

Collana Ravenna Capitale

Comitato scientifico

Manuel Jesús García Garrido (UNED Madrid)

Francesco Amarelli (Università di Napoli Federico II)

Jean Michel Carrié (École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris)

Federico Fernández de Buján (UNED Madrid)

Salvatore Puliatti (Università di Parma)

La presente pubblicazione è stata curata da Gisella Bassanelli Sommariva.

I contributi pubblicati all'interno del volume sono stati sottoposti a doppio referaggio anonimo.

RAVENNA CAPITALE

LOCALIZZAZIONI
E TRACCE DI ATTI NEGOZIALI

© Copyright 2020 by Maggioli S.p.A.
Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.
Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001:2015

47822 Santarcangelo di Romagna (RN) • Via del Carpino, 8
Tel. 0541/628111 • Fax 0541/622595
www.maggiolieditore.it
e-mail: clienti.editore@maggioli.it

Diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione
e di adattamento, totale o parziale con qualsiasi mezzo sono riservati per tutti i Paesi.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2020
nello stabilimento Maggioli S.p.A.
Santarcangelo di Romagna (RN)

Indice

Presentazione	pag. vii
Due parole di introduzione: i formulari Catoniani quali documenti della prassi e dell'attività cautelare dei <i>veteres</i> di <i>Gisella Bassanelli Sommariva</i>	» 1
I testamenti pubblici romani alla luce della prassi documentale egiziana di <i>Francesco Arcaria</i>	» 7
Brevi cenni sull'archivio di Babatha di <i>Simona Tarozzi</i>	» 59
Osservazioni sulle <i>leges censoriae</i> in materia di opere pubbliche di <i>Andrea Trisciuoglio</i>	» 73
La clausola di garanzia per i vizi occulti nelle <i>Tabulae Herculaneses</i> tra norme e prassi di <i>Anna Bellodi Ansaloni</i>	» 79
Pratique tabellaire et vie du droit dans les provinces de l'Empire di <i>Soazick Kerneis</i>	» 99
Traces of legal business in the letters of Gregory the Great di <i>Boudewijn Sirk</i>	» 113
<i>Obligatio re contracta</i>: la prospettiva processuale di <i>Mario Varvaro</i>	» 129

A margine di Gai. 3.205: brevi note su <i>utilitas contrahentium</i> e prassi	
di <i>Carlo Pelloso</i>	» 141
Dogmatica giuridica e diritto privato	
di <i>Raimondo Santoro</i>	» 161

Obligatio re contracta*: la prospettiva processuale

Mario Varvaro

(Università degli Studi di Palermo)

1. Nel proporre alcune riflessioni sull'*obligatio re contracta* in prospettiva processuale può essere utile partire dal noto passo delle Istituzioni giurine che si occupa di questo genere di *obligatio* per procedere poi a un'analisi del titolo editale '*De rebus creditis*'. In tale percorso saranno considerati i testi di alcune fonti che la storiografia romanistica, riallacciandosi a un'illustre tradizione di studi, è tornata a esaminare anche di recente. Cominciamo dalla lettura di

Gai. 3.90-91 (*FIRA*² II 119 s.): [90] Re contrahitur obligatio uelut mutui datione. <Mutui autem datio> proprie in his [fere] rebus contingit quae pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata uinum oleum frumentum aes argentum aurum. Quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Vnde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit. [91] Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur. Nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. Vnde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri conditione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is qui soluendi animo dat, magis distrahere uult negotium quam contrahere.

Dopo avere indicato in Gai. 3.89 i *genera* delle *obligationes* che nascono in base a un *contractus* (*re, uerbis, litteris, consensu*), il giurista parla dell'*obligatio* contratta *re* e adduce come esempio, introdotto da '*ueluti*', la *mutui datio*. L'esposizione è condotta nella prospettiva del modo in cui si costituisce il vincolo obbligatorio. Per il mutuo si fa riferimento all'operazione che consiste nel trasfe-

* In queste pagine è riprodotto il mio intervento congressuale senza aggiunta di indicazioni bibliografiche. Per i riferimenti essenziali agli autori richiamati nel testo mi limito a citare le seguenti opere: O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927²; A. D'ORS, *Creditum und Contractus*, in *ZSS*, 74, 1957, 73-99; B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, in *AUPA*, 32, 1971, 5-179; R. SANTORO, *Studi sulla condictio I*, *ibid.*, 181-589; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milano, 2002; M. VARVARO, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008.

rire al mutuatario alcuni beni determinati in base al peso, al numero o alla misura ('*quae pondere numero mensura constant'*), affinché quest'ultimo ne acquisti la proprietà e restituisca non gli stessi beni, ma altri della stessa natura (Gai. 3.90). Solamente in seguito, quando si passa a trattare del pagamento di indebito come ipotesi nella quale si pure nasce una *obligatio re contracta* (Gai. 3.91), si considera il profilo della tutela processuale con un riferimento all'*intentio* della formula della *condictio*, che è lo strumento per ripetere quanto non dovuto in caso di una *solutio* effettuata per errore.

2. Un altro passo da considerare in immediata successione al frammento di Gaio appena richiamato è:

D. 12.1.2 pr.-1 e 3 (Paul. 28 *ad ed.*) [pr.] Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus: nam si alius genus, ueluti ut pro tritico uinum recipiamus, non erit mutuum. [1] Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire ... [3] Creditum ergo a mutuo differt qua genus a specie: nam creditum consistit extra eas res, quae pondere numero mensura continentur sic, ut, si eandem rem recepturi sumus, creditum est *rell.*

Nel brano, tratto dal commentario all'editto di Paolo, si specifica innanzitutto (pr.) che il *mutuum* non ha per oggetto beni di specie, perché altrimenti la *datio* riguarderebbe ipotesi contrattuali da configurare come comodato o come deposito.

Subito dopo (§ 1) si dice in cosa consista la *mutui datio*, con un'espressione analoga a quella impiegata in Gai 3.90 per indicarne l'oggetto (beni determinati in base al peso, al numero o alla misura), con la precisazione che ciò consente di '*in creditum ire*'. Si tratta però – come viene puntualizzato nel § 3 – di un'ipotesi specifica del più ampio *genus* rappresentato dal *creditum*, che può avere per oggetto anche beni diversi dalle *res quae pondere numero mensura consistunt*.

3. Se su queste basi si dà uno sguardo alla sistematica immaginata da Lenel per la ricostruzione dell'editto di età adrianea con riferimento al titolo '*De rebus creditis*' (EP XVII), si può notare che in esso si ritrovano le azioni a tutela di rapporti che sono oggetto del *credere* indicato da Paolo come il *genus* rispetto al quale il mutuo costituisce una *species* (D. 12.1.2.3). Tale titolo edittole, infatti, ricomprende le formule delle azioni relative alla *certa pecunia* e alla *certa res* (che sono le eredi formulari delle due applicazioni del *lege agere per conditionem* introdotte rispettivamente dalla *lex Silia* e dalla *lex Calpurnia*), dell'*actio de eo quod certo loco*, dell'*actio de pecunia constituta*, dell'*actio commodati (directa e contraria)*, dell'*actio pignoratitia (directa e contraria)*, nonché dell'azione che spetta agli *argentarii*.

Sono assenti, invece, le formule di altre azioni *in personam* che tutelano altre obbligazioni contratte *re*, e che pertanto potremmo aspettarci di incontrare in questo stesso titolo, come l'*actio depositi* e l'*actio fiduciae*, che invece si ritrovano in testa al titolo edittale '*De bonae fidei iudiciis*' (EP XIX).

La circostanza ha indotto a interrogarsi sulle ragioni di tale mancanza, che Lenel spiegava con ragioni di ordine storico. In un'analoga prospettiva anche altri studiosi hanno pensato che tale assenza dipenderebbe da cause storiche connesse alla determinazione del momento in cui tale titolo si andò formando nell'editto del pretore.

Per Albanese la sua nascita potrebbe datarsi in un arco di tempo compreso tra la fine dell'età repubblicana (dopo Servio Sulpicio Rufo e Alfeno Varo) e i primi anni del principato. Per Santoro, invece, il titolo in questione si sarebbe formato per ragioni di ordine processuale prima di Proculo. Dalle fonti, infatti, risulta che anche comodato e pegno erano tutelati dalla *condictio* applicata secondo la dottrina dei *ueteres* approvata da Sabino e da Celso e riferita in D. 12.5.6 (Ulp. 18 *ad Sab.*), finché nell'editto non furono concesse azioni specifiche, come l'*actio commodati* e l'*actio pigneraticia*, le cui formule continuarono a essere ricomprese nel medesimo titolo '*De rebus creditis*'.

Vi è un argomento, però, che induce a datare la formazione del titolo in questione a un momento anteriore a quello immaginato da tali studiosi, e cioè a quello in cui intorno alla fine del II secolo a.C. la *lex Aebutia* abolì, come pare da credere, il *lege agere per conductionem*. Già in questo momento, infatti, nell'editto del pretore dovevano essere presenti le formule delle azioni che avevano preso il posto dell'antica *legis actio per conductionem* per la protezione dei rapporti nascenti dal mutuo e da altri contratti tutelati con tale *modus agendi* che avevano per oggetto beni determinati. È ragionevole ipotizzare che tutte queste formule fossero ricomprese in un titolo edittale unitario, dal quale restarono fuori le formule per la tutela del *depositum*, per il quale non si poteva agire con *legis actio per conductionem*.

Una diversa spiegazione dell'assenza delle azioni nascenti dal deposito e dalla *fiducia* dal titolo '*De rebus creditis*' è stata fornita più di recente da Saccoccio riprendendo un'idea formulata in passata da d'Ors e facendo leva sulla nozione di '*certum*'. Si tratta di una nozione evocata tanto con riferimento al *lege agere per conductionem*, che riguarda pretese aventi per oggetto *certa pecunia* o *certa res*, quanto nella rubrica edittale '*Si certum petetur*', che – come si è ricordato – ricomprende le formule della *condictio certae pecuniae* (con connesse formule di *sponsio et restipulatio tertiae partis*) e della *condictio certae rei*.

4. Per l'età classica la portata della nozione di '*certum*' può ricavarsi dalla lettura di un passo del commentario all'editto provinciale di Gaio, riconducibile per Lenel alla rubrica edittale '*Si cum eo agatur qui incertum promiserit*' (Pal. I

209 nt. 2), in cui si distingue fra *stipulationes certae* e *incertae*. Tale distinzione doveva assumere rilevanza pratica ai fini dell'individuazione dell'azione a tutela del credito nato dai due tipi di *stipulatio*: *condictio* in caso di *stipulatio* avente per oggetto un *certum*, e *actio incerti ex stipulatu* in tutti gli altri casi (cfr. anche PT. 3.15 pr.).

A tale proposito Gaio precisa che è *certum* ciò che (in base alle parole impiegate nella *stipulatio*) è idoneo a essere determinato con riferimento alla sua natura (*quid*), alla qualità (*quale*) e alla quantità (*quantum*), come per esempio una somma di dieci aurei, il fondo Tuscolano, lo schiavo Stico, cento moggi di grano africano della migliore qualità, cento anfore di vino campano della migliore qualità:

D. 45.1.74 (Gai. 8 *ad ed. prou.*): Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, uini campani optimi amphorae centum.

Il frammento del Digesto posto dai compilatori giustinianeî subito dopo il frammento di Gaio appena considerato è tratto dal commentario all'editto di Ulpiano e conferma questa nozione di '*certum*', specificando che tutto ciò che non sia individuabile in tal modo dalle parole della promessa stipulatoria deve essere considerato *incertum*:

D. 45.1.75 pr. (Ulp. 22 *ad ed.*): Ubi autem non apparet, quid quale quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est.

Dalla lettura in immediata successione dei due passi risulta con chiarezza che l'idea di *certum* esprime ciò che è 'definito in tutti i suoi elementi', 'determinato' (corrispondente all'aggettivo tedesco 'bestimmt'), e non l'idea di *certum* nel senso di ciò che è 'sicuro' o 'non sottoposto a condizione' (corrispondente agli aggettivi tedeschi 'sicher' o 'nicht bedingt'), e in contrapposizione al latino *dubium*.

A questo diverso significato, nondimeno, si è pensato con riferimento alla nozione di '*creditum*' (sostantivo derivato da '*cre(tum)-dare*'), che richiama l'idea di un'obbligazione di *dare* un *certum* riflessa nell'*intentio* della formula della *condictio* deducente un '*certum dare oportere*'. Si è ritenuto, in particolare, che la determinazione che caratterizza il *creditum* riguarderebbe non soltanto l'oggetto che deve essere restituito dal debitore al creditore, ma anche la certezza soggettiva che il debito sussista in modo attuale e sicuro.

5. Chiamando in causa questa diversa nozione di *certum* rilevante ai fini della nascita stessa di un'obbligazione riconducibile al campo del *creditum*, si è

ipotizzato che l'azione per la tutela del deposito non fosse ricompresa nel titolo *De rebus creditis* perché in tale figura di *obligatio re* mancherebbe quel profilo di certezza da intendersi come ciò che non è sottoposto a condizione.

Per sostenere tale assunto si è fatto leva sulla formula dell'*actio depositi in factum* riferita in Gai. 4.47 (*EP*³ § 106):

IVDEX ESTO. SI PARET AVLVM AGERIVM APVD NVMERIVM NEGIDIVM MENSAM ARGENTEAM DE-
POSUISSE EAMQVE DOLO MALO NVMERII NEGIDII AVLO AGERIO REDDITAM NON ESSE, QVANTI EA
RES ERIT, TANTAM PECVNIAM IVDEX NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO, S.N.P.A.

Dal programma di giudizio appena trascritto risulta che la condanna del convenuto al *quanti ea res erit* è subordinata alla verifica di due condizioni da parte del giudice: la condizione che l'attore abbia depositato un bene determinato (nell'esempio riferito da Gaio: un vassoio d'argento) presso il convenuto ('*Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse*'); e la condizione che la mancata restituzione di questo stesso bene all'attore dipenda dal dolo del convenuto ('*eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse*').

Si è sostenuto così che la mancata realizzazione della 'posizione debitoria' in capo al debitore convenuto in giudizio per l'inadempimento dipenda dalla circostanza che non si sa se la mancata restituzione del bene dato in deposito sia dovuta o meno a un suo contegno doloso. In tale ipotesi, dunque, non si avrebbe una *obligatio certa* non tanto perché l'oggetto non sia determinato, quanto perché non sarebbe sicuro che l'obbligazione sia venuta a esistenza finché non si sia accertato che la mancata restituzione dipende dal dolo del convenuto.

6. Una spiegazione del genere, tuttavia, offre il fianco a varie obiezioni. Può notarsi infatti che l'accertamento del dolo in capo al convenuto concerne una questione legata non tanto alla nascita dell'*obligatio re*, che dipende dalla consegna di un bene mobile da parte dell'attore al convenuto perché lo custodisca e lo restituisca a semplice richiesta, quanto piuttosto al criterio di responsabilità che espone il debitore all'azione per l'ipotesi di mancata restituzione del bene depositato. Nell'ambito dello schema tracciato nel programma di giudizio dell'*actio depositi in factum*, l'accertamento del dolo del convenuto opera come condizione della *condemnatio*, configurandosi con riferimento all'aspetto della responsabilità per inadempimento, ma non come condizione della nascita della 'posizione debitoria', che nasce in ogni caso dalla consegna della *res*. Non siamo di fronte, in altri termini, ad alcuna incertezza relativa al sorgere dell'obbligazione, perché l'incertezza riguarda soltanto la possibilità che l'attore non dimostri *in iure* il dolo del convenuto, il quale potrebbe dunque essere assolto.

Inoltre, se la nozione di *certum* richiamata nei rapporti di credito avesse il significato di ‘non dubbio’, ‘non sottoposto a condizione’, non si spiegherebbe perché nelle fonti si trovino espressioni tecniche come ‘*certa pecunia*’ e ‘*certa res*’ (o ‘*condictio certae pecuniae*’ e ‘*condictio certae rei*’). È evidente, infatti, che in tali locuzioni l’aggettivo ‘*certa*’ riferito alla *pecunia* o alla *res* va inteso nel significato di ‘determinata’, e non in quello di ‘non sottoposta a condizione’ o di ‘certa’ in contrapposizione a ‘*dubia*’. Sottoposto a condizione può essere un negozio, come il contratto di deposito, ma non il suo oggetto.

Del resto, basta dare uno sguardo al *Thesaurus linguae Latinae* per constatare come il significato principale dell’aggettivo nella lingua giuridica sia proprio quello indicato da Gaio nel testo di D. 45.1.74 (*supra*, § 4), che ricorre anche in un frammento di Paolo riferito di D. 12.1.6 (*ThLL*, III, col. 899 s., s.v. *certus*, -a, -um, *sub* I “pertinet ad actionem animi terminantis, vi tantum passiva, i. q. definito”).

7. Per comprendere bene la nozione di *credere*, perciò, appare preferibile battere un’altra via che non costringa a interpretare l’idea di *certum* come ciò che ‘non è sottoposto a condizione’. È su tale via che si potrà comprendere per quale ragione le formule delle azioni a tutela del contratto di deposito non siano ricomprese nel titolo edittole ‘*De rebus creditis*’ insieme a quelle delle altre azioni nascenti da *obligationes re contractae*.

In questa prospettiva leggiamo il testo di:

D. 12.1.1.1 (Ulp. 26 *ad ed.*): Quoniam igitur multa ad contractus uarios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. Nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. Rei quoque uerbum ut generale praetor elegit.

Nel passo, che i compilatori giustinianeî hanno escerpito dal commentario all’editto di Ulpiano, si dice che il pretore ha inserito nel titolo ‘*De rebus creditis*’ molti rapporti relativi a vari contratti. Dopo la citazione dell’opinione di Celso secondo cui il termine ‘*credere*’ impiegato nel titolo edittole ha valore di ‘*uerbum generale*’, si specifica che ciò avviene nei contratti in cui ‘*cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid*’. Si tratta di contratti nei quali il creditore aderisce a una proposta altrui (questo è il significato del verbo *adsentiri*) e caratterizzata dall’*alienam fidem sequi*, nei quali il creditore aderisce a una proposta altrui consegnando un bene al debitore perché costui glielo restituisca. Tale adesione è espressione di un atteggiamento che in senso generale può attribuirsi alla nozione di *credere* cui si è richiamato il pretore nel proprio editto, e che comprende non solo il mutuo, ma anche il comodato e il pegno.

Come notato già da Albanese, in tutti questi contratti è la figura del creditore a esprimere un *adsentiri rei*, mentre ciò non avviene nel deposito, in cui l'iniziativa della consegna dell'oggetto dell'*obligatio* proviene dal deponente-creditore, mentre negli altri contratti, come il mutuo o il comodato, è il debitore ad assumere questa iniziativa.

8. Una tale lettura del testo di D. 12.1.1.1 consente di spiegare perché le formule delle azioni a tutela del deposito non sono incluse nel titolo edittale che ricomprende tutte le altre figure in cui viene in considerazione la nozione di *credere* chiarita nel commentario all'editto di Ulpiano senza ricorrere a ipotesi interpolazionistiche (come quelle formulate in passato) e senza dovere accedere a una nozione di *certum*, come quella suggerita da d'Ors e ripresa da Saccoccio, secondo cui assumerebbe rilevanza l'aspetto di una certezza obiettiva circa l'esistenza attuale e sicura della 'posizione debitoria' ("objektive Gewißheit, daß die Schuld als gegewärtig und sicher besteht.").

Per dimostrare tale aspetto della nozione di *certum*, peraltro, non può essere impiegato come prova quanto si legge in

D. 45.1.75.4 (Ulp. 22 *ad ed.*): Illud dubitationem recipit, si quis id, quod ex Arethusa ancilla natum erit, aut fructus, qui in fundo Tusculano nati erunt, dari sibi stipulatus sit, an certum stipulatus uideatur. Sed ipsa natura manifestissimum est incerti esse hanc stipulationem.

Il testo, la cui classicità sostanziale può riconoscersi a dispetto di alcuni dubbi avanzati in passato, risolve la questione che riguarda la possibilità di qualificare come *certa* una *stipulatio* avente per oggetto i figli nati dalla schiava Aretusa o i frutti prodotti nel fondo Tuscolano. Ulpiano ritiene con assoluta certezza ('*manifestissimum est*') che in tali ipotesi si ha la *stipulatio* di un *incertum*. Nel tentativo di spiegare perché in questi due esempi ci si troverebbe di fronte a una nozione di *incertum*, si è sostenuto che ciò dipenderebbe da una sorta di condizione implicita relativa alla nascita dei parti della schiava Aretusa o alla produzione dei frutti prodotti nel fondo Tuscolano, sicché non si potrebbe dire che l'obbligazione sussista finché le cose dedotte nella promessa stipulatoria non siano venute a esistenza e siano esigibili.

Senonché la circostanza che si tratti una *stipulatio* avente per oggetto un *incertum* si spiega benissimo alla luce della nozione di *certum* fornita da Gaio nel testo di D. 45.1.74, in base alla quale è *certum* ciò che sia determinato rispetto al *quid*, al *quale* e al *quantum* (*supra*, § 4). La schiava Aretusa, infatti, potrebbe abortire oppure dare alla luce un numero di gemelli che non si conosce in anticipo, mentre il fondo Tuscolano potrebbe produrre frutti di cui non solo non può calcolarsi in anticipo l'esatta quantità, ma che potrebbero variare anche in relazione alla qualità.

9. A sostegno dell'idea che la nozione di *certum* riguarderebbe l'aspetto della certezza della venuta a esistenza dell'obbligazione è stato richiamato anche un altro passo del Digesto tratto dal commentario all'editto di Ulpiano:

D. 45.1.75.8 (Ulp. 22 *ad ed.*): Qui illud aut illud stipulatur, ueluti 'decem uel hominem Stichum', utrum certum an incertum deducat in obligationem, non immerito quaeritur: nam et res certae designantur et utra earum potius praestanda sit, in incerto est. sed utcumque is, qui sibi electionem constituit adiectis his uerbis 'utrum ego uelim', potest uideri certum stipulatus, cum ei liceat uel hominem tantum uel decem tantum intendere sibi dari oportere: qui uero sibi electionem non constituit, incertum stipulatur.

Nel brano si prende posizione in ordine alla *quaestio* sulla natura dell'obbligazione nascente da una *stipulatio* con la quale il promittente si fosse obbligato a dare allo stipulante una somma di dieci o, in alternativa, lo schiavo Stico ('*decem uel hominem Stichum*'). I giuristi, infatti, si chiedevano a ragione ('*non immerito*') se tale obbligazione avesse per oggetto un *certum* oppure un *incertum*.

Ulpiano riteneva che una tale promessa stipulatoria avesse per oggetto un *certum* solamente se il creditore, all'atto della promessa, si fosse riservata la facoltà di scegliere fra le due alternative (la somma di dieci oppure lo schiavo Stico) aggiungendo alla domanda le parole '*utrum ego uelim*', anziché lasciare tale facoltà al debitore. In tal modo, infatti, l'oggetto della promessa sarebbe stato determinato perché avrebbe consentito al creditore di scegliere un bene individuato e, per l'ipotesi di inadempimento da parte del debitore, di esercitare un'*actio in personam* con la quale dedurre in giudizio una soltanto delle due alternative – o lo schiavo o la somma di dieci – nell'ambito di una *formula certa* ('*uel hominem tantum uel decem tantum intendere sibi dari oportere*'), rendendo così irrevocabile la propria scelta su un bene del quale erano individuati tutti gli aspetti relativi al *quid*, al *quale* e al *quantum*. Anche in questo caso, dunque, non si può pensare che la nozione di *certum* giochi un ruolo con quel valore di 'sicuro' o 'sottoposto a condizione' al quale si è pure pensato nella interpretazione del brano considerato.

10. Per negare che la nozione di *certum* riguardi l'aspetto della sicura esistenza di un'obbligazione (piuttosto che la sua esatta individuazione con riferimento a un oggetto determinato in relazione al *quid*, al *quale* e al *quantum*) occorre rileggere con attenzione anche un brano delle Istituzioni di Gaio, interpretato in tal senso già da d'Ors e successivamente richiamato da Saccoccio. In questo passo si ricorda che in tema di garanzie personali delle obbligazioni una *lex Cornelia* aveva disposto che, a parte talune eccezioni, nel corso di uno stesso anno non potessero assumersi garanzie personali di *credita pecunia* per un ammontare superiore a ventimila sesterzi a favore di uno stesso debitore e nei confronti del medesimo creditore. Tale legge, come è noto, stabiliva che l'ammontare delle

garanzie assunte al di sopra di tale importo si sarebbe ridotto al limite massimo indicato nella disposizione:

Gai. 3.124 (*FIRA*² II 127 s.): Sed beneficium legis Corneliae omnibus commune est. Qua lege idem pro eodem apud eundem eodem anno uetatur in ampliorem summam obligari creditae pecuniae quam in xx milia. Et quamuis sponsores uel fidepromissores in amplam pecuniam, uelut si sestertium c milium <se obligauerint, tamen dumtaxat xx tenentur>. Pecuniam autem creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tum cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est <quae> sine ulla condicione deducitur in obligationem. Itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debitum iri, licet post tempus petatur. Appellatione autem pecuniae omnes res in ea lege significantur. Itaque si unum uel frumentum aut si fundum uel hominem stipulemur, haec lex obseruanda est.

Si è creduto che nel brano si alluda a una nozione di (*certa*) *credita pecunia* da riconnettere a quella che era oggetto della *legis actio per conditionem*, che presupporrebbe come requisito la sicurezza circa la venuta a esistenza dell'obbligazione: *pecunia credita*, in tale contesto, sarebbe quella dedotta in obbligazione senza alcuna condizione, in ordine alla quale può dirsi che '*certum est debitum iri*'. Ciò potrebbe ricavarsi dalla circostanza che il contesto del brano gaiano deve riferirsi a somme certe, ma anche dal legame fra la *pecunia credita* e l'*actio certae creditae pecuniae*.

Senonché nel passo in questione si allude a obbligazioni contratte *uerbis* che potevano garantirsi, appunto, con *sponsio* e *fidepromissio* (Gai. 3.119), e che potevano avere per oggetto anche beni diversi dal denaro: a obbligazioni, pertanto, che non potevano tutelarsi con *actio certae creditae pecuniae*. Con quest'ultima azione, difatti, potevano dedursi in giudizio solamente somme determinate di denaro, ma non altri beni che, seppur determinati, erano diversi dal denaro.

Più in generale non bisogna dimenticare che nell'ambito del brano gaiano l'espressione '*certum est debitum iri*' è impiegata non per esprimere un tratto distintivo della nozione di *pecunia credita*, ma solo per indicare uno dei requisiti richiesti per l'applicabilità del regime previsto dalla *lex Cornelia*, che riguarda solamente la *pecunia credita* dovuta in base a un'obbligazione non sottoposta a condizione. Gaio, in altri termini, non sta facendo riferimento alla *pecunia certa credita* come possibile oggetto di un'*actio certae creditae pecuniae* o di un'applicazione della *legis actio per conditionem* (*ex lege Silia*), ma sta precisando che cosa debba intendersi per *pecunia* (*credita*) ai fini dell'applicazione del limite disposto dalla *lex Cornelia* per la prestazione delle garanzie personali: un'espressione che riguarda crediti non sottoposti a condizione al momento della loro costituzione ('*quae sine ulla condicione deducitur in obligationem*') e aventi per oggetto non soltanto *pecunia* in senso stretto, ma anche altri beni fungibili, come il vino o il

frumento, o singoli beni di specie, come uno schiavo o un fondo (*‘Appellatione autem pecuniae omnes res in ea lege significantur. Itaque si uinum uel frumentum aut si fundum uel hominem stipulemur, haec lex obseruanda est.’*).

11. Occorre considerare, infine, il testo di un altro brano, attinto ancora una volta dal commentario all’editto di Ulpiano, nel quale si specifica quando possa agirsi in giudizio con una *condictio certi*:

D. 12.1.9 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*): *Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, siue ex certo contractu petitur siue ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio: ceterum si in diem sit uel sub condicione obligatio, ante diem uel condicionem non potero agere.*

Si afferma che la *condictio certi* spetta in base a qualunque contratto, *certus* o *incertus*, purché l’obbligazione sia *praesens* (*‘dummodo praesens sit obligatio’*). Subito dopo, infatti, si specifica che non sarà possibile agire con la *condictio certi* ove l’obbligazione sia sottoposta a termine o a condizione prima del termine o del verificarsi della condizione (*‘si in diem sit uel sub condicione obligatio, ante diem uel condicionem non potero agere’*).

Un primo problema concerne la possibilità di applicare all’interpretazione del passo una nozione di *certum* intesa come ciò che non sia sottoposto a condizione, perché nel testo, in realtà, non solo si discorre di condizione, ma si dice che non si potrà agire con *condictio certi* anche quando l’efficacia del contratto dal quale nasce l’obbligazione sia sottoposta a un termine (iniziale). Ma l’apposizione di un termine, come è noto, riguarda solamente questioni relative al *quando*, e non all’*an debeatur*. Il negozio sottoposto a termine iniziale, infatti, produrrà sicuramente effetti, sicché non è possibile pensare che il brano di Ulpiano, così come tramandato dal Digesto, possa costituire una manifestazione di una nozione di *certum* come quella che a partire da d’Ors si è voluta costruire intorno all’aspetto della sicurezza della realizzazione della posizione debitoria. D’altra parte, non è neppure vero che la *condictio certi*, in età classica, non possa essere esperita *ante diem*, perché, come notato già a partire dalla Glossa, nel sistema del processo formulare ciò era possibile, pur comportando il rischio del *plus petere tempore*.

Ma il brano di Ulpiano riferito in D. 12.1.9 pr. non può fare prova per il diritto classico in quanto è da giudicarsi sicuramente interpolato non solo nella forma, ma anche nella sostanza, come è stato da tempo riconosciuto. D’altra parte, l’espressione *‘contractus incertus’* che ricorre nel testo di D. 12.1.9 pr. non può considerarsi tecnica e, secondo quanto risulta dalla lettura di uno scolio di Cirillo, non può ritenersi equivalente a contratto sottoposto a condizione (Sch. 1 *ad B.* 23.1.19 [Hb. II 594 s.]).

12. Qualche considerazione finale. Nel campo del titolo edittale ‘*De rebus creditis*’ viene in rilievo una nozione di *certum* che riguarda non l’aspetto della certezza della nascita della posizione debitoria, bensì il profilo della determinazione dell’oggetto delle azioni in esse ricomprese, che sono sempre beni determinati con riferimento al *quid*, al *quale* e al *quantum*. Tale profilo assume rilievo a prescindere dal fatto che tutti i contratti tutelati dalle formule delle azioni presenti in tale sezione dell’editto siano riconducibili alla categoria dell’*obligatio re contracta*.

Nel titolo ‘*De rebus creditis*’, in ogni caso, non sono ricomprese le azioni a tutela del deposito, perché in questa figura contrattuale – a differenza delle altre – l’adesione alla proposta altrui che configura il *credere* rilevante ai fini della nozione considerata nell’editto del pretore non proviene da parte del soggetto che effettua la consegna, ma da parte del debitore.

Può concludersi, dunque, che nella sistematica edittale non trova riflesso una tutela unitaria delle *obligationes re contractae*.