



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Annamaria Manzo

*‘Ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit
factum, pecuniam dari oportere ideoque
etiam in hoc genere dividi stipulationem’.*
Nota a margine di Ulp. 20 *ad ed.* D. 45.1.72 pr.

Numero XIII Anno 2020
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Salerno), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

***‘Ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum,
pecuniam dari oportere ideoque
etiam in hoc genere dividi stipulationem’.***
Nota a margine di Ulp. 20 ad ed. D. 45.1.72 pr.

SOMMARIO: 1. Obbligazioni indivisibili e unicità della prestazione – 2. Brevi cenni alla distinzione tra *obligationes in dando, in faciendo* e *in non faciendo* – 3. Ulp. 20 ad ed. D. 45.1.72 pr.: un testo ‘scomodo’ – 4. Un’ipotesi di lettura di Ulp. 20 ad ed. D. 45.1.72 pr.

1. *Obbligazioni indivisibili e unicità della prestazione*

Il nostro ordinamento giuridico considera indivisibili le obbligazioni la cui prestazione non possa, per sua natura o per il modo in cui essa è stata concepita dalle parti, essere divisa¹. È, quindi, la prestazione, che costituisce l’oggetto del rapporto obbligatorio², l’elemento al quale

¹Art. 1316 cod. civ.: «L’obbligazione è indivisibile, quando la prestazione ha per oggetto una cosa o un fatto che non è suscettibile di divisione per sua natura o per il modo in cui è stata considerata dalle parti contraenti». Meno chiara la definizione di obbligazione divisibile contenuta nell’art. 1314 cod. civ.: «Se più sono i creditori o i debitori di una obbligazione divisibile e l’obbligazione non è solidale, ciascuno dei creditori non può domandare il soddisfacimento del credito che per la sua parte, e ciascuno dei debitori non è tenuto a pagare il debito che per la sua parte». Il nostro legislatore ha, dunque, finito con identificare le obbligazioni divisibili con le obbligazioni ad attuazione parziaria.

² Art. 1174 cod. civ.: «La prestazione che forma oggetto dell’obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale del creditore». Non manca chi opera un’ulteriore distinzione tra l’oggetto

occorre riferirsi per definire il concetto di divisibilità e/o indivisibilità dell'obbligazione³.

L'indivisibilità della prestazione, a sua volta, può essere oggettiva e soggettiva: la prima si ha quando la prestazione non è frazionabile poiché ciò determinerebbe la distruzione della cosa⁴, oppure il procedimento di divisione sarebbe molto complicato o eccessivamente dispendioso, o ancora quando le singole parti in cui verrebbe scissa la prestazione

della prestazione, che è la cosa o il fatto cui tende l'interesse del creditore, e la prestazione da intendersi come contenuto dell'obbligo, ossia come mezzo che normalmente attua la realizzazione di quell'interesse: in tal senso R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice Civile. Libro IV*. 1, Torino, 1957, 390.

³ Sul concetto di divisibilità e indivisibilità delle obbligazioni della vastissima letteratura mi limito a ricordare, senza nessuna pretesa di completezza, i lavori sempre fondamentali di: E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III.1. *Fonti e vicende delle obbligazioni*, Milano, 1954, 41 ss.; R. CICALA, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli, 1953, *passim* e ID., *Obbligazione divisibile e indivisibile*, in *Noviss. dig. it.*, 11, Torino, 1965, 636 ss.; F. CARRESI, *La cd. estinzione parziale delle obbligazioni indivisibili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 617 ss.; A. RAVAZZONI, *Brevi note sulle obbligazioni indivisibili*, in *Studi parmensi*, 1956, 223 ss.; D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative. Obbligazioni in solido. Obbligazioni divisibili e indivisibili. Art.1285-1320*, in *Commentario del codice civile*², a cura di A. Scialoja e G. Branca, IV, Bologna-Roma, 1963, 130 ss.; F.D. BUSNELLI, voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, 29, Milano, 1979, 329 ss. e ID., voce *Obbligazione (IV- obbligazioni divisibili, indivisibili e solidali)*, in *Enc. Giur.*, 21, Roma, 1990, 1 ss.; A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. dir.*, 29, Milano, 1979, 212 ss.; S. MONTICELLI, *Indivisibilità oggettiva dell'obbligazione*, in *Giur. it.*, 1984, 1121 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile. III. Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, 20 ss.; V. CAREDDA, *Le obbligazioni ad attuazione congiunta*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 455 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV. L'obbligazione*, Milano, 1990, 753 ss.; A. GNANI, *Obbligazione divisibile e indivisibile*, in *Il Diritto. Enc. Giur.*, 10, Milano, 2007, 181 ss.; A.P. UGAS, *Delle obbligazioni divisibili e indivisibili*, Napoli, 2018, *passim*.

⁴ In giurisprudenza v., *ex multis*, Cass., SS. UU., 8 aprile 2008 n. 9148, in *Corr. giur.*, 2008, 773 ss., dove si legge: «Semplificando categorie complesse ed assai elaborate, l'indivisibilità consiste nel modo di essere della prestazione: nel suo elemento oggettivo, specie laddove la insussistenza naturalistica della indivisibilità non è accompagnata dall'obbligo specifico imposto per legge a ciascun debitore di adempiere per l'intero». Più di recente, in senso analogo Cass. 9 gennaio 2017 n. 199, in *www.bigsuite.ipsoa.it*.

avrebbero un valore o un'utilità non proporzionale alla loro quota⁵; la seconda deriva, invece, dalla volontà negoziale e, segnatamente, dal particolare e manifesto interesse del creditore, o del debitore, ad una esecuzione unitaria⁶. In ogni caso, è proprio l'unicità della prestazione a costituire l'aspetto peculiare di tali obbligazioni ed essa prescinde sempre dalla presenza di una pluralità di debitori e/o creditori⁷.

La prestazione, a cui il nostro codice civile rapporta l'indivisibilità oggettiva, può consistere in un comportamento idoneo a procurare al creditore una particolare posizione giuridica su un bene specifico (*dare*), oppure in un fatto inteso prevalentemente come risultato di un comportamento (*facere*), anche omissivo (*non facere*), del debitore volto ad assicurare al creditore un determinato fatto o utile⁸.

⁵ In quest'ultimo caso si tratta di una indivisibilità economico-funzionale, ma non è mancato chi l'ha definita divisibilità impropria: così M. ALLARA, *Corso di diritto civile: delle obbligazioni. Lezioni*, Torino, 1939, 534 ss.; sul punto v. pure R. CICALA, *Concetto*, cit., 9 ss. Cesare Massimo BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 753 s., individua anche una inscindibilità giuridica che si verifica in quelle ipotesi in cui le singole parti in cui potrebbe essere divisa la prestazione non hanno i requisiti previsti dalla legge per la loro autonoma utilizzazione e dunque, diversamente dall'indivisibilità materiale e da quella economico-funzionale che «rispondono all'interesse del debitore a non vedere eccessivamente gravato l'adempimento ovvero all'interesse del creditore a non perdere l'utilità o il valore della prestazione», essa è finalizzata alla salvaguardia di interessi generali tutelati dall'ordinamento giuridico. Tale forma di indivisibilità non va confusa con quella espressamente prevista da singole disposizioni normative (indivisibilità legale), tipica delle obbligazioni tributarie e previdenziali.

⁶ Cfr. C. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni con riguardo al nuovo codice civile*, Napoli, 1950, 344 ss. Che l'indivisibilità soggettiva possa riguardare non solo l'interesse del creditore, ma anche quello del debitore ad effettuare una prestazione unitaria, è principio oramai consolidato in dottrina, v., tra i molti, D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, cit., 352; C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 754.

⁷ La distinzione tra obbligazioni divisibili ed indivisibili è rilevante soprattutto quando l'obbligazione sia soggettivamente complessa, ossia caratterizzata da una pluralità di debitori/creditori; sul punto cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, 2 ss.; ID., voce *Obbligazioni*, cit., 330; S. PELLEGGATTA, *Unità e pluralità nella obbligazione solidale passiva*, Torino, 2016, 70 ss.; M. FRATINI, *Il sistema del diritto civile*, I. *Le obbligazioni*, Roma, 2017, 102 s.

⁸ Anche dalle norme disciplinanti la divisibilità/indivisibilità della prestazione, si evince che la soddisfazione dell'interesse creditorio costituisce la finalità, lo scopo

La distinzione tra obbligazioni con prestazione in dare, fare e non fare, presente in maniera esplicita nel codice civile del 1865⁹, appare più sfumata in quello attualmente vigente: probabilmente il legislatore l'attenuò per aggirare alcune criticità emerse soprattutto in relazione alle obbligazioni di dare che potevano consistere anche in un'attività puramente materiale – si pensi alla semplice consegna di una cosa –, da sola inidonea a produrre l'effetto giuridico del trasferimento o della costituzione di un diritto¹⁰.

In ogni caso, rimangono sostanzialmente queste le categorie principali delle prestazioni, frutto di una lunga elaborazione dottrinale che affonda le radici nella riflessione dei giuristi romani. A titolo esemplificativo leggiamo i seguenti testi:

Gai 4.2: *In personam actio est, qua agimus [quotiens] cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere.*

Paul. 2 *inst.* D. 44.7.3 pr.: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

Paul. 12 *ad Sab.* D. 45.1.2 pr.: *Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt.*

Ulp. 22 *ad ed.* D. 45.1.75.7: *Qui id, quod in faciendo aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur.*

caratterizzante il rapporto obbligatorio: cfr. P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, in *Enc. dir.*, 29, Milano, 1979, 129 ss. e, più di recente, M. FRATINI, *Le obbligazioni*, cit., 30 s.

⁹ Art. 1219 cod. civ. (1865): «L'obbligazione di dare include quella di consegnare la cosa e di conservarla fino alla consegna»; art. 1220 cod. civ. (1865): «Non essendo adempiuta l'obbligazione di fare, il creditore può essere autorizzato a farla adempiere egli stesso a spese del debitore»; art. 1221 cod. civ. (1865): «Se l'obbligazione consiste nel non fare, il debitore che vi contraviene è tenuto ai danni del solo fatto della contravvenzione».

¹⁰ Sul punto v. L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Obbligazioni*, cit., 18 ss.

Benché Gaio inquadri le categorie delle prestazioni nell'ottica processuale, mentre Paolo ed Ulpiano nella prospettiva del diritto sostanziale¹¹, per i *prudentes* il diritto di obbligazione coincide con il diritto del creditore a costringere il debitore ad effettuare una determinata prestazione consistente in un *dare, facere, non facere, praestare*¹².

2. Brevi cenni alla distinzione tra 'obligationes in dando', 'in faciendo' e 'in non faciendo'

Semplificando molto questioni complesse, e al solo fine di meglio inquadrare il tema che costituisce specifico oggetto di riflessioni nelle pagine che seguono, si può affermare che nelle *obligationes* con prestazione *in dando*, derivanti prevalentemente da *stipulatio* e *legatum per*

¹¹ Per V. MANNINO, *Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani*³, Torino, 2018, 383 ss., il pensiero della giurisprudenza classica è compatibile con la nota definizione di *obligatio* contenuta in *Inst.* 3.13 pr. (*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*) in quanto la lettura congiunta di questo frammento, di Gai 4.2 e di Paul. 12 *ad Sab. D.* 45.1.2 pr., rende evidente che l'obbligazione è un rapporto giuridico il cui contenuto «si riteneva coincidere con un vincolo del debitore nei confronti del creditore, il quale, però, poteva essere soddisfatto solo con la cooperazione del debitore medesimo. L'*actio in personam*, quindi, non poteva non essere volta che ad affermare un vincolo attuale in funzione di una futura soddisfazione».

¹² Il '*praestare*', presumibilmente derivante da *praes-stare*, essere garante, non è di facile definizione ed è probabilmente relativo alla responsabilità secondaria del debitore in caso di inadempimento dell'obbligazione principale (in tal senso cfr. *Ulp.* 42 *ad Sab. D.* 21.2.31); non mancano però casi in cui esso venga adoperato come completamento del *dare* e del *facere*. Secondo C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1969, 9 e ID., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996, 123 ss., proprio in considerazione dei molti impieghi del '*praestare*', che non consentono l'individuazione di un unico significato giuridico, esso va considerato un termine 'neutro', che veniva utilizzato per «far sicura l'altra parte a proposito di qualcosa» e dunque garantire il raggiungimento di un certo risultato. Critico sul punto R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.- II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 55 ss., il quale ritiene che il '*praestare*' stesse ad indicare, come il '*dare*' e il '*facere*', un contenuto tecnico dell'obbligazione. Al lavoro di Riccardo Cardilli rinvio per un'approfondita analisi del tema, per l'ampia e dettagliata rassegna delle fonti e della letteratura.

damnationem, sul debitore gravava l'obbligo di trasferire al creditore la proprietà, il possesso o altro diritto reale su di una *res*¹³. Non era sufficiente, però, che il soggetto passivo del rapporto obbligatorio ponesse in essere ogni atto astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà o del possesso, ma era necessario che il risultato fosse concretamente conseguito, come si desume, a titolo esemplificativo, dai seguenti frammenti:

Gai 2.204: *Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario acquiritur, sed nibilo minus heredis est. Et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere, et tum heres (rem), si mancipi sit, mancipatio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet: si nec mancipi sit, sufficit si tradiderit.*

Ulp. 22 *ad ed. D.* 45.1.75.10: *Haec stipulatio: 'fundum Tusculanum dari?' ostendit se certi esse, continetque, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris 'quoquo modo'.*

Gai 2 *rer. cott. D.* 7.1.3 pr.: *'Omnium' praediorum 'iura legati' potest constitui usus fructus, ut heres 'iubeatur' dare alicui usum fructum. Dare autem intellegitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui.*

Julian. 52 *dig. D.* 38.1.24: *Quotiens certa species operarum in stipulationem deducitur, veluti pictoriae fabriles, peti quidem non possunt nisi praeteritae, quia etsi*

¹³ Oltre ai vari manuali, sul contenuto della prestazione *in dando* v. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians Erster Band*, I, Leipzig, 1908, 58 s.; P. DE FRANCISCI, *Synallagma*, II, Pavia, 1916, 386 s.; J.C. VAN OVEN, *Remarques sur Gai. 3.91*, in *Iura*, 1, 1950, 27 ss.; G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*³, Torino, 1966, 15 ss.; M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 29, Milano, 1979, 35 ss.; F. PASTORI, voce *'Dare facere praestare' (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, 5, Torino, 1960, 156 ss.; A. SACCOCCIO, *'Si certum petetur'. Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' dei giustiniane*, Milano, 2002, 3 ss. e, da ultima, B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della 'res emptā' e della 'res locatā': inadempimento e rispondenza 'ex fide bona'*, Roma, 2020, 25 ss., la quale giustamente afferma che il *dare* è l'unico contenuto della prestazione dai contorni 'sostanziali' definiti ed esso, in senso tecnico, significa trasferire la proprietà piena della cosa, ossia libera da vincoli e condizioni, e assicurarne il possesso.

non verbis, at re ipsa inest obligationi tractus temporis, sicuti cum Ephesi dari stipulemur, dies continetur.

Nel primo testo Gaio afferma che se l'erede, tenuto in virtù di *legatum per damnationem* a trasferire al legatario una certa *res* a tanto non abbia provveduto, potrà essere chiamato in giudizio con un'*actio in personam* affinché effettui una *mancipatio* o una *in iure cessio*, se si tratta di una *res Mancipi*, o una *traditio* se la *res* è *nec Mancipi*.

Nel frammento ulpiano, fonte dell'obbligazione *in dando* è una *stipulatio* avente ad oggetto il trasferimento della proprietà su di un fondo ed anche in questo caso occorre che il creditore acquisti la piena proprietà del bene oggetto del rapporto obbligatorio.

Analogo discorso vale qualora il *legatum per damnationem* o la *stipulatio* abbiano ad oggetto la costituzione di un diritto di usufrutto o in caso di *locatio operarum*¹⁴.

Diversamente dalle *obligationes in dando*, le obbligazioni con prestazione *in faciendo* (in genere si trattava di *stipulationes*) costituivano una 'categoria' dai contorni piuttosto sfumati, certamente ampia, ma residuale nel senso che essa comprendeva – è opinione comune – tutti quei rapporti obbligatori la cui prestazione non consistesse in un *dare*¹⁵.

Tipiche *stipulationes in faciendo* furono quelle in cui il debitore si obbligava a realizzare un manufatto, come la costruzione o la ristrutturazione di una casa, oppure lo scavo di una fossa, o anche solo a trasferire la *vacua possessio*:

¹⁴ Benché in epoca classica le *operae* fossero prestate soprattutto dai liberti ed anche da uomini liberi (cfr. Paul. 3 *ad Sab.* D. 33.2.3), in epoca più risalente esse venivano effettuate soprattutto dagli schiavi i quali erano giuridicamente equiparati alle cose e dunque le *operae* costituivano una sorta di rendita di tali beni.

¹⁵ Vi rientravano, pertanto, anche le obbligazioni *in non faciendo*. Barbara CORTESE, *La tutela*, cit., 26 s. e nt. 41, reputando che nella disciplina romana delle obbligazioni vi siano tracce di un'intuizione della moderna dicotomia 'obbligazione di mezzi' - 'obbligazione di risultato', ritiene che al *facere* siano da ricondursi tutta una serie complessa di comportamenti «che possono sia costituire di per sé il contenuto dell'obbligazione, come 'obbligazione di mezzi', sia condurre ad un certo tipo di esito, come 'obbligazione di risultato'». Sul punto v. C.A. CANNATA, *Per lo studio*, cit., 133 ss.; ID., *Sul problema*, cit., 16; V. MANNINO, *Introduzione*, cit., 386.

Ulp. 20 *ad ed. D. 45.1.72 pr.*: *Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem.*

Ulp. 22 *ad ed. D. 45.1.75.7*: *Qui id, quod in faciendo aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur: in facienda, veluti, 'fossam fodiri' 'domum aedificari' 'vacuam possessionem tradi'.*

Tali *stipulationes* erano, dal punto di vista del diritto sostanziale, indivisibili in quanto avevano ad oggetto un'attività del debitore non passibile di esecuzione frazionata nel senso che, quando la prestazione consisteva nella realizzazione di un'opera, solo nel momento in cui quest'ultima fosse stata completamente ultimata, l'obbligazione poteva considerarsi adempiuta¹⁶. Le diverse attività che dovevano essere poste in essere per la realizzazione dell'*opus* – si pensi alle varie fasi lavorative necessarie, ad esempio, per la costruzione di una casa – considerate singolarmente, non avevano alcuna rilevanza ai fini dell'estinzione del rapporto obbligatorio:

Venul. 1 *stipul. D. 45.1.137.3*: *Item qui insulam fieri spondit, non utique conquisitis undique fabris et plurimis operis adhibitis festinare debet nec rursus utroque aut altero contentus esse, sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris et temporum locorumque. Item si non inchoetur opus, id tantum aestimetur, quod in illo intervallo effici potuit. Transactoque tempore, quo insulam*

¹⁶ Secondo G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni indivisibili (Contributo alla dottrina dell'oggetto dell'obbligazione)*, I, Torino, 1932, 5 ss., per i giuristi romani era la prestazione a determinare la divisibilità/indivisibilità dell'obbligazione, la qual cosa rendeva più semplice la situazione per le obbligazioni *in dando*, più complessa per quelle *in faciendo* e *in non faciendo*. In senso sostanzialmente analogo, G. LONGO, *Corso di diritto romano. Obbligazioni*, Milano, 1936, 355 ss.; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1940, 126 ss.; G. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., 160 ss. Proprio perché queste ultime costituivano una categoria piuttosto duttile, la valutazione del perfetto adempimento, o dell'inadempimento e della sua imputabilità, non fu sempre agevole e il problema fu affrontato caso per caso.

consummare oportuerit, si postea aedificetur, liberetur reus, sicut liberatur, qui se daturum spondit, si quandoque tradit.

Allo stesso modo, se oggetto della *stipulatio* o del *legatum per damnationem* era una servitù, l'obbligazione non poteva essere frazionata in quanto le servitù erano concepite in sé come indivisibili e dunque si estendevano, si pensi agli *iura praediorum*, a tutto il fondo sia dal lato attivo che da quello passivo¹⁷:

Pomp. *l. sing. reg. D. 8.1.17: Viae itineris actus aquae ductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est.*

Senza dubbio la nozione di divisibilità/indivisibilità delle obbligazioni fu elaborata, nella sua astrazione, dalla dottrina medievale e moderna, tuttavia si può affermare che, in linea di massima, i *prudentes* nella risoluzione dei casi concreti seguirono la regola secondo cui erano generalmente divisibili le obbligazioni con prestazione *in dando* poiché i diritti sulle cose si potevano, di norma, costituire *pro quota*. Più complessa la situazione per le obbligazioni *in faciendo* o *in non faciendo* in quanto, nel primo caso, l'attività veniva considerata unitariamente, a meno che non si trattasse di prestazioni di opere fungibili, nel secondo era difficile intendere un *non facere* frazionato. Il problema si pose soprattutto in presenza di pluralità di debitori o di creditori e se Giustiniano favorì la possibilità di una prestazione *pro quota*, di sicuro la questione fu decisamente più intricata nel diritto classico¹⁸.

¹⁷ Sulle *stipulationes* aventi ad oggetto *iura praediorum*, cfr. S. SOLAZZI, *Stipulazioni di servitù prediali*, in *Iura* 5, 1954, 126 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, 556 ss.

¹⁸ La dottrina, in maniera univoca, ritiene che il tema delle obbligazioni indivisibili sia uno dei più controversi e complicati del diritto romano; a titolo esemplificativo, mi limito a ricordare quanto in proposito scriveva V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*³, Napoli, 1934, 404: «il vecchio Dumoulin (Molineus) intitolò la sua opera sull'argomento *Extrictio labyrinthi dividui et individui*, ma né a lui né ad altri sembra sia ancora riuscito di seguire fino in fondo il filo di Arianna».

Nei primi decenni del secolo scorso, soprattutto in seguito agli studi di Andrea Guarneri Citati e Pietro Bonfante¹⁹, in generale inclini ad individuare frequenti e diffuse interpolazioni nei testi dei *prudentes* tramandati nel Digesto, prevalse l'idea che la disciplina classica dell'indivisibilità delle obbligazioni coincidesse con quella della solidarietà e, di conseguenza, furono giudicati alterati gran parte dei frammenti in contrasto con tale ipotesi ricostruttiva²⁰. Bisognerà attendere il lavoro di Roberto Bonini su *Obbligazioni indivisibili e clausola penale* affinché, in un mutato clima degli studi romanistici più attento alla

¹⁹ A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, Palermo, 1921, rist. anast. Roma, 1972; P. BONFANTE, *La solidarietà classica delle obbligazioni indivisibili*, in *AG*, 85, 1921, 144 s. (da cui cito), ora in ID., *Scritti giuridici vari*, III. *Obbligazioni comunione e possesso*, Torino, 1926, 368 ss.

²⁰ P. BONFANTE, *La solidarietà*, cit., 144, così categoricamente affermava: «Le obbligazioni indivisibili non altro erano per i giureconsulti romani che obbligazioni in *solidum*». Sulla divisibilità/indivisibilità delle obbligazioni la letteratura non è particolarmente copiosa e piuttosto risalente. Oltre ai già ricordati lavori di Guarneri Citati e Bonfante, si segnalano: C. ARNÒ, *Le obbligazioni divisibili e indivisibili*, Modena, 1901, *passim*; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 4. *Le obbligazioni*, rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano, 1979, 185; G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, in *ZSS*, 46, 1926, 89 ss.; G. SCHERILLO, *La trasmissibilità della stipulatio in faciendo*, in *BIDR*, 36, 1928, 29 ss.; G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni indivisibili (Contributo alla dottrina dell'oggetto dell'obbligazione)*, I e II, Torino, 1932-33; J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris, 1934, 196 ss.; E. ALBERTARIO, *Corso*, cit., 131 s.; G.G. ARCHI, *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, in *SDHI*, 8, 1942, 237 ss.; F. PASTORI, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano, 1951, 145 ss.; R. BONINI, *Obbligazioni indivisibili e clausola penale*, in *AG*, 161, 1961, 108 ss.; G. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., 157 ss. Negli ultimi anni, si avverte un rinnovato interesse nei confronti di tale tematica da parte di alcuni studiosi che, pur non affrontandola *ex professo*, se ne sono occupati per le imprescindibili implicazioni che la questione della divisibilità/indivisibilità delle obbligazioni ha, in particolare, sulla trasmissibilità delle obbligazioni indivisibili: in tal senso v. P. RESINA SOLA, 'Vetus iuris altercatio'. *La transmisibilidad hereditaria de las 'stipulationes'*, in *Estudios B.M. Reimundo Yanes*, cur. A. Murillo Villar, II, Burgos, 2000, 279 s.; TH. FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Tübingen, 2010, 34 ss.; V. CASELLA, *La trasmissibilità ereditaria della 'stipulatio'*, Milano, 2018, 15 ss.; B. CORTESE, *La tutela*, cit., 24 ss. P. ZILLOTTO, 'Stipulatio poenae': *inadempimento del coerede e divisibilità della 'poena'*, in 'Actio in rem' e 'actio in personam'. *In ricordo di M. Talamasca*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 785 ss.

prospettiva storica troppo sacrificata alle «necessità dogmatiche», fosse impresso un significativo cambio di rotta nell'indagare il tema in questione²¹.

Ben consapevole del fatto che trattare anche solo un aspetto attinente al tema dell'indivisibilità delle obbligazioni «può apparire temerario»²², mi limiterò a svolgere alcune riflessioni su un singolo frammento, escerpito dal ventesimo libro *ad edictum* di Ulpiano e tradito in D. 45.1.72 pr., esemplare delle *stipulationes* indivisibili *in faciendo*, che Guarneri Citati giudicò «indubbiamente interpolato»²³ trascurando, di conseguenza, le tracce di un dibattito dottrinale che a mio avviso vale la pena tentare di ricomporre.

3. *Ulp. 20 ad ed. D. 45.1.72 pr.: un testo 'scomodo'*

Leggiamo il testo:

Ulp. 20 *ad ed. D. 45.1.72 pr.*: *Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutium. Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen libro trigensimo octavo digestorum*

²¹ R. BONINI, *Obbligazioni*, cit., 111. In precedenza, molto critico nei confronti della teoria di Guarneri Citati e Bonfante si mostrò G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 89 ss. e, per alcuni aspetti, anche G. SEGRÈ, *Corso*, cit. 35 ss. Secondo il Bonini, a Gian Gualberto ARCHI, *La funzione*, cit., 237 ss., che pure aderì alla teoria secondo cui i giuristi classici equipararono le obbligazioni indivisibili a quelle solidali, va comunque ascritto il merito di non aver escluso «la presenza di opinioni divergenti, in ordine a qualcuno dei problemi delle obbligazioni indivisibili, nell'ambito della stessa giurisprudenza romana».

²² Così R. BONINI, *Obbligazioni*, cit. 108.

²³ A. GUARNERI CITATI, *Studi*, cit., 21, il quale, però, è costretto ad ammettere che l'indiscussa alterazione del testo non elimina il fulcro del problema, vale a dire se il diritto classico conoscesse un mezzo per dedurre in giudizio, in alcuni casi di inadempimento di un'obbligazione *in faciendo*, una somma di denaro, che è poi la questione principale, anche in considerazione del fatto che i giuristi romani si posero il problema sul piano pratico e non su quello meramente teorico.

*refert Tiberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem; secundum quem Celsus ait posse dici iusta aestimatione facti dandam petitionem*²⁴.

Nella prima parte del passo, Ulpiano menziona, quali esempi di *stipulationes* indivisibili, le servitù prediali e alcune specifiche *obligationes in faciendo*, come la *traditio* di un fondo, lo scavo di una fossa, l'edificazione di una casa, ed afferma che la ragione della loro indivisibilità va ravvisata nel fatto che la divisione viola la stipulazione. Il giurista severiano ricorda poi la differente opinione di Tiberone²⁵, che ha avuto modo di leggere nei *Digesta* di Celso²⁶, secondo cui se un'*obligatio in faciendo* non sia stata adempiuta, *pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem*.

Come già accennato²⁷, al frammento dedicò particolare attenzione Andrea Guarneri Citati il quale ritenne il brano in larga parte alterato²⁸. Senza dubbio molti sono i punti sospetti e in alcuni casi l'intervento dei commissari di Giustiniano è altamente probabile, tuttavia occorre

²⁴ (Non si dividono le stipulazioni di quelle cose che non ammettono divisione, come del passaggio carrabile, del passaggio a piedi o con animali, dell'acquedotto e delle altre servitù. Ugualmente credo anche se qualcuno abbia stipulato di fare qualcosa come, per esempio, di fare la *traditio* di un fondo, di scavare una fossa, di costruire una casa, di prestare opere o altre cose simili: infatti, la divisione di queste prestazioni viola la stipulazione. Tuttavia, Celso, nel trentottesimo libro dei *Digesta*, riferisce che Tiberone riteneva che quando abbiamo stipulato che venga fatto qualcosa, se questa cosa non fu fatta, è necessario che venga dato del denaro e, quindi, anche in questo genere la stipulazione è divisibile. Celso aggiunge che, secondo quello [*scil.* Tiberone], può essere avanzata l'azione secondo la giusta stima della prestazione).

²⁵ Sulla formazione culturale, sui legami politici e sul pensiero giuridico di Quinto Elio Tiberone, rinvio al mio *Riflessione storiografica e pensiero giuridico in Quinto Elio Tiberone 'il giovane'*, Napoli, 2020.

²⁶ Secondo V. SCARANO USSANI, *L'arcaismo di Iuventius Celsus*, in *Ostraka*, 14, 2005, 81, Celso «accoglieva la, presumibilmente peculiare, riflessione di Tiberone avente ad oggetto un '*quid fieri*'». Sul punto manifesta perplessità, A. GUARNERI CITATI, *Studi*, cit., 183 nt. 1, secondo cui la forma verbale *refert* in sé non implica un'idea di approvazione o disapprovazione. In merito a questo specifico aspetto v. anche *infra* 19.

²⁷ *Supra* 10.

²⁸ A. GUARNERI CITATI, *Studi*, cit., part. 20 s. e 167 ss. Su posizioni analoghe P. BONFANTE, *La solidarietà*, cit., 147 ss.

procedere con estrema cautela nel negare autenticità ai testi specie quando, come nel caso in esame, si tratta di testimonianze piuttosto scomode in quanto costituiscono un'eccezione rispetto all'orientamento prevalente, ma non di meno potrebbero lasciar trasparire posizioni giurisprudenziali minoritarie o più risalenti, forse precipitato di un dibattito dottrinale, anche diacronico, che occorre indagare per tentare di ricomporre.

In tale prospettiva intendo leggere il frammento che presenta ben quattro livelli di scrittura: Tuberone, Celso, Ulpiano e i commissari di Giustiniano²⁹.

È opinione largamente condivisa in letteratura, e difficilmente opinabile, che alla mano dei compilatori siano da ascrivere le parole *ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem*³⁰. Eliminando, però, dal testo questa frase, viene meno anche il senso della congiunzione avversativa *tamen* che introduce il pensiero di Tuberone³¹ e, quindi, il giurista allievo

²⁹ Proprio per il diverso approccio al testo, non discuterò tutte le numerose interpolazioni che Guarneri Citati ritiene di poter individuare nel passo in esame, alcune condivisibili, altre meno in quanto spinte un po' troppo dalla necessità di eliminare dati disarmonici rispetto alle tesi che egli intende sostenere.

³⁰ V., tra i molti, C. ARNÒ, *Le obbligazioni*, cit., 438 ss.; C. FERRINI, *Manuale di Pandette*², Milano, 1908, 568 s. nt. 2; P. BONFANTE, *La solidarietà*, cit., 148, A. GUARNERI CITATI, *Studi*, cit., 174 ss., il quale osserva che l'interpolazione dell'inciso in questione risulta anche dal modo in cui è posizionato nel testo, nel senso che, dal punto di vista logico, esso avrebbe dovuto seguire le parole *posse dici iusta aestimatione facti dandam petitionem* «poiché la divisione era, attraverso la *petitio iusta aestimatione facti*, il risultato ultimo, la conseguenza estrema della premessa: *pecuniam dari oportere*». Lo studioso dubita pure dell'autenticità delle parole *pecuniam dari oportere* in quanto, se la *stipulatio* era di fare, nell'*intentio* della formula non poteva essere menzionato un obbligo di dare *certam pecuniam* ed anche la *condemnatio* doveva essere in *incertae pecuniae* e in ciò coglie un riflesso della riforma processuale giustiniana «per la quale nelle azioni 'quid restituitur' ... la condanna non era più pecuniaria ma 'in re ipsa' e poteva venire eseguita 'manu militari'». Nel caso contrario, si dovrebbe ammettere la possibilità di una *condictio certi* anche *ex incerto contractu*, cosa contemplata in Ulp. 26 *ad ed. D.* 12.1.9 pr., ma in contrasto con quanto si legge in Gai 4.53 d: *sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet*.

³¹ Per C. ARNÒ, *Le obbligazioni*, cit., 438 s., tutta la seconda parte di Ulp. 20 *ad ed. D.* 45.1.72 pr. (da *Caelsus tamen* fino a *dandam petitionem*), sarebbe dovuta ad un rimaneggiamento del giurista severiano.

di Ofilio si sarebbe limitato a dire che, quando l'*obligatus* ha stipulato di fare una certa cosa e non l'abbia poi fatta, *pecuniam dari oportere*³². L'affermazione è indubbiamente piuttosto ovvia, posto che nel sistema processuale vigente nella tarda repubblica la condanna non poteva che essere pecuniaria, ma non rara; in particolare, la si ritrova pure in un altro frammento di Giuvenzio Celso, sempre relativo alle obbligazioni *in faciendo*, dove si legge: «*Si minus, quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus*»³³.

Ma c'è un altro aspetto che occorre considerare. Dei tredici frammenti del Digesto riconducibili a Tuberone³⁴, ben cinque derivano, direttamente o indirettamente, da Celso³⁵, giurista poco incline alla lode 'accademica' e anzi spesso avvezzo ad una critica forte e, a volte, anche irriverente verso antichi o contemporanei 'colleghi'³⁶. Egli, però, nei confronti del giurista tardo repubblicano mostra stima e rispetto, apprezzandone in particolare il rigore logico e il linguaggio arcaizzante³⁷.

³² Tuberone scelse come suo maestro Ofilio quando, abbandonata l'oratoria a seguito della sconfitta subita nel processo contro Quinto Ligario, decise di dedicarsi esclusivamente allo studio del diritto: cfr. Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1.2.2.46. Sul punto v. A. MANZO, *Riflessione*, cit., 4 ss. con fonti e letteratura.

³³ Cels. 6 *dig.* D. 42.1.13.1: *Si quis promiserit prohibere se, ut aliquid damnum stipulator patiat, et faciat, ne quod ex ea re damnum ita habeatur, facit quod promisit: si minus, quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.*

³⁴ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*², II, Roma, 2000, 378 s.

³⁵ Cels. 19 *dig.* D. 32.43; Cels. 19 *dig.* D. 33.10.7.1-2; Ulp. 71 *ad Sab.* D. 7.8.2.1; Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.5.4; Ulp. 20 *ad ed.* D. 45.1.72 pr. Ciò ha spinto alcuni studiosi ad ipotizzare che il giurista avesse letto direttamente le opere di Tuberone: in tal senso C. FERRINI, *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani*, in *RIL*, serie II, 18, 1885, 900 ss., ora in ID., *Opere*, II, a cura di E. Albertario, Milano, 1929, 2 e 26; F.P. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, 122 e nt. 18; V. SCARANO USSANI, *L'arcaismo*, cit., 79 ss., *contra* A. BOTTIGLIERI, *Maximi viri. Sulla 'scientia iuris' tra il IV e il I sec. a.C.*, Torino, 2017, 76 ss., la quale esclude questa possibilità e ritiene che Celso abbia assunto referenze testuali prevalentemente da Capitone.

³⁶ V. Plin. *Ep.* 6.5.4-5. Sul punto cfr. F. WIEACKER, *Amoenitates Inventianae. Zur Charakteristik des Juristen Celsus*, in *Iura*, 13.1, 1962, 1 ss.; M. BRETONNE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Roma-Bari, 1982, 194 ss., 205; V. SCARANO USSANI, *L'arcaismo*, cit., 83 ss.

³⁷ Nell'unico caso in cui Celso, a malincuore, si distacca dalle posizioni tuberoniane (Cels. 19 *dig.* D. 33.10.7.1-2) la manifestazione misurata di tale dissenso rafforza

Guarneri Citati, pur notando che «l'imprecisione e la nebulosità di tutto il brano mal convengono a Celso, scrittore acutissimo e perspicuo», si liberò un po' troppo facilmente della questione, concludendo che sebbene «non è dubbio che in origine Ulpiano citasse Tuberone attraverso Celso, ma che cosa dicessero e Tuberone e Celso non possiamo congetturare: certo è che quanto nel testo si attribuisce ai due giuristi, deriva invece dai Compilatori, che alle parole di quei giureconsulti sostituirono il proprio insegnamento»³⁸.

Ad un'epoca ben più risalente ricondusse il testo in esame Otto Lenel il quale colse in esso un riferimento alla *lex Furia de sponsu* e, pertanto, collocò l'intero frammento LXXII sotto la rubrica *ad legem Furiam de sponsu*³⁹. Tale legge, tra le altre cose, stabiliva che, in mancanza di adempimento da parte del debitore principale e qualora i garanti (*sponsores* e *fidepromissores*) fossero più di uno, il creditore poteva agire contro ognuno di essi *pro quota*⁴⁰. In particolare, l'illustre studioso alla parola *petitionem* in nota aggiunse *scilicet adversus sponsorem vel fidepromissorem*⁴¹, lasciando intendere che, nel corso del tempo, si arrivò alla generalizzazione di un principio originariamente valido solo per i garanti di obbligazioni indivisibili⁴². Se l'idea che possa essere stato

ulteriormente l'idea della grande considerazione che questi aveva del suo predecessore; sul punto cfr. A. MANZO, *Riflessione*, cit., 21 ss., 77 ss. e letteratura ivi.

³⁸ A. GUARNERI CITATI, *Studi*, cit., 182 s.

³⁹ O. LENEL, *Palíngenesia*, cit., 540 n. 643 - 645.

⁴⁰ Gai 3.121: *Item sponsor et fidepromissor lege Furia biennio liberantur, et quotquot erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in tot partes diducitur inter eos obligatio et singuli (in) viriles partes obligantur*; Gai 4.22: *Item lex Furia de sponsu adversus eum, qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset*; cfr. G. ROTONDI, *Leges publice populi Romani?*, Milano, 1912, 475 s. Su questa discussa *lex* e sui vari problemi ad essa connessi, a partire da quello della sua datazione, v., da ultimo, L. FASCIONE, *Alcune ipotesi intorno a 'sponsio' di garanzia e 'manus iniectio' tardoantica*, in *SDHI*, 81, 2015, 23 ss. e ID., *Ancora sulla 'lex Furia de sponsu': ipotesi in tema di 'exceptio' nella 'legis actio'*, in *SDHI*, 82, 2016, 363 ss., con fonti e letteratura.

⁴¹ O. LENEL, *Palíngenesia*, cit., 540 nt. 3.

⁴² *Contra* A. GUARNERI CITATI, *Studi*, cit., 133 ss. e 172 ss., il quale, sulla base di Neraz. 3 *membra*. D. 46.7.16 che giudica interpolato, ritiene che le disposizioni della *lex Furia de sponsu* non si applicassero ai garanti di obbligazioni indivisibili ed anche qualora si volesse ammettere tale eventualità, comunque resterebbe inspiegabile il motivo per cui

Tuberone a proporre un'interpretazione estensiva di tale principio resta solo un'accattivante suggestione, che dal frammento sia stato omesso qualcosa di decisivo mi pare congettura possibile⁴³.

4. *Un'ipotesi di lettura di Ulp. 20 ad ed. D. 45.1.72 pr.*

Immaginiamo che il giurista tardo repubblicano si fosse espresso nei termini indicati su sollecitazione di una persona che, essendo sul punto di contrarre in qualità di *stipulator* un'obbligazione *in faciendo*, lo interrogava per sapere a quali conseguenze sarebbe andato incontro nel caso in cui il futuro debitore non avesse tenuto fede all'impegno assunto. Come riferiscono Celso e Ulpiano, Tuberone avrebbe affermato che quando si è stipulato di fare qualcosa, che può consistere, in base a quanto esemplificato in precedenza nel testo, nella *traditio* di un fondo, nello scavo di una fossa, nella costruzione di una casa, nella prestazione di opere o cose simili⁴⁴, e ciò non venga poi fatto, è necessario che sia data al creditore una somma di denaro⁴⁵. Senza dubbio, lo si è già osservato, il *responsum* è un po' troppo scontato, in considerazione della natura pecuniaria della condanna nel processo formulare⁴⁶. Il giurista severiano, però, continua dicendo che, stando a Celso, per Tuberone allo *stipulator* era concessa un'azione volta ad ottenere la somma di denaro risultante dall'*aestimatio facti*⁴⁷. Tale affermazione solleva tutta una serie di

«ne sarebbero rimaste escluse le obbligazioni di dare dal momento che anche per queste può dirsi, che in seguito all'inadempimento 'pecuniam dari oportere'».

⁴³ C. FERRINI, *Manuale*, cit., 569 nt. 2.

⁴⁴ Ulp. 20 ad ed. D. 45.1.72 pr.: *Si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile.*

⁴⁵ Ulp. 20 ad ed. D. 45.1.72 pr.: *Celsus tamen libro trigensimo octavo digestorum refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere.* Non considero la consecutiva *ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem* in quanto, come già detto *supra* 13, essa è fortemente sospetta di interpolazione.

⁴⁶ *Supra* 14.

⁴⁷ *'Secundum quem Celsus ait posse dici iusta aestimatione facti dandam petitionem'*. Ritengo che il *'quem'* vada riferito a Tuberone, cfr. *supra* 12 nt. 24; al contrario P. BONFANTE, *La solidarietà*, cit. 148 e A. GUARNERI CITATI, *Studi*, cit., 180 s., lasciano intendere che la locuzione *'secundum quem'* si debba tradurre con l'avverbio 'quindi' ed affermano che le

intricate questioni relative all'ammissibilità di un'azione certa a fronte di una *stipulatio incerta*⁴⁸. Tuttavia, va considerato che, sul piano pratico, la tutela dello *stipulator* poteva essere più facilmente perseguita se le parti avessero affiancato alla *stipulatio* principale un'altra *stipulatio* con funzione di garanzia rispetto alla prima, ossia una *stipulatio poenae*⁴⁹. E di clausola penale si parla nel paragrafo immediatamente successivo al frammento in esame e che, dunque, è opportuno leggere:

Ulp. 20 *ad ed. D. 45.1.72.1: Si quis ita stipulatus sit: 'si ante kalendas Martias primas opus perfectum non erit, tum quanti id opus erit, tantam pecuniam dari?' Diem promissionis cedere non ex quo locatum est opus, sed post kalendas Martias, quia nec conveniri ante kalendas Martias reus promittendi poterat.*

parole *posse dici iusta aestimatione facti dandam petitionem* non vadano ascritte né a Celso né ad Ulpiano, ma ai compilatori giustiniane.

⁴⁸ Sul punto diffusamente A. GUARNERI CITATI, *Studi*, cit., 176 s.

⁴⁹ Non è questa la sede per poter neppure tentare di approcciare un argomento così complesso, studiato e dibattuto qual è quello della *stipulatio poenae*; della vastissima letteratura mi limito a ricordare, tra i lavori specificamente dedicati all'argomento, C. BERTOLINI, *Teoria generale della pena secondo il diritto romano*, I, in *Studi e documenti di storia e diritto*, XV, 1894, 91 ss.; ID., *Teoria generale della pena secondo il diritto romano (continuazione)*, in *Studi e documenti di storia e diritto*, XV, 1894, 193 ss.; G. DONATUTI, *Di un punto controverso in materia di 'stipulatio poenae'*, in *SDHI*, 1, 1935, 299 ss., ora in ID., *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1977, 567 ss.; P. FREZZA, *La clausola penale*, in *Studi in memoria di L. Mossa*, II, Padova, 1961, 271 ss., ora in ID., *Scritti*, II, a cura di F. Amarelli e E. Germino, Roma, 2000, 335 ss. (da cui cito); ID., *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. I. Le garanzie personali*, Padova, 1962, 309 ss.; P. VOCI, *La responsabilità del debitore da 'stipulatio poenae'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano, 1971, 319 ss., ora in *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, 3365 ss.; K. VISKY, *La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del principato*, in *Studi in onore di E. Volterra*, I, Milano, 1971, cit. 596 ss.; R. KNÜTEL, *'Stipulatio poenae'. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976, *passim*; A. BISCARDI, *La double configuration de la clause pénale en droit romain*, in *De iustitia et iure. Festgabe für U. von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin, 1980, 257 ss.; M. TALAMANCA, voce *Pena (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 32, Milano, 1982, 712 ss.; A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari, 2001, *passim* e, da ultima, M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla 'stipulatio poenae'*, Torino, 2018, *passim*, a cui rinvio per una puntuale disamina di fonti e letteratura.

Nel passo, che nello specifico attiene alle modalità temporali della *commissio poenae*, Ulpiano rappresenta il caso di un soggetto che si sia impegnato ad effettuare un certo lavoro promettendo, nel contempo, che se non terrà fede all'impegno assunto, *quanti id opus erit, tantam pecuniam dari*. Era, infatti, frequente che nelle *stipulationes* aventi ad oggetto un'opus, come la ristrutturazione (*insulam fulciri*) o l'edificazione di una casa (*insulam fabricari*), il committente chiedesse al promittente di rafforzare l'obbligo assunto con una *stipulatio poenae* in forza della quale, in caso di mancato adempimento dell'obbligazione principale, egli aveva diritto all'*aestimatio* di quest'ultima⁵⁰. A ben vedere, però, la *stipulatio in faciendo* finiva col rivestire il ruolo di condizione sospensiva e, dunque, siamo di fronte a quella che Paolo Frezza definiva 'clausola penale impropria'⁵¹, ossia quello «schema negoziale» in cui il promittente si obbligava ad una certa prestazione di dare, nel caso in cui un suo comportamento, configurato appunto come condizione sospensiva, non si fosse verificato⁵².

Con le opportune cautele, penso si debba considerare la possibilità che il parere di Tuberone, tradito in forma laconica, in origine si sostanziasse nel 'consiglio' rivolto al committente di un'opus di

⁵⁰ Cfr., a titolo esemplificativo, *Lab. 4 post. a Iav. epit.* D. 19.2.58.1. Sull'obbligazione *in insulam aedificare* v., con particolare attenzione ai tempi dell'adempimento, L. FRANCHINI, *Tempo dell'adempimento e termini impliciti*, in *Jus*, 3, 2017, 55 ss. In generale sui molteplici aspetti della regolamentazione giuridica delle *insulae*, v. il recentissimo lavoro di F. PROCCHI, *Profili giuridici delle 'insulae' a Roma antica*, I. *Contesto urbano, esigenze abitative ed investimenti immobiliari tra tarda repubblica ed alto impero*, Torino, 2020, 123 ss. Sulla *locatio operis faciendi* e *stipulationes* accessorie, cfr. S.D. MARTIN, *The Roman Jurists and the Organization of Private Building in the Late Republic and Early Empire*, Bruxelles, 1989, 127 ss.

⁵¹ P. FREZZA, *La clausola*, cit., 335 ss. Sul punto cfr. L. FRANCHINI, *Tempo*, cit., 55 e nt. 96. In ogni modo, come osserva M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche*, cit., 29 ss., la funzione di garanzia propria o impropria è insita nella natura della *stipulatio poenae* «poiché essa incrementa il carico di responsabilità in capo al debitore, inducendolo ad adempiere all'obbligazione principale assunta con un contratto autonomo, ovvero sotto la veste di condizione della stipulazione penale».

⁵² Per H. SIBER, *'Interpellatio' und 'Mora'*, in *ZSS*, 29, 1908, 88 nt. 1, tale tipo di clausola penale, più risalente rispetto a quella cd. propria, fu elaborata probabilmente dalla giurisprudenza proprio al fine di rendere coercibili le *stipulationes in faciendo* e i legati che avevano contenuto incerto come, per esempio, il *legatum penoris*.

configurare quest'ultima come condizione sospensiva di una *stipulatio poenae* e ciò al fine di poter ottenere, in caso di inadempimento da parte del promittente, una più immediata ed efficace tutela⁵³.

Le circostanze in cui sarebbe maturato il *responsum*, o parte del *responsum* stesso, potrebbero essere 'cadute' nella trasmissione del testo che, a mio giudizio, giunse già mutilo a Celso il quale si limitò a riferirlo (*refert*) senza una chiara manifestazione di assenso o dissenso⁵⁴. Nella redazione di Celso il frammento fu 'letto' da Ulpiano e poi dai commissari di Giustiniano, i quali lo ritennero congruente con i principi disciplinanti le *obligationes in faciendo* al punto che essi, per esplicitarne meglio il senso, aggiunsero la frase *ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem*.

Abstract

Premesse alcune considerazioni sui concetti di obbligazione indivisibile e unicità della prestazione nel diritto positivo, l'indagine verte su Ulp. 20 *ad ed.* D. 45.1.72 pr., frammento esemplare delle *stipulationes*

⁵³ In questo caso, infatti, la responsabilità del debitore sarebbe stata oggettiva, in base alle regole disciplinanti la condizione: cfr. M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche*, cit., 87 ss. e letteratura ivi 88 nt. 92.

⁵⁴ Diversamente da quanto si riscontra negli altri frammenti tuberoniani di tradizione celsina; penso, in particolare, a Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.7 pr. (*Quam Tiberonis sententiam et ipse Celsus probat*) a proposito dell'estensione della *definitio peculii* di Tuberone anche al peculio dei *servii vicarii*, ma anche a Cels. 19 *dig.* D. 33.10.7.1-2, relativo alla suppellettile, dove Celso non condivide l'opinione di Tuberone, ma quella di Servio Sulpicio Rufo: *Id Tubero parum sibi liquere ait: nam quorsum nomina, inquit, nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? Equidem non arbitror quemquam dicere, quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet: nam vocis ministerio utimur: ceterum nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit. Sed etsi magnopere me Tiberonis et ratio et auctoritas movet, non tamen a Servio dissentio non videri quemquam dixisse, cuius non suo nomine usus sit.* Sulla «suggerzione postuma» che i giuristi dell'ultima repubblica e quelli augustei esercitarono su Giuvenzio Celso, v. M. BRETONNE, *Tecniche*, cit., 196 ss.

indivisibili *in faciendo*. Il testo, che presenta ben quattro livelli di scrittura (Tuberone, Celso, Ulpiano e i commissari di Giustiniano), benché sospetto di interpolazioni, lascia trasparire i segni di un diacronico dibattito giurisprudenziale che si tenta di ricomporre. Con le dovute cautele, viene avanzata l'ipotesi che il laconico parere di Tuberone si sostanziasse nel 'consiglio' rivolto al committente di un'*opus* di configurare quest'ultima come condizione sospensiva di una *stipulatio poenae* e ciò al fine di ottenere, in caso di inadempimento da parte del promittente, una più immediata ed efficace tutela. Le circostanze in cui sarebbe maturato il *responsum*, o parte del *responsum* stesso, probabilmente 'caddero' nella trasmissione del testo che giunse già mutilo a Celso il quale si limitò a riferirne il contenuto. Nella redazione di Celso il frammento fu 'letto' da Ulpiano e poi dai compilatori; questi ultimi lo ritennero congruente con i principi disciplinanti le *obligationes in faciendo* e, per esplicitarne meglio il senso, aggiunsero la discussa frase *ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem*.

Given some considerations on the concepts of indivisible obligation and uniqueness of the performance in positive law, the study focuses on Ulp. 20 *ad ed.* D. 45.1.72 pr., an exemplary fragment of indivisible *stipulationes in faciendo*. The text, which shows four levels of writing (Tubero, Celsus, Ulpian and Justinian's agents), although suspected of interpolations, reveals the signs of a diachronic jurisprudential debate that we attempt to recompose. With due caution, we argue that Tubero's laconic opinion consisted in an 'advice', addressed to the client of an *opus* to configure the latter as a suspensive condition of a *stipulatio poenae* in order to obtain, in case of default by the promisor, a more immediate and effective protection. The circumstances in which the *responsum*, or a part of it, would have matured, probably 'got lost' in the transmission of the text which reached, already mutilated, Celsus, who just reported its contents. In Celsus' version, the fragment has been 'read' by Ulpian and then by the compilers; the latter thought of it as congruent with the principles governing the *obligationes in faciendo* and, to better explain its

meaning, they added the discussed sentence *ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem*.

ANNAMARIA MANZO

Professore associato di Diritto romano

Università degli Studi della Campania 'L. Vanvitelli'

Email: annamaria.manzo@unicampania.it

