p. 82.
- » 49 § 1 p. 356, 374.
- » 75 p. 38.
- » 77 § 14 p. 209.
- » 77 § 26* p. 53, 138, 176¹, 353.
- » 87 pr. p. 356, 374.
- » 88 § 8 p. 355, 373.
- XXXII, 11 § 1 p. 83.
- » 37 § 1 p. 37².
- » 37 § 2 p. 37.
- » 37 § 3 p. 38.
- » 59 p. 183, 185, 215², 355, 373.
- » 92 pr. p. 349.
- » 92 § 1 p. 49, 350.
- » 102 pr. p. 73, 75, 351, 373.
- » 102 § 1 p. 353¹.
- XXXIII, 7, p. 40.
- » 7, 8 pr. p. 40.
- » 7, 12 § 45* p. 350.
- » 7, 16 p. 40.
- » 8, 23 § 1 p. 199².
- XXXIV, 3, 3 § 1* p. 364, 374.
- » 3, 3 § 2 p. 366.
- » 3, 8 § 5 p. 199².
- » 3, 20 § 1 p. 357.
- » 3, 28 § 4 p. 210.
- » 3, 28 § 9 p. 356.
- » 3, 31 § 1 p. 357.
- XXXV, 1, 32* p. 199¹.
- » 1, 50 p. 199².
- » 1, 82* p. 63, 198, 205¹.
- XXXV, 1, 111 p. 206².
- » 2, 95 § 2 p. 53.
- XXXVII, 10, 3 § 5 p. 56.
- » 11, 1 § 5 p. 82.
- » 11, 1 § 7 p. 82².
- XXXIX, 5, 35 § 2 p. 49, 343.
- » 6, 18 § 1* p. 215.
- » 6, 18 § 2* p. 365, 373.
- » 6, 31 § 3 p. 216¹.
- XL, 1, 5 § 1 p. 206¹.
- » 5, 37* p. 204.
- » 7, 6 § 7* p. 198, 205¹.
- » 7, 34 § 1* p. 205².
- » 14, 2 § 2 p. 53.
- XLI, 1, 9 § 1 p. 33, 121.
- » 1, 65 pr.* p. 131 s.
- » 2, 1 § 21* p. 130².
- XLII, 1, 35 p. 46.
- » 5, 15 pr. p. 85.
- XLIII, 2, 1 pr. p. 346.
- » 5, 1 pr. p. 336.
- » 5, 3 § 5 p. 245, 255, 275, 337².
- » 5, 3 § 6 p. 336².
- » 5, 3 § 10 p. 336.
- XLIV, 7, 2 p. 114.
- » 7, 2 § 1 p. 65.
- » 7, 5 pr.* p. 201¹.
- » 7, 38 p. 65.
- XLVI, 2, 17 p. 65.
- » 3, 6 p. 65.
- » 3, 107 p. 229.
- XLVII, 2, 14 § 17* p. 128, 292, 377.
- » 2, 27 pr.* p. 70, 284, 316², 355¹, 372.
- » 2, 27 § 1 p. 286.
- » 2, 27 § 2 p. 287.
- » 2, 27 § 3 p. 279, 296 s.
- » 2, 28 p. 291, 372.
- » 2, 29* p. 252², 256, 275, 346, 370.
- » 2, 30 p. 252², 256, 275, 346, 370.
- » 2, 31 § 1* p. 54, 69, 278.
- » 2, 32 pr. p. 288, 372.
- » 2, 32 § 1* p. 289, 303.
- » 2, 52 § 19 p. 64, 283.

- XLVII, 2, 52 § 23 p. 279.
- » 2, 52 § 24 p. 313.
- » 2, 73 p. 277¹, 371.
- » 2, 83 (82) § 3 p. 69, 286, 355¹, 372.
- XLVIII, 10, 1 §§ 11-12* p. 210.
- » 10, 27 § 2 p. 81.
- » 17, 4 pr. p. 73, 77.
- » 17, 4 § 1 p. 77.
- » 19, 27 pr. p. 53.
- » 19, 38 § 8 p. 55.
- XLIX, 1, 28 § 1 p. 43.
- » 14, 2 § 1 p. 56.
- » 14, 45 § 4 p. 213.
- » 14, 45 § 5 p. 57.
- L, 1, 36 pr. p. 72, 192.
- » 3, 1 pr. p. 32.
- » 3, 2 p. 32.
- » 13, 1 § 12 p. 217².
- » 15, 4 pr. p. 80², 83.
- » 16, 89 § 2 p. 199.
- » 16, 99 §§ 2-3 p. 41 ss.
- » 17, 94 p. 65.
- c) *Codex Iustiniani.*
- I, 23, 3 p. 83.
- » 23, 4 p. 98.
- II, 1, 7 p. 157, 376.
- » 3, 26 p. 249, 256, 275.
- » 4, 28 p. 30.
- » 6, 3* p. 217.
- » 15, 1 p. 91.
- » 58 (59), 1 § 1 p. 171¹.
- III, 1, 4 p. 49, 134.
- » 1, 13 § 2 p. 31, 89.
- » 11, 1 pr. p. 44.
- » 11, 2 p. 44.
- » 21, 1 p. 210 s.
- » 32, 15 § 1 p. 144 s.
- » 42, 4 p. 53, 249, 256, 275.
- » 42, 6 p. 242, 256, 275.
- » 42, 9 p. 48, 229, 251, 255, 276.
- » 44, 6 p. 84.
- IV, 5, 3* p. 225.
- » 9, 2 p. 54, 227², 252¹.
- » 9, 4 p. 219, 226.
- » 10, 1* p. 183².
- IV, 10, 2* p. 324.
- » 19, 4 p. 49.
- » 19, 5 p. 56.
- » 19, 7 p. 66.
- » 19, 20 p. 49.
- » 19, 21 pr. p. 55.
- » 19, 25 p. 88 s.
- » 20, 8 p. 33².
- » 20, 18 p. 90.
- » 21, 1 pr. p. 95.
- » 21, 11 p. 28¹.
- » 21, 16 pr. p. 94.
- » 21, 17 p. 91, 113.
- » 21, 19 p. 78, 86.
- » 21, 19 § 1 p. 83.
- » 21, 21 p. 48.
- » 21, 21 pr. p. 34.
- » 21, 22 § 5 p. 91.
- » 21, 22 § 8 p. 93.
- » 30, 7 p. 217.
- » 30, 14 p. 98.
- » 30, 14 § 2 p. 91.
- » 30, 14 § 4 p. 81.
- » 34, 5 p. 172, 173¹.
- » 34, 6 p. 75, 95, 173¹.
- » 38, 12 pr. p. 53.
- » 39, 7* p. 168¹.
- V, 4, 2 p. 55.
- » 4, 22 p. 49.
- » 6, 3 § 1* p. 208.
- » 6, 6 pr. p. 210.
- » 11, 1 p. 50 s.
- » 11, 4 p. 52.
- » 14, 5 p. 52.
- » 14, 11 pr. p. 327.
- » 14, 11 § 2 p. 327.
- » 16, 5 p. 49, 359.
- » 37, 14* p. 207, 208².
- » 37, 24 pr. p. 85.
- » 41, 1 pr.* p. 210.
- » 42, 2 § 1 p. 210.
- » 45, 1* p. 210.
- » 48, 1 pr. § 1* p. 210.
- » 51, 7* p. 207¹.
- » 51, 11 p. 210.
- » 53, 1 p. 55, 210.

- V, 53, 2 pr. p. 55, 210.
- » 58, 3 pr. p. 210.
- VI, 2, 15 p. 148.
- » 23, 29 pr. p. 85.
- » 37, 18* p. 168¹.
- » 42, 2 p. 66.
- » 42, 22 p. 59¹, 66, 336².
- » 42, 24* p. 52, 235, 275.
- » 44, 5 p. 52.
- » 50, 15 p. 52, 354, 376.
- VII, 2, 4 p. 203¹.
- » 6, 1 § 1 p. 114.
- » 16, 6 p. 66.
- » 16, 25 p. 50.
- » 16, 26 p. 50.
- » 18, 3 § 1 p. 206².
- » 43, 1 p. 85.
- » 52, 4 p. 46.
- » 62, 31 p. 87, 97.
- VIII, 7, 1 p. 338.
- » 16, 2 p. 134¹, 161.
- » 16, 4 p. 167¹.
- » 25, 7 p. 366, 376.
- » 36, 3 p. 348, 376.
- » 40 (41), 6 p. 70.
- » 41, 3* p. 183².
- » 42, 23 p. 61.
- » 42, 25 p. 230.
- » 48, 5 p. 89¹.
- » 53, 1* p. 49, 141 s., 144 s., 367, 378.
- » 53, 13 p. 114.
- » 53, 23 p. 49.
- » 53, 25 p. 70, 99.
- » 53, 27 § 2 p. 89.
- » 53, 33 p. 168¹, 183².
- » 55, 2 p. 49.
- IX, 16, 1. p. 58.
- » 22, 4 p. 74.
- » 22, 14 p. 74.
- » 22, 21 p. 56.

- IX, 22, 23 p. 47, 98.
- » 31, 1 p. 74.
- » 31, 1 § 1 p. 340.
- » 41, 15 p. 33².
- X, 3, 3 p. 49.
- » 19, 1 p. 88.
- » 22, 3 p. 78, 90.
- » 34, 3 § 1 p. 86.
- XI, 23, 1 p. 171¹.
- XII, 23, 4 p. 88.
- » 38, 9 p. 88¹.
- d) *Novellae Iustiniani*.
- 72 c. 8 p. 208⁴.
- 89 p. 57.
- 117 c. 2 p. 99.
- Appendix*, 7 c. 7 p. 56.
- » 7 c. 21 p. 55.

FONTI BIZANTINE

- Basilica : VII, 5, 35 p. 56 ; VII, 6, 4 p. 137 ;
- VII, 17, 11 p. 44 ; VII, 17, 12 p. 44 ; VII, 18,
- 3 p. 55 ; IX, 3, 35 p. 46 ; IX, 3, 74 p. 46 ; X, 2,
- 8 p. 53 ; XIII, 2, 1 § 38 p. 179¹ ; XIII, 2,
- 39 p. 75, 95 ; XV, 1, 94 p. 144 ; XV, 4,
- 24 p. 53 ; XXII, 1, 30 p. 41 ; XXII, 1, 39
- p. 56 ; XXII, 1, 79 p. 95 ; XXVI, 5,
- 131 p. 62 ; XXVIII, 8, 47 p. 54¹ ; XXIX,
- 1, 81 p. 50 ; XXIX, 1, 84 p. 52 ; XXIX,
- 5, 35 p. 52 ; XXXV, 6, 2 p. 50 ; XXXVI,
- 1, 6 p. 69 ; XXXVIII, 7, 8, p. 52 ; XLVI,
- 1, 6 p. 56 ; XLVII, 1, 35 p. 49, 142 ; XLVIII,
- 10, 2 p. 53 ; L, 1, 60 p. 132 ; LVI, 2, 2
- p. 53 ; LX, 12, 27 p. 70 ; LX, 12, 31 p. 54 ;
- LX, 12, 82 p. 69.

SCRITTORI NON GIURIDICI

- Ciceronis : *ad fam.* 13, 36, 1 p. 69 ; *pro*
- Balbo* 8, 19 p. 69 ; *pro Quinctio* 21, 67
- p. 85 ; *Verr.* 4, 44, 96 p. 176¹.
- Dionis Cassii* II, 63 p. 93¹ ; II, 74 p. 93¹.

INDICE ALFABETICO-ANALITICO

- | | |
|---|---|
| <p style="text-align: center;">A</p> <ul style="list-style-type: none"> Absolutio, 113. Acta, 27 ss., 47 s., 57, 62. — praesidis, 31. Actio, 95. — ad exhibendum, 242, 245, 247 ss., 253 ss., 257 s., 275 s., 370 s. — de dolo, doli, 181, 314. — depositi, 295. — empti, 179, 237, 241, 275. — ex stipulatu, 153 275. — familiae erciscundae, 150, 347. — furti, 133, 148, 277¹, 278, 280 s., 286, 288, 290, 292, 296 s., 303, 371 s. — in factum, 257 ss. — — generalis, 307. — iniuriarum, 305, 307 s., 310, 318. — legis Aquiliae, damni iniuriae, 295 ss. — — Corneliae testamentariae, 243. — mandati, 267. — negotiorum gestorum, 197 ss. — pigneraticia, 163. — pro socio, 267. — quod metus causa, 195 s. — servi corrupti, 311 ss. — tutelae, 207². Adnotatio, 77. Album, 31 s. Antapocha, 86 s. Apocha, 77 s., 90. Apostoli, 87. Appellatio, 97. Argentarii, 263¹, 264¹. Authenticum, 78 s. | <p style="text-align: center;">B</p> <ul style="list-style-type: none"> Beneficium, 98. Bonorum possessio, 82, 343, 346. Βρέβιον, 91 s. Breve, 88. <p style="text-align: center;">C</p> <ul style="list-style-type: none"> Calendarium, 79 s. Χάρτης, 34, 94 s. Causa iniuriae faciendae, 307 s. — (iusta) traditionis, 136. Cautio, 32 s., 54¹ 153, 217, 235, 327s., 349, 378. — corrupta, 32. — foeneraticia, 327. — hereditaria, 32, 149, 155. — subrepta, 32 231. Χεῖρ, 95. Census, 80. Charta, 33 s., 67, 121. Chartula 34 s. Chirographa praediorum, 351. Chirographum, 35 s., 48, 49¹, 376. Codex, 36 s., 283. — accepti et expensi, 36. — rationum argentariae, 36. Codicillus, 37, 74. Cognitio extra ordinem, 30 s., 43 s., 79, 354. Commentarius, 80. Compravendita del documento, 183 ss. Condictio del documento, 217, 229 s., 251, 376. — — ex causa furtiva, 302, 372. — indebitae quantitatis scripturae, 225 ss. — instrumenti dissolutae quantitatis, 227 ss. |
|---|---|

Condictio sine causa, 219 ss.
 Condominio del documento, 148 ss.
 Confezione del documento (in rapporto all'acquisto della proprietà di esso), 121 s.
 Constitutio, 72.
 Contenuto del documento, 127.
 Contestatio, 88.
 — litis, 95 s.
 — non numeratae pecuniae, V. querela n. n. p.
 Contractus, 98.
 Contratti aventi ad oggetto documenti, 171 ss.
 — fondati su causa illecita, 193 ss.
 Corruptio, 279, 315 s.
 — albi, 315 ss.
 Crimen falsi, 243.
 Cura furiosi, 135.
 — minoris, 207 s.
 — prodigi, 137.
 Custodia, 293 s.

D

Damnum iniuria datum, 295 ss.
 Datio pignoris, 165.
 Decretum, 72, 86.
 Deletio, 295.
 Denunciatio, 81.
 Deposito di documenti, 171 ss.
 Descriptio et recognitio instrumenti, 152.
 Διαθήκη, 99.
 Διάστρωμα, 93.
 Dies et consul, 39, 98.
 Δικαίωμα, 43 s., 93.
 Diploma, 81.
 Documento costitutivo, 109 ss.
 — del negozio giuridico, 50.
 — privato, 48.
 — probatorio, 109 ss.
 — pubblico, 89.
 — testimoniale, 35.
 Documentum, 88.
 Donatio, 98 s., 345.
 — mortis causa, 365 s.
 — perfecta, 344.
 Donazione, 359 ss.

E

Edictum, 72 s.
 Editio rationum, 62, 266, 270 ss., 347, 375.
 Elemento ideale del documento, 117.
 — reale del documento, 123, 148.
 Emptio, 73.
 Emptiones agrorum, 161 ss.
 — servorum, 350.
 Ἐπιστολή, 86.
 Epistula, 37 ss., 47, 60 ss., 114 s., 127 s., 191, 377,
 — donationis, 354.
 — fideicommissaria, 38.
 Esibizione, 235 ss.
 Exemplar, exemplarium, exemplum, 78 s., 82 s.

F

Facultas exhibendi, 247³.
 Fedecommesso, 350.
 Forma, 80² 83 s.
 Formula, 96.
 Furtum cautionum, 284 ss.
 — epistularum, 292 ss.
 — instrumentorum, 278.
 — libellorum, 277¹.
 — tabularum, 278.

G

Gesta, 48, 89.
 Γραμματεῖον, 92 s.
 Γραφή, 93.

I

Index, 84.
 Iniuria, 59, 310 s., 318.
 Inscriptio, 72, 84.
 Insinuatio, 30, 89.
 Instrumentum, 34, 35¹, 40 ss., 65, 69, 93, 95, 97, 144 s., 274, 350, 371.
 — auctoritatis, 134.
 — debitoris, 49.
 — donationis, 49.
 — emptionis, 49.
 — manumissionis, 50.
 — pupillare, 211.

Instrumentum status, 53.
 Interceptio, 292 ss.
 Interdictum de tabulis exhibendis, 339.
 — redditum, 339.
 Interesse all'esibizione, 244 ss.
 Interpretazione del negozio, 163.
 Interrogatio in iure, 340.
 Intersersio, 195 s.
 Invasio instrumentorum, 243 s.
 Inventarium, 84 s.
 Iudicium, 96 s.
 Iusiurandum in litem, 248 s.

L

Lectio pluribus praesentibus, 310 s.
 Legato di documenti, 344 ss.
 Libellus, 57 ss., 62, 88, 336³.
 — contradictionis, 60.
 — conventionis, 60.
 — delationis, 60.
 — famosus, 59.
 Liber, 68, 75.
 — actionum, 133.
 Licitatio, 154.
 Literae, litterae, 29, 33, 60 ss., 68, 73.

M

Mandatum 193.
 Metus, 195 s.
 Monumentum, 80.

N

Negotiorum gestio, 197 ss.
 Notio, 89.
 Numularii, 262 s.
 Nuntium, 191.

O

Obligatio, 186.
 Ordo scripturae, 65.

P

Parapherna, 326 ss.
 Pegno di documenti di credito, 166 ss.
 — — giustificativi della proprietà, 161.

Pignus cautionis, 167.
 Postulatio, 340.
 Professiones, 27.
 — aetatis 80².
 Proprietà del documento (modi di acquisto), 121 ss.
 — dell'epistula, 127 ss.
 — delle tabulae testamenti, 123 ss.
 Πουκτή, 94.

Q

Querela non numeratae pecuniae, 220.

R

Ratio, 62 s., 261², 299, 312, 349, 358 s.
 — argentaria, 260.
 Rationes adversarii, 254.
 — reddere, 63.
 Recitatio, 309 s.
 Rei vindicatio, 126, 203, 255, 257, 328², 370.
 Rescriptum, 47.
 Rumpere, 296.

S

Scriptura (accessione), 122.
 — (documento), 63 ss., 116, 227, 283.
 — calumniosa, 65.
 — mensae, 286.
 Securitas, 90 s.
 Securitas tributorum, 90.
 Sequester, 172 ss.
 Spatium deliberandi, 340 ss.
 Subscriptio, 85.
 Suffragium, 175.
 Surreptio, 133, 291.

T

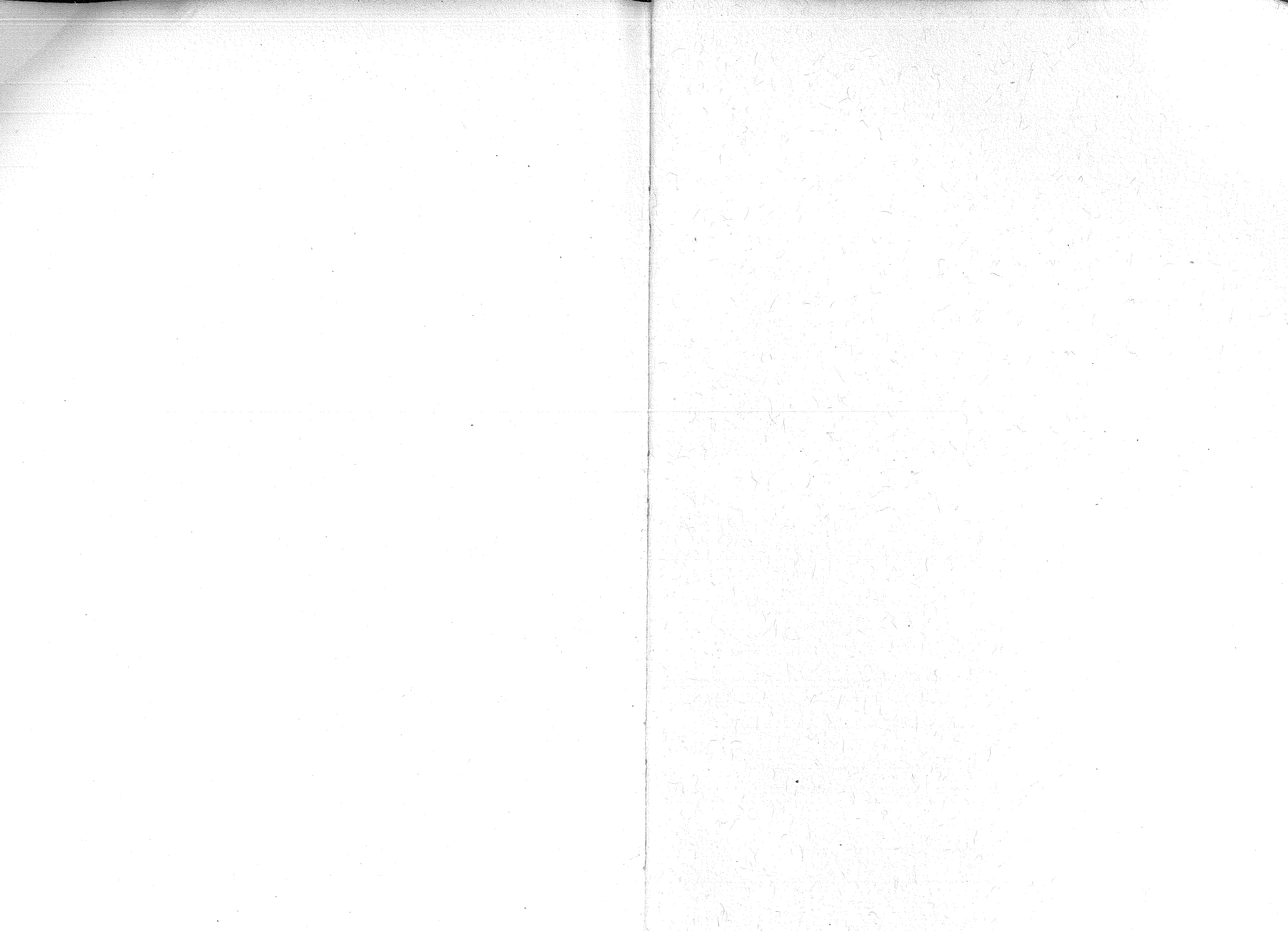
Tabella, 85 s., 94.
 Tabellio, 50, 56.
 Tabulae, 66 ss., 84, 284, 287, 313, 336¹, 338 s., 373.
 — hereditariae, 346.
 — publicae, 68 s.
 — testamenti, 69, 98, 123 s., 245 s., 335¹, 336, 374.

Tabularium, 349.
Tabularius, 262.
Tessera, 70 s.
Testamentum, 69, 73 s.
Testatio, 74 s.
Testimonium, 41, 97.
Textus codicis, 36.
Titoli di credito, 113 s.
— rappresentativi, 141.
Titulus, 9i.
Traditio dei conti, 137 s.
— dei documenti, 134 s., 137 s., 323, 324¹,
360, 367.
— dell'epistula, 131.
— di instrumenta, 140 ss.

Traditio di instrumenta emptionis, 134 ss.
Traditio ficta, 141.
— instrumentorum sostitutiva e costitu-
tiva, 140 ss.
Transactio, 30, 75.
Trasporto di documenti, 189 ss.
Tutela, 209 ss.

V

Venditio chirographi 184 ss.
— hereditatis, 187 ss.
Viaticum, 193.
Vindicatio, V. rei v.
— tabularum, 148.



REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S04228

T. Dorušan
knižárství
Brno - Dvůrčák 3