

ble to reconstruct the particular discipline of this institute which is hard to be put in a unitary system because of the strong influence that commercial praxis had on it.

MARGHERITA SCOGNAMIGLIO

Ricercatore di Diritto romano e Diritti dell'antichità
Università degli Studi di Salerno
E-mail: mscognamiglio@unisa.it

PROFILI RICOSTRUTTIVI DELLA *STIPULATIO POENAE* NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA

SOMMARIO: 1. Forma e funzione della *stipulatio poenae*. - 2. Aspetti problematici della *commissio poenae*. - 3. Osservazioni sul concorso delle azioni e sulla riducibilità della penale. - 4. Le più diffuse applicazioni pratiche della *stipulatio poenae* e il legato penale.

1. Forma e funzione della *stipulatio poenae*

La *stipulatio poenae* è uno dei numerosi strumenti che nel corso dell'esperienza giuridica romana hanno assolto alla funzione di garantire l'adempimento o il corretto adempimento di un'obbligazione. Le parti di un rapporto giuridico, infatti, mediante la *stipulatio poenae* stabilivano convenzionalmente una pena privata, che il debitore si impegnava a pagare al creditore nel caso di inadempimento o di ritardato adempimento¹.

¹ La letteratura sul tema è molto vasta. Tra i numerosi studi si ricordano: C. BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, I, in *Studi e documenti di storia e diritto*, XV, 1894, 91 ss.; ID., *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano (continuazione)*, in *Studi e documenti di storia e diritto*, XV, 1894, 193 ss.; A. GUARNERI CITATI, 'Semel commissa poena non evanescit', in *BIDR*, XXXII, 1923, 241 ss. (cito dall'estratto, Roma,

Le forme utilizzate per assumere l'impegno erano varie. La schematizzazione probabilmente più aderente alla realtà giuridica romana² distin-

1922, pubblicato con numerazione autonoma delle pagine da 1 ss.); G. DONATUTI, *Di un punto controverso in materia di stipulazione penale*, in *SDHI*, I, 1935, 299 ss., ora in *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1977, 567 ss.; M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, Milano, 1958; ID., voce *Pena*, II, *Diritto romano*, a) *Pena privata*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 712 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, I, *Le garanzie personali*, Padova, 1962, 309 ss. (il capitolo è pubblicato come scritto autonomo negli *Studi in memoria di L. Mossa*, II, Padova, 1961, 269 ss.); P. VOCI, *Una 'quaestio' di Papiniano in tema di 'stipulatio poenae': D. 45.1.115*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, I, Milano, 1967, 859 ss., ora in *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, 343 ss.; ID., *La responsabilità del debitore da 'stipulatio poenae'*, in *Studi in onore di Eduardo Volterra*, III, Milano, 1971, 319 ss., ora in *Studi cit.*, I, Padova, 1985, 3365 ss.; K. VISKY, *La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del Principato*, in *Studi in onore di Eduardo Volterra*, I, Milano, 1971, 596 ss.; R. KNÜTEL, *'Stipulatio poenae'. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976; A. BISCARDI, *'Actio pecuniae traiecticiae'. Contributo alla dottrina delle clausole penalè*, Torino, 1974; ID., *La double configuration de la clause pénale en droit romain [Die zweifache Gestaltung der Vertragsstrafe im römischen Recht]*, in *'De iustitia et iure'. Festgabe für U. von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin, 1980, 257 ss.; G. GILIBERTI, *La 'stipulatio poenae' in D. 19.2.54.1 (Paul. 5 resp.)*, in *Labeo*, XXIX, 1983, 44 ss.; M. HUMBERT, *La stipulation de peine, entre pratique et règle juridique*, in *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité* a cura di I. Piro, Catanzaro, 1999, 59 ss.; A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari, 2001; M. SCOGNAMIGLIO, *'Stipulatio poenae': concorso di azioni e poteri del giudice*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, II, cur. L. Garofalo, Padova, 2011, 735 ss.

² Non ci sembra possa essere accolta la diversa contrapposizione tra pena convenzionale propria e impropria, la cui origine risale già al Medioevo, e che risulta essere più rispondente alla dogmatica moderna, che non al pensiero dei giuristi romani. Secondo questo schema, si aveva una pena convenzionale propria quando

mero intento di tutelare il legatario e provvedere alla sua sussistenza, tant'è che tra *penus* e *poena* vi è normalmente equivalenza di valore e la seconda ha natura sostitutiva rispetto alla prima.

ABSTRACT

Il contributo si propone di delineare i caratteri principali della disciplina della *stipulatio poenae* nel corso dell'esperienza giuridica romana. L'esame delle problematiche relative alla *missio poenae* e alla regime di concorso delle azioni per la pena e per la prestazione principale, nonché l'*excursus* sulle più diffuse applicazioni pratiche di questo istituto hanno posto in evidenza la varietà delle soluzioni proposte dai giuristi romani, consentendo di tracciare un panorama della disciplina della *stipulatio poenae*, difficilmente riconducibile a sistema unitario, a causa della forte influenza che su di essa ebbe la prassi commerciale.

This paper is intended to analyze the main characters of stipulatio poenae in Roman law. The variety of solutions indicated by Roman jurists has been put into evidence through the exam of the problems related to missio poenae and to the use (alternative or not) of the actions for the poena and for the main obligation and through the exam on the principal applications of stipulatio poenae. By this way, it has been possi-

Il legato penale non costituiva un'applicazione pratica della *stipulatio poenae*, tuttavia la sua struttura ricalcava in buona parte quella della stipulazione penale e le soluzioni giurisprudenziali delle problematiche teoriche che si presentavano erano per lo più coincidenti per i due istituti⁶⁴. Il *legatum penoris* assumeva normalmente la forma del *legatum per damnationem* e – come la *stipulatio poenae* – poteva essere a struttura unitaria (con la sola *poena* in obbligazione e la consegna della *penus* in condizione) ovvero a struttura duplice (il primo legato aveva ad oggetto la *penus*, il secondo la *poena*). L'accostamento tra *legatum penoris* e *stipulatio poenae* non può però estendersi alle diverse funzioni assolute dall'uno e dall'altro istituto⁶⁵, con talune ripercussioni circa il regime giuridico da applicare⁶⁶. Nella *stipulatio poenae* prevarrebbe la funzione di coazione verso il debitore, che sarebbe indotto ad adempiere al fine di non incorrere nella *poena*; il *legatum penoris* verrebbe invece disposto con il

⁶⁴ Sul legato penale si vedano, in particolare, O. CLERICI, *Sul legato della 'penus'* (D. 33.9), in *Arch. Giur.*, LXXIII, 1904, 128 ss.; A. MARCHI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *BIDR*, XXI, 1909, 5 ss.; A. ORMANNI, *'Penus legata'*. Contributi alla storia dei legati disposti con clausola penale in età repubblicana e classica, in *Studi in onore di Emilio Betti*, IV, Milano, 1962, 579 ss.; R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati*, II, Padova, 1979, 123 ss.; e, per gli aspetti terminologici, M. LAURIA, *'Penus, penus legata'*, in *RAAN*, II, 1975, 233 ss., ora in *Id.*, *Studii e ricordi*, Napoli, 1983, 544 ss.

⁶⁵ Come avverte P. VOCI, *Una 'quaestio'*, cit., 350, nt. 17.

⁶⁶ Ad esempio, qualora non sia indicato un termine per adempiere al legato, si applicava – a differenza di quanto avveniva per la *stipulatio poenae* ed in analogia con la disciplina del *compromissum* – la regola del *'modicum spatium temporis'*.

gue tra la *stipulatio poenae* (a struttura) semplice³ (o principale, oppure indipendente⁴) e *stipulatio poenae* doppia⁵ (o congiunta⁶, oppure concatenata⁷). La prima, ci riferisce Papiniano in 2 *quaest.* D. 45.1.115.2⁸, era costituita da un'unica *stipulatio* in

la promessa della *poena* accedeva ad un'obbligazione per l'*id quod interest*, mentre ricorreva il caso della pena convenzionale impropria quando l'unica obbligazione assunta era quella per la pena. Le due bipartizioni (propria-impropria e semplice-doppia, su cui si veda *infra*, nel testo) appaiono a primo acchito sovrapponibili. Tuttavia, la pena convenzionale si definisce propria sia nel caso di *stipulatio poenae* doppia, che nel caso di una *stipulatio poenae* semplice, la quale abbia in condizione un assetto di interessi riconducibile ad un contratto consensuale, e cioè che si innesti su una *conventio* obbligatoria.

³ M. TALAMANCA, voce *Pena*, cit., 712.

⁴ R. KNÜTEL, *'Stipulatio poenae'*, cit., 27. Assimilabili alla 'selbständig Strafversprechen' di Knütel sono la dizione 'stipulazione penale autonoma' (P. VOCI, *Una 'quaestio'*, cit., 323) e l'espressione 'stipulation de peine autonome' (M. HUMBERT, *La stipulation*, cit., 63, nt. 19).

⁵ R. KNÜTEL, *'Stipulatio poenae'*, cit., 27.

⁶ Così, M. TALAMANCA, voce *Pena*, cit., 712 s. Similmente E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova, 1960, 142, il quale, tuttavia, preferisce descrivere, piuttosto che definire le due forme di *stipulationes* penali: egli, quindi, contrappone alla «stipulatio unica, a sé stante», le «due stipulationes distinte, ma collegate fra loro da un nesso condizionale» (i corsivi sono di Betti).

⁷ S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, 175.

⁸ *Item si quis ita stipuletur: "si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?" Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilum dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrabentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. itaque potest Sabini sententia recipi, si*

forma condizionale: «*Si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?*». La seconda, che Papiniano denomina *stipulatio, quae non a condicione coepit*, prevedeva l'impiego di due *stipulationes* collegate. Sicché, con l'obbligazione principale una parte si impegnava ad eseguire una prestazione e con la *stipulatio* penale prometteva che in caso di inadempimento avrebbe pagato al creditore una certa somma: «*Pamphilus dari spondes? Si non dederis, tantum dari spondes?*»⁹.

Le fonti attestano poi l'uso della *stipulatio poenae* in connessione con un contratto consensuale. Tale assetto della pena convenzionale, caratterizzata similmente alla precedente dal fatto di essere concepita in struttura duplice, come si illustrerà, seguiva regole in parte profondamente differenti da quelle previste per la doppia stipulazione. Ancora diverso è il caso in cui la pena convenzionale veniva stabilita non attraverso una *stipulatio*, bensì mediante un patto aggiunto ad un contratto consensuale, tutelato da un *iudicium bonae fidei*¹⁰. Questa forma era normalmente impiegata per patri-

stipulatio non a condicione coepit, veluti "si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?", sed ita concepta sit stipulatio: "Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?" quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.

⁹ Pap. 2 *quaest.* D. 45.1.115.2.

¹⁰ Sull'opportunità di includere nella categoria ampia della 'clausola penale' anche i *pacta adiecta* ad un contratto di buona fede si vedano i rilievi di A. SICARI, *Pena*, cit., 25 s., nt. 7.

in un certo giorno presso un luogo determinato (prometteva, cioè, di essere presente all'udienza) e stipulava poi una pena pecuniaria per sanzionare la sua eventuale assenza.

Occorre poi ricordare che la *stipulatio poenae* serviva comunemente a rafforzare il negozio di *pecunia traiecticia* o *fenus nauticum*⁶². Si trattava di una particolare forma di mutuo che consentiva di stipulare tassi di interesse superiori al limite legale delle *usurae*. Il mutuante, infatti, dava a mutuo al mutuatario una somma di danaro da investire nel trasporto marittimo. L'obbligo di restituire il prestito sorgerà solo qualora la nave avesse raggiunto il porto di destinazione. E dunque il mutuante si accollava il rischio della spedizione. L'alta alea in capo al mutuante era perciò controbilanciata dalla possibilità di fissare tassi di interesse particolarmente elevanti e di garantire l'operazione attraverso una *stipulatio poenae*.

Ancora, tra le applicazioni pratiche della *stipulatio poenae* si può pensare alle *stipulationes* che, in origine, erano utilizzate negli *sponsalia*, al fine di vincolare lo *sponsus* e il *pater* della *sponsa* alla conclusione del matrimonio⁶³.

⁶² V. in particolare A. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae*, cit.; P. VOGLI, *La responsabilità*, cit., 341 ss.; R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., 224 ss.; I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, Bologna, 2011.

⁶³ V. sul tema e sulla evoluzione di questa prassi P. FERRETTI, *Doni a causa di promessa di matrimonio. Prospettiva storico-comparatistica*, in *Labeo*, XLV, 1999, 76 ss., in particolare 83 ss.

Gli impieghi della *stipulatio poenae* erano i più vari, trattandosi di uno degli istituti più utilizzati nella prassi. Un primo, pressoché tipico, uso della *stipulatio poenae* era riferito al *compromissum*⁵⁹. Con esso due soggetti si accordavano affinché una controversia in essere tra di loro venisse risolta da un arbitro, alla cui decisione le parti si impegnavano a sottostare. Per ottenere tale risultato e, dunque, vincolarsi all’ottemperamento della sentenza arbitrale, che di per se stessa non ebbe per tutta l’età classica alcun valore giuridico, i soggetti si impegnavano attraverso due stipulazioni penali reciproche⁶⁰.

Altro impiego tipico era la *cautio vadimonium sisti*, come risulta anche da Pap. 2 *quaest.* D. 45.1.115 pr.⁶¹. La *stipulatio poenae* in questo caso era funzionale alla corretta instaurazione di un processo. Il convenuto, infatti, tramite *stipulatio* si impegnavo nei confronti dell’attore a presentarsi

⁵⁹ V. sul tema M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., *passim*; P. VOCI, *La responsabilità*, cit., 333 ss.; R. KNÜTEL, *‘Stipulatio poenae’*, cit., 135 ss., 147 ss., 203 ss., 208 ss.; A. SICARI, *‘Compromissum’ e ‘cautio vadimonium sisti’: quale responsabilità*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche* a cura di C. Cascione, C. Masi Doria, Napoli, 2002, 647 ss.

⁶⁰ Le *stipulationes* dovevano necessariamente essere due, connesse tra loro. Esse impegnavano sia alla costituzione del giudizio dinanzi all’arbitro e, quindi, al deferimento della controversia ad un determinato soggetto, sia all’esecuzione di quanto stabilito all’esito del procedimento arbitrale.

⁶¹ Per maggiori ragguagli, si rinvia a P. VOCI, *La responsabilità*, cit., 329 ss.; R. KNÜTEL, *‘Stipulatio poenae’*, cit., 166 ss., 198 ss.; A. SICARI, *‘Compromissum’*, cit., 647 ss.

monializzare particolari interessi del creditore e dunque per garantire maggiormente pattuizioni accessorie, e non l’intero assetto di interessi collegato all’obbligazione principale¹¹, oppure quando il rapporto principale tutelato tramite clausola penale era sancito in un mero patto.

La forma scelta per assumere l’impegno di una penale ha importanti risvolti rispetto al problema della illiceità e della nullità dell’obbligazione primaria o di quella penale¹². Così, nel caso della doppia stipulazione, l’illiceità o nullità dell’obbligazione primaria si trasmetteva all’intero negozio, rendendo invalida anche la stipulazione penale:

Ulp. 7 *ad ed.* D. 45.1.69: *Si homo mortuus sit, sisti non potest nec poena rei impossibilis committetur, quemadmodum si quis stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur.*

¹¹ Un esame dei principali problemi sollevati da questa forma di pena convenzionale è svolto da M. TALAMANCA, voce *Pena*, cit., 730.

¹² Occorre osservare che le fonti disegnano un quadro non sempre coerente e – come si vedrà – tale incertezza dogmatica si riproduce pressoché in ogni ambito della *stipulatio poenae*. Altro problema è poi stabilire se l’eventuale invalidità sia rilevante sul piano del diritto civile o del diritto onorario, tramite concessione di un’*exceptio doli*. La complessità delle soluzioni prospettate dai giuristi può essere messa in connessione con la funzione spiccatamente pratica dell’istituto della *stipulatio poenae*, e dunque con la necessità di piegare le regole alle esigenze della prassi. Si vedano al riguardo le osservazioni di M. TALAMANCA, voce *Pena*, cit., 722 s.

Al contrario, quando tali vizi colpivano la stipulazione atta a sancire la penale, l'obbligazione principale restava valida:

Cels. 26 *dig.* D. 45.1.97 *pr.*: *Si ita stipulatus fuero: "te sisti? nisi steteris, hippocentaurum dari?" proinde erit, atque "te sisti" solummodo stipulatus essem*¹³.

Ancora diverse erano le conseguenze dell'invalidità o dell'impossibilità della prestazione condizionata nel caso di *stipulatio poenae* semplice: il negozio, infatti, diveniva puro:

Paul. 11 *ad Sab.* D. 45.1.8: *In illa stipulatione: "si kalendis stichum non dederis, decem dare spondes?" mortuo homine quaeritur, an statim ante kalendas agi possit. sabinus proculus exspectandum diem actori putant, quod est verius: tota enim obligatio sub condicione et in diem collata est et licet ad condicionem committi videatur, dies tamen superest. sed cum eo, qui ita promisit: "si intra kalendas digito caelum non tetigerit", agi protinus potest. haec et Marcellus probat.*

Quanto alla problematica della funzione della pena convenzionale, essa rappresenta una materia particolarmente complessa, che involge il tema più ampio della funzione della pena in generale¹⁴. Volendo sintetizzarne gli aspetti essenziali, è utile

¹³ Ma anche Paul. 3 *quaest.* D. 45.1.126.3.

¹⁴ V. su questo aspetto le osservazioni di M. TALAMANCA, voce *Pena*, cit., 732.

penale. Mancano in effetti testimonianze che documentino la possibilità per il giudice di ridurre ad equità la penale, e ciò nel rispetto per un verso dell'autonomia delle parti (la *voluntas contrahentium*) e per altro verso del principio del *favor creditoris*, che sembra caratterizzare l'intera disciplina della *stipulatio poenae*.

Tuttavia qualche spunto circa questa tematica può trarsi dalle regole in tema di *usurae*. Dalla fine del II sec. d.C., infatti, qualora una penale fosse stata stipulata a garanzia dell'adempimento di un'obbligazione pecuniaria, fu sancito il divieto di riscuotere nel corso dell'anno a titolo di penale un importo superiore al limite legale delle *usurae*; in caso contrario la pena sarebbe stata automaticamente ridotta entro il tasso legale⁵⁷. Tale meccanismo – apparentemente posto a tutela del debitore – tuttavia, fu preordinato non al fine di fissare un limite alla penale, consentendone la 'riduzione ad equità', bensì allo scopo di evitare che con la predisposizione di una pena privata venisse aggirato il limite delle *usurae legitima*⁵⁸.

4. Le più diffuse applicazioni pratiche della stipulatio poenae e il legato penale

⁵⁷ Pap. 11 *resp.* D. 22.1.9 *pr.*; Pap. 3 *resp.* Frag. Vat. 11; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.32.26; Mod. 11 *pand.* D. 22.1.44; Gord. C. 4.32.15 (a. 242 d.C.).

⁵⁸ Il tema è affrontato da K. VISKY, *L'applicazione del limite delle usure alla pena convenzionale in diritto romano*, in *Iura*, XIX, 1968, 67 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, in *Index*, XXV, 1997, 565.

Volendo sintetizzare i dati sin qui ricavati, si può affermare che rispetto al problema dell'eventuale concorso di azioni i giureconsulti distinguevano nella pratica tra *stipulatio poenae* a struttura doppia e semplice, al fine di valorizzare al massimo l'assetto di interessi sottostante e la volontà delle parti. Sembra che anche in questo ambito mancasse una regola generale, così come per la *commisio poenae*, e che le soluzioni prospettate rispecchiassero la natura marcatamente casistica della *stipulatio poenae*. Nelle fonti risultano attestati esempi di assenza di concorso (attraverso l'impiego della *quasi novatio*, ed è questa la teoria di Paolo nella doppia *stipulatio*), di concorso cumulativo (nel caso di doppia *stipulatio*, ma sempre nel rispetto della *sententia contrabentium*, stando alla parole di Papiniano), di concorso alternativo (se l'obbligazione principale nasce da un contratto *ex fide bona* e vi è equivalenza tra *id quod interest* e *poena*) e di concorso cumulativo 'entro certi limiti' (quando *actio ex fide bona* e *actio ex stipulatu* concorrono fino al raggiungimento del massimo importo tra *id quod interest* e *poena*).

Alla luce di questi risultati, si può ora affrontare il tema della riducibilità dell'importo della

la condanna, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001)* a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2003, 377 ss.; M. MARRONE, *Eccezione di dolo generale ed eventi sopravvenuti alla 'litis contestatio'*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica* a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, 413 ss.

ricordare che la *stipulatio poenae* assolveva nell'esperienza giuridica romana alla funzione di strumento di garanzia di un vincolo obbligatorio. All'interprete si pone l'alternativa di inquadrare, inoltre, lo scopo della clausola penale come afflittivo o piuttosto risarcitorio, con risvolti rilevanti sia sul piano del regime del concorso tra le varie azioni a disposizione dell'attore, sia sul piano della concessione al giudice del potere di aumentare o ridurre l'importo della penale. Accanto a ciò, si deve tenere presente che la penale poteva essere apposta al fine di rendere più facilmente sanzionabili taluni comportamenti, predeterminando il risarcimento e agevolando così il creditore insoddisfatto nel difficile compito di provare l'entità del danno, oppure al fine – poco prima evidenziato – di patrimonializzare interessi altrimenti non economicamente valutabili o privi di autonoma protezione processuale. Inoltre, proprio attraverso la *stipulatio poenae* fu possibile aggirare la regola della nullità del contratto a favore di terzi e della promessa del fatto del terzo.

2. *Aspetti problematici della commissio poenae*

La questione della scadenza della pena (*commissio poenae*) rileva sotto un duplice profilo: in primo luogo, si tratta di stabilire il momento a partire dal quale la pena diviene teoricamente esigibile; il secondo aspetto è, invece, relativo ai criteri di imputabilità e di responsabilità dell'ina-

dempimento dell'obbligo principale in relazione alla *missio poenae*.

Il tema è stato particolarmente dibattuto. Il punto di partenza della questione è costituito dalla determinazione del momento nel quale l'obbligazione principale, cui accede la stipulazione penale, può definirsi inadempita.

Nessun problema sorge laddove il termine entro cui eseguire la prestazione primaria sia stato fissato dalle parti¹⁵. In tal caso, sopraggiunto il momento indicato, se l'obbligazione principale è rimasta inadempita, si verifica la *missio poenae*¹⁶. Più difficoltoso è invece stabilire cosa accada quando nessun termine per l'esecuzione è stato predeterminato dalle parti.

Qualche indicazione ci è offerta al riguardo da Papiniano, nel già richiamato testo 2 *quaest.* D. 45.1.115.2¹⁷. Il brano si apre con alcune considerazioni in tema di *cautio vadimonium sisti*¹⁸. Nel *prin-*

¹⁵ La disciplina non varia quando nel termine fissato dalle parti si stabilisce che non debba essere tenuto un certo comportamento (si assume un'obbligazione a *non facere*) e l'impegno è garantito da una penale. Si veda, in questo senso, significativamente Paul. 5 *resp.* D. 19.2.54.1, ove si affrontano anche problemi relativi alla responsabilità del debitore per la *missio poenae*.

¹⁶ Sull'eventualità che il termine fissato sia prorogato dal creditore e sugli effetti di tale atto rispetto alla scadenza della pena: Proc. 2 *epist.* D. 45.1.113 pr., su cui v. P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 315 ss.; P. VOGLI, *La responsabilità*, cit., 349 ss.

¹⁷ Sul testo, proprio nell'ottica di esaminare le problematiche relative alla *missio poenae*, risulta essenziale lo studio di A. SICARI, *Pena*, cit., *passim*.

¹⁸ La struttura della *cautio vadimonium sisti* era quella di una doppia *stipulatio*. Con la prima stipulazione si prometteva di comparire

re, infatti, non potrà ottenere più del maggior importo tra penale ed *id quod interest*.

Di fronte al silenzio delle fonti, possono essere formulate solo congetture rispetto alla strada percorribile quando ad essere esperita per prima sia l'*actio ex fide bona* e con essa si percepisca un importo inferiore rispetto alla pena convenuta. Gli studiosi hanno ipotizzato che il convenuto *ex stipulatu* avrebbe potuto utilizzare l'*exceptio doli* per limitare la condanna alla differenza tra la penale e l'*id quod interest* individuato con il primo processo, avanzando l'idea che l'eccezione di dolo potesse essere impiegata anche in diminuzione di condanna⁵⁶.

⁵⁶ M. TALAMANCA, voce *Pena*, cit., 718, nt. 46; M. HUMBERT, *La stipulation*, cit., 75 s. Tuttavia, occorre segnalare che l'impiego dell'eccezione di dolo in diminuzione della condanna suscita notevoli perplessità. L'*actio ex stipulatu* è, infatti, un *iudicium strictum*, in cui l'ufficio del *iudex* risulta decisamente più vincolato e in quel tipo di giudizio l'*exceptio doli* può di certo bloccare il cumulo delle azioni, ma non può con altrettanta facilità consentire al giudice di ridurre il valore della condanna. Sull'eccezione in diminuzione della condanna si vedano V. ARANGIO-RUIZ, *L'exceptio in diminuzione della condanna*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena*, XLV, Modena, 1930, 1 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, 249 ss.; S. SOLAZZI, *Sull'exceptio in diminuzione della condanna*, in *BIDR*, XLII, 1934, 268 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, III (1925-1937), Napoli, 1960, 463 ss., e, più recentemente, R. REZZONICO, *Il procedimento di compensazione nel diritto romano classico*, Basel, 1958, 69 ss.; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, 194 s.; P. PICHONNAZ, *La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, Fribourg, 2001, 211 ss.; P. LAMBRINI, *Fundum Cornelianum stipulatus quanti fundus est postea stipulor: novazione oggettiva ed eccezione di dolo in diminuzione del-*

ex stipulatu, potrà poi agire *ex vendito* solo per la differenza tra l'*id quod interest* e la penale⁵².

I due testi di Ulpiano – la cui originalità è stata oggetto di accese discussioni⁵³ – confermano la regola espressa da Giuliano. Vi si afferma, infatti, che se una penale garantisce un contratto di *societas*, il socio può agire con l'*actio ex stipulatu* per la pena e, qualora abbia conseguito almeno l'equivalente dell'*id quod interest*, non potrà più esperire l'*actio pro socio*. Nell'eventualità, invece, che non sia riuscito ad ottenere quantomeno l'equivalente dell'*id quod interest*, gli sarà consentito agire *pro socio* per richiedere proprio la differenza tra penale ed *id quod interest*, e l'importo della pena dovrà essere sottratto dall'*id quod interest*.

Il regime delineato dai tre testi appena enunciati si fa rientrare generalmente nella categoria del concorso alternativo⁵⁴; tuttavia, sembra più appropriata l'espressione utilizzata da Humbert: concorso cumulativo, ma entro certi limiti⁵⁵. Il concorso, infatti, si delinea come alternativo solo nel caso in cui vi sia equivalenza tra la penale e l'*id quod interest*; se ciò non si verifica, esso diviene cumulativo, ma con un limite specifico: il credito-

⁵² E. BETTI, *Istituzioni*, II.1, cit., 144 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 338 s.; M. HUMBERT, *La stipulation*, cit., 67, 75.

⁵³ Si rinvia, al riguardo, a M. SCOGNAMIGLIO, '*Stipulatio poenae*', cit., 764 ss.

⁵⁴ R. KNÜTEL, '*Stipulatio poenae*', cit., 320 ss.

⁵⁵ 'Concours cumulatif, mais dans certaines limites': M. HUMBERT, *La stipulation*, cit., 74.

*cipium*¹⁹ il giurista esamina l'ipotesi in cui il contenuto dell'obbligazione principale non sia completamente determinato, poiché viene indicato il luogo della comparizione, ma non il giorno. Nel risolvere la *quaestio* egli distingue a seconda che l'omissione sia frutto di errore o sia intenzionale. Nel primo caso la stipulazione è invalida per incertezza dell'oggetto; nel secondo è valida ed ha efficacia come se fosse una *stipulatio condicionalis* e, in analogia con il regime della condizione potestativa negativa, non sorgerà responsabilità a carico del promittente fintantoché non si avrà la certezza che egli non potrà presentarsi *in certo loco*²⁰.

Nel par. 1²¹ Papiniano continua ad esaminare altre ipotesi circa la scadenza della penale. Operato il raffronto con la *stipulatio* sottoposta a condi-

in giudizio; con la seconda si assumeva l'obbligo di pagare una certa somma nel caso di mancata comparizione.

¹⁹ *Ita stipulatus sum: "te sisti in certo loco: si non steteris, quinquaginta aureos dari spondes?" si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die siteres, imperfecta erit stipulatio, non secus ac si quod pondere numero mensura continetur sine adiectione ponderis numeri mensurae stipulatus essem, vel insulam aedificari non demonstrato loco, vel fundum dari non adiecto nomine. quod si ab initio id agebatur, ut quocumque die siteres et, si non steteris, pecuniam dares, quasi quaelibet stipulatio sub conditione concepta vires habebit, nec ante committetur, quam fuerit declaratum reum promittendi sisti non posse.*

²⁰ In questo senso v., ad esempio, P. VOCI, *Una 'quaestio'*, cit., 346 s.

²¹ *Sed et si ita stipulatus fuero: "si in Capitolium non ascendersi" vel "Alexandriam non ieris, centum dari spondes?" non statim committetur stipulatio, quamvis Capitolium ascendere vel Alexandriam pervenire potueris, sed cum certum esse coeperit te Capitolium ascendere vel Alexandriam ire non posse.*

zione, vengono affrontate le problematiche relative alla clausola penale assunta con una *stipulatio* semplice sottoposta a condizione. Il giurista affronta in prima battuta il caso di una obbligazione principale costituita da un *non facere* e racchiusa nella forma della condizione potestativa negativa: la pena non può essere richiesta sin che non sia certo che la condizione non possa più realizzarsi.

Nel par. 2 si pone il caso di una *stipulatio poenae* semplice, in cui la prestazione in condizione è un *non dare*. Sul piano pratico, secondo Papiniano (il quale aderisce alla teoria di Pegaso) la diversa natura dell'attività in condizione non comporta alcuna differenza: la stipulazione acquista efficacia e perciò la pena scade solo quando il promittente non potrà più effettuare la *datio*. Tuttavia, Papiniano dà conto anche di una diversa opinione, risalente a Sabino, secondo la quale, nel caso di *stipulatio poenae* semplice, la pena scade nel momento in cui il promittente, avendo la possibilità di adempiere all'obbligo in condizione, non lo faccia²². Sabino avrebbe addotto a sostegno della sua teoria due argomenti: la *sententia contrabentium*, vale a dire il rispetto della volontà delle parti (che evidentemente il giurista ritiene essere orientata affinché l'obbligazione venga adempiuta appena possibile); e poi un ragionamento per analogia rispetto alla tesi muciana in tema di *legatum penoris*²³.

²² P. VOICI, *Una 'quaestio'*, cit., 349, ricorda come questo sia il regime generale delle obbligazioni.

²³ Su cui v. oltre, § 4.

agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit: si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris nisi in id, quod pluris eius interfuerit id fieri.

Ulp. 20 *ad ed.* D. 17.2.41: *Si quis a socio poenam stipulatus sit, pro socio non aget, si tantundem in poenam sit, quantum eius interfuit.*

e

Ulp. 45 *ad Sab.* D. 17.2.42: *Quod si ex stipulatu eam consecutus sit, postea pro socio agendo hoc minus accipiet poena ei in sortem imputata.*

Nel brano di Giuliano si prende in esame una *emptio venditio* garantita da una *stipulatio poenae*, affinché il compratore faccia qualcosa⁵¹. Se il compratore rimane inadempiente, il venditore può agire *ex vendito*. Qualora dall'utile esperimento dell'azione il creditore ricavi un importo pari o superiore a quello della penale, il compratore-debitore che sia eventualmente convenuto in un giudizio *ex stipulatu* per la penale potrà far valere un'*exceptio doli* in sua difesa. Giuliano poi afferma che nel caso in cui il venditore intenti prima l'*actio*

⁵¹ L'originalità del brano è stata dimostrata da R. KNÜTEL, *'Stipulatio poenae'*, cit., 321.

che sul piano del diritto onorario consente di agire solo per la penale. Dopo di lui, Paolo perviene ad un risultato simile innescando il meccanismo della ‘*quasi novatio*’⁵⁰.

Esaminati i casi della *stipulatio poenae* semplice e doppia, occorre ora verificare quali teorie sono state prospettate per l’ipotesi di una *stipulatio condicionalis* apposta ad un contratto di buona fede. La struttura formale, in analogia con la *stipulatio poenae* doppia, può definirsi ‘duplice’, vale a dire composta da due distinti atti. La prestazione principale è versata in un contratto di buona fede, mentre la pena è stabilita attraverso una *stipulatio* autonoma, che ha in condizione l’inadempimento dell’obbligazione principale. Il creditore, dunque, dispone certamente di due azioni in concorso tra loro, l’una *ex contractu*, l’altra *ex stipulatu*.

Le fonti da cui ricaviamo informazioni circa il regime e il modo di operare di tale concorso sono tre, riconducibili a Giuliano e a Ulpiano:

Iul. 3 *ad Urs. Fer. D.* 19.1.28: *Praedia mihi vendidisti et convenit, ut aliquid facerem: quod si non fecissem, poenam promisi. respondit: venditor antequam poenam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest: si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset,*

⁵⁰ In questo senso v. le osservazioni di M. HUMBERT, *La stipulation*, cit., 66, nt. 27, il quale però ritiene che per bloccare l’azione per la prestazione principale si debba inserire l’*exceptio doli*, in quanto sul piano civilistico continuerebbero ad esistere teoricamente entrambe le azioni.

Papiniano ricorda che Q. Mucio Scevola aveva ipotizzato, per una *penus legata* prevista con una unica disposizione (quindi con una struttura corrispondente alla *stipulatio poenae* semplice) che l’erede doveva prestare immediatamente la *penus*, al fine di evitare di dover pagare la somma di denaro stabilita a titolo sostitutivo²⁴.

Papiniano, esposta l’opinione di Mucio, ricostruisce la logica sottostante a quella idea: «*idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam*», con una frase sintetica e criptica, il cui senso potrebbe essere il seguente. Secondo Papiniano il *legatum poenoris* ha una funzione particolare e diversa rispetto alla *stipulatio poenae*, e dunque il suo regime giuridico non può essere esteso ad altri istituti. Del resto, la *penus* prevista dal *legatum* non può essere assimilabile ad una pena. Essa costituisce, infatti, uno strumento idoneo ad ottenere nei tempi più brevi l’adempimento del legato, nel pieno rispetto della volontà del *de cuius* («*voluntas defuncti*»). Inoltre, poiché il legato è alimentare, può costituirne oggetto anche un bene rapidamente deperibile («*natura rei*») e ciò avvalora ulteriormente l’opportunità e la necessità di richiedere un adempimento immediato²⁵.

²⁴ V. la nota esplicativa di P. VOCI, *Una ‘quaestio’*, cit., 350, nt. 17; A. SICARI, *Pena*, cit., 80 ss. Il regime era dunque opposto rispetto a quello della condizione potestativa negativa descritto e condito da Papiniano.

²⁵ P. VOCI, *Una ‘quaestio’*, cit., 351.

Papiniano, nell'individuare la *ratio* della disciplina muciana della *penus legata*, confuta la tesi sabiniana della *stipulatio poenae* semplice, poiché è proprio la natura singolare dell'istituto testamentario a rendere le regole ad esso applicabili non estensibili per via analogica ad altre figure giuridiche.

Il testo continua con l'esame della regole sulla scadenza della pena nella *stipulatio poenae* doppia. E Papiniano a tal riguardo reputa esatta proprio l'opinione di Sabino, che invece aveva respinto rispetto alla *stipulatio poenae* semplice.

Papiniano afferma che, se così hanno voluto le parti, lo *stipulans* di fronte all'inadempimento della controparte può intentare entrambe le azioni, per la pena e per l'obbligazione principale, seguendo la regola sabiniana della scadenza, vale a dire, non appena la prestazione principale diviene esigibile. L'applicazione di un diverso regime alla *stipulatio poenae* semplice rispetto a quella doppia ha effettivamente una sua logica. Con la doppia stipulazione sorgono due obbligazioni differenti. Quella principale è pura, e dunque immediatamente esigibile. Pertanto, se non viene eseguita *statim* determina inadempimento e fa scadere la pena, sottoposta alla condizione potestativa negativa dell'inadempimento della prestazione principale²⁶.

²⁶ P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 325; P. VOCI, *Una 'quaestio'*, cit., 352 s.

duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis condicio non tollat priorem? an vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est.

In effetti, nella *stipulatio poenae* doppia le prestazioni in obbligazione sono due; tuttavia, afferma Paolo, quella principale può considerarsi quasi novata nell'altra, consistente nella pena. Tale teoria si fonda sulla constatazione che sul piano logico non vi può essere alcun concorso tra le azioni, poiché quella per la pena sorge in un momento necessariamente successivo rispetto all'*actio* per la prestazione principale rimasta inadempita; e dunque l'unica azione esperibile – all'esito della '*quasi novatio*' – sarebbe solo quella per la pena⁴⁹.

Le soluzioni di Papiniano, Giuliano e Paolo danno conto dell'esistenza di due contrapposti orientamenti seguiti quantomeno in età classica. Secondo Papiniano le azioni sono concorrenti, sebbene non sia chiaro se cumulativamente o elettivamente, e la scelta del regime da adottare è rimessa all'accordo tra le parti. Giuliano, invece, ipotizza che il concorso cumulativo tra le due azioni nascenti dalla doppia stipulazione possa essere bloccato attraverso l'impiego dell'*exceptio doli*,

⁴⁹ Paolo ipotizza che la prima obbligazione sia trasmessa nella seconda attraverso un meccanismo assimilabile alla *novatio*. Ciò avverrebbe non in seguito all'apposizione di un'*exceptio*, che sarebbe stata necessaria se si fosse trattato di una novazione pretoria, bensì *ipso iure*, vale a dire alla stregua di una novazione (R. KNÜTEL, '*Stipulatio poenae*', cit., 268).

na l'alternatività dei mezzi processuali⁴⁶. Significativo in questo senso è un testo di Giuliano, nel quale si prospetta l'ipotesi di un concorso alternativo, posto in essere proprio attraverso l'impiego di un'*exceptio doli*, volta a paralizzare la seconda azione intentata contro il debitore inadempiente:

Iul. 52 dig. D. 45.3.1.6: *Cum servus communis Titii et Maevii stipulatur in hunc modum: "decem kalendis Titio dare spondes? si decem kalendis Titio non dederis, tunc Maevio viginti dare spondes?" duae stipulationes esse videntur, sed si kalendis decem data non fuerint, uterque dominus ex stipulatu agere poterit, sed in secunda obligatione Maevio commissa Titius exceptione doli summovebitur*⁴⁷.

Le fonti, però, testimoniano l'esistenza di un altro 'escamotage' tecnico volto ad evitare il concorso tra le azioni nascenti dalla doppia *stipulatio* (rendendo accessibile solo l'azione per la pena) e che opererebbe solo sul piano del diritto civile. Si tratta del meccanismo della '*quasi novatio*'⁴⁸, di cui abbiamo testimonianza in

Paul. 74 ad ed. D. 44.7.44.6: *Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum, videndum, utrum*

⁴⁶ Si vedano in merito le osservazioni di P. VOCI, *Una 'quaestio'*, cit., 354.

⁴⁷ Sul testo v.: M. HUMBERT, *La stipulation*, cit., 66.

⁴⁸ L'espressione è stata da molti criticata. Per un esame delle differenti opinioni si rinvia a M. SCOGNAMIGLIO, '*Stipulatio poenae*', cit., 756 ss.

Il passaggio finale del testo suscita, invece, talune perplessità. Vi si affronta il caso in cui, se non si dà l'*homo*, si incorre nella *poena*. Le possibili interpretazioni del passo sono due: la frase si riferisce ad una *stipulatio poenae* semplice, oppure Papiniano discorre ancora di una *stipulatio poenae* doppia, ma non è stata prevista dalle parti la possibilità del cumulo delle due *actiones ex stipulatu*²⁷.

La seconda lettura è quella maggiormente condivisa, sebbene talune pecche formali inducano a pensare che questa parte del lungo brano papiniano possa essere frutto di un rimaneggiamento più tardo, con il quale tuttavia si è tentato di mantenere inalterato il pensiero originario dell'autore²⁸. Letto il brano in questa prospettiva, se ne ricava che, secondo Papiniano, la teoria sabiniana della *missio poenae* è applicabile solo alla stipulazione doppia, di cui sono offerti due esempi: nel primo caso, in una *stipulatio poenae* doppia le parti si accordano affinché il debitore inadempiente risponda sia per l'obbligazione principale, sia per la pena; nel secondo, le parti

²⁷ P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 324 s.; A. SICARI, *Pena*, cit., 109 ss.

²⁸ Ritengono ad esempio che il passo sia un originale papiniano C. BERTOLINI, *Teoria*, I, cit., 116 s.; ID., *Teoria*, II, cit., 210 ss.; G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, 125; V. NARDI, *Radiografia dell'aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, in *BIDR*, LXXIII, 1970, 68, nt. 28; R. KNÜTEL, '*Stipulatio poenae*', cit., 284 ss. Pensa invece ad un'interpolazione nel rispetto del pensiero di Papiniano P. VOCI, *Una 'quaestio'*, cit., 357 s.

decidono che il *promissor* sia tenuto solo per la *poena*.

Il testo papiniano, dunque, offre un quadro abbastanza completo delle varie soluzioni proposte dalla giurisprudenza romana al problema della scadenza della penale nell'ipotesi in cui le parti non abbiano individuato un termine e mette in luce la qualità e l'ampiezza del dibattito che evidentemente esisteva sulla questione²⁹.

Rispetto alla *missio poenae*, il secondo aspetto da indagare riguarda i criteri di imputabilità dell'inadempimento al debitore e dunque il tipo di responsabilità richiesto perché si abbia effettivamente diritto al pagamento della *poena*³⁰.

Gli studiosi hanno proposto teorie molto differenti, che vanno dalla responsabilità soggettiva³¹ alla responsabilità oggettiva³², all'applica-

²⁹ Altri importanti spunti sul momento in cui la *poena* possa considerarsi scaduta si traggono da una serie di tre testi, due di Ulpiano intervallati da uno di Paolo, in cui si discute della *poena compromissi* sia per il caso nel quale l'*arbiter* abbia previsto un termine per l'esecuzione della sentenza, sia per quello in cui tale termine non sia stato stabilito: Ulp. 13 *ad ed.* D. 4.8.21.12; Paul. 13 *ad ed.* D. 4.8.22; Ulp. 13 *ad ed.* D. 4.8.23. È interessante osservare che in questi tre brani si fa riferimento, qualora non sia stato stabilito un termine entro il quale eseguire la sentenza, ad un *modicum spatium temporis*. Su queste tematiche si vedano M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 73 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 327 ss.; P. VOCI, *La responsabilità*, cit., 335 ss.; R. KNÜTEL, *'Stipulatio poenae'*, cit., 147 ss.

³⁰ Il tema è oggetto di specifica discussione da parte di P. VOCI, *La responsabilità*, cit., 319 ss., e di A. SICARI, *Pena*, cit., *passim*.

³¹ P. VOCI, *La responsabilità*, cit., 329 ss., il quale ritiene che il principio della responsabilità soggettiva possa essere derogato di

Pap. 2 *quaest.* D. 45.1.115.2: ... *sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.*

È alla *voluntas contrahentium* – vi si afferma – che occorre guardare per stabilire se sia ammesso il cumulo delle azioni *ex stipulatu* (per la prestazione principale e per la pena) o se sia possibile agire solo per la *pecunia*⁴¹.

Si tratta poi di capire in quale modo possa essere fatto valere il concorso, elettivo⁴² o cumulativo⁴³, oppure si possa consentire di agire solo per la pena⁴⁴. Sul piano del *ius civile* il concorso è certamente attuabile ed è solo il *ius honorarium* a fornire lo strumento (*l'exceptio doli*) attraverso cui operare la cd. consunzione pretoria⁴⁵, che determi-

⁴¹ Che le parti potessero accordarsi per il cumulo delle azioni risulta anche da un documento, noto come *donatio Flavii Syntrophii*, in *FIRA*, III, 298 ss., datato tra il II e il III secolo d.C.

⁴² Come sostengono C. BERTOLINI, *Teoria*, II, cit., 210 ss.; E. BETTI, *Istituzioni*, II.1, cit., 144 s.; P. VOCI, *Una 'quaestio'*, cit., 354 s.; R. KNÜTEL, *'Stipulatio poenae'*, cit., 65 ss. 262 ss.

⁴³ Così, ad es., S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., 175; P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 337.

⁴⁴ Questa era la teoria maggiormente seguita dalla dottrina pandettistica e che, tuttavia, trova ancora riscontro presso Autori più recenti.

⁴⁵ Su cui si veda I. ALIBRANDI, *Del concorso delle azioni*, in *Giornale di Giurisprudenza teorico-pratica*, I, 1870, 321 ss., ora in *Opere giuridiche e storiche*, I, Roma, 1896, 183 ss.; E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und der Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918, rist. 1964, 76 ss., II Berlin, 1922, rist. 1964, 1 ss., 117 ss.; P. VOCI, *Risarcimento e pena privata*, Milano, 1939, 121 ss.

to entrambe le *stipulationes* erano azionabili in caso di inadempimento, in base al principio ‘*tot sunt stipulationes quot sunt res*’⁴⁰.

Ma lo scenario descritto dalle fonti appare molto articolato e fortemente influenzato dalla prassi commerciale, che ha caratterizzato l’istituto della clausola penale. Ed in effetti – in contrasto con il principio appena richiamato –, a parte Pap. 2 *quaest.* D. 45.1.115, su cui ci siamo già soffermati e su cui torneremo tra breve, non vi sono attestazioni certe circa l’applicazione della regola di un concorso cumulativo o elettivo dell’azione per la prestazione principale e per la pena. Inoltre, anche laddove il concorso sembri ammissibile, come nel testo papiniano, ciò si verifica in virtù di un’espressa pattuizione tra le parti e non sulla base di una regola generale, che il giurista – per l’appunto – non richiama.

Il testo da cui prendere le mosse è nuovamente il lungo brano di Papiniano, ove il giurista – nell’affrontare numerose problematiche relative alla *stipulatio poenae* – presenta anche un breve *excursus* storico delle teorie sostenute dai giuristi che lo hanno preceduto.

Il passaggio più interessante a proposito del concorso delle azioni nella *stipulatio poenae* doppia è rappresentato dalla parte conclusiva del par. 2:

⁴⁰ Ulp. 48 *ad Sab.* D. 45.1.1.5; Ulp. 46 *ad Sab.* D. 45.1.29 pr.; Ulp. 72 *ad ed.* D. 45.1.83; Paul. 3 *quaest.* D. 45.1.126.3; Paul. 15 *resp.* D. 45.1.134.3; Paul. 3 *ad Nerat.* D. 45.1.140 pr.

zione di entrambi i criteri, in funzione del tipo di *stipulatio poenae* (semplice o congiunta) o della *conceptio verborum*, o della *voluntas contrahentium*³³. Così, oggi sembra abbastanza diffuso l’orientamento secondo cui nel caso di *stipulatio poenae* a struttura semplice (quindi con l’obbligazione principale assunta sotto forma di condizione della clausola penale) la responsabilità del debitore debba essere oggettiva, in base alle regole proprie della condizione³⁴.

Un regime di responsabilità duplice – oggettivo e soggettivo – sembra invece caratterizzare la *commissio poenae* nel caso di *stipulatio poenae* doppia³⁵. Tuttavia, la dottrina è divisa sul criterio in

volta in volta quando la sua applicazione determinerebbe un aggravamento della posizione creditoria in relazione al rapporto principale di cui si discute (è il caso ad esempio delle stipulazioni penale apposte al fine di garantire taluni adempimenti processuali, come nella *cautio vadimonium sisti*).

³² È l’orientamento più risalente: C.W. WOLFF, *Zur Lehre von der Mora*, Göttingen, 1841, 36 ss.; H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928, 263 s.; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris, 1929, 703.

³³ Oltre ai criteri di responsabilità, altre questioni attinenti alla scadenza e all’imputabilità della pena sono state affrontate dalla giurisprudenza romana. Ad esempio Paolo afferma che l’adempimento parziale non escludeva la pena e, anzi, paventa l’ipotesi di cumulo tra pena e *usurae* (Paul. 6 *resp.* D. 19.1.47).

³⁴ V. ad es. C. BERTOLINI, *Teoria*, I, cit., G. DONATUTI, *Di un punto*, cit., 572 ss.; A. BISCARDI, ‘*Actio*’, cit., 47; M. TALAMANCA, voce *Pena*, cit., 712 ss.; R. KNÜTEL, ‘*Stipulatio poenae*’, cit., 81 ss., 120 ss.

³⁵ Si veda ancora il più volte richiamato Pap. 2 *quaest.* D. 45.1.115, ma anche Procul. 2 *epist.* D. 45.1.113 pr.; Paul. 22 *ad ed.*

base al quale troverebbe riscontro l'uno o l'altro principio³⁶. E altrettanti dubbi pone la questione rispetto al caso di una *stipulatio poenae* che accede ad un contratto consensuale. Anche per questa fattispecie le soluzioni prospettate dalle fonti sono contraddittorie e difficilmente interpretabili in senso univoco³⁷.

3. Osservazioni sul concorso delle azioni e sulla riducibilità della penale

Un altro problema che ha costituito la base di un ampio dibattito tra gli studiosi che si sono occupati della clausola penale in diritto romano è

9.2.22 pr.; Labeo 5 *pitb. a Paul. epit.* D. 22.2.9 Paul. 58 *ad ed.* D. 45.1.77; Cels. 12 *dig.* D. 47.2.68.1.

³⁶ Si vedano le diverse angolazioni da cui si pongono G. DONATUTI, *Di un punto controverso*, cit., 572 ss., A. BISCARDI, *'Actio'*, cit., 32 ss., M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 55 ss., e successivamente, cambiando posizione in merito, voce *Pena*, cit. 720ss. Particolare poi la tesi di R. KNÜTEL, *'Stipulatio poenae'*, cit., 81 ss., il quale propone la teoria della 'Verfallsbereinigung' e sostiene un'applicazione varia dei diversi regimi di responsabilità sulla base del tipo di negozio al quale era apposta la clausola penale, tenendo tuttavia sempre in debita considerazione lo *ius controversum* tra Sabiniani (responsabilità soggettiva) e Proculiani (responsabilità oggettiva). A. SICARI, *Pena*, cit., propende per l'accentuazione dello *ius controversum*, ma dà del problema anche una lettura in chiave storico-evolutiva: inizialmente avrebbe avuto maggiore riscontro un tipo di responsabilità oggettiva, poi, col passare dei decenni ha prevalso un criterio di responsabilità di tipo soggettivo.

³⁷ Paul. 5 *resp.* D. 19.2.54.1 e Sev. e Ant. C. 4.55.2 (a. 200 d.C.).

costituito dal regime di concorso tra l'azione per la prestazione principale e l'azione per la pena³⁸.

Ancora una volta, per cercare di delineare un quadro il più possibile coerente delle numerose fonti che trattano di questa tematica, occorre distinguere tra *stipulatio poenae* semplice, congiunta e in funzione di garanzia di un contratto consensuale.

Sembra abbastanza sicuro che dalla *stipulatio poenae* semplice sorgesse solo l'azione per la pena³⁹.

Per la *stipulatio poenae* doppia, invece, il problema si presenta più complesso, poiché in astratto

³⁸ Per le numerose questioni sottese a questo tema e per un esame più approfondito della materia che non può essere svolto in questa sede, mi sia consentito rinviare a M. SCOGNAMIGLIO, *'Stipulatio poenae'*, cit., 735 ss.

³⁹ Depongono in questo senso due testi di Paolo: 74 *ad ed.* D. 44.7.44.5 e 74 *ad ed.* D. 17.1.46, che nella ricostruzione palinogenetica di Lenel sono posti l'uno dopo l'altro: O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, 1091 n. 806. Nel primo testo, il giurista severiano afferma il principio secondo cui nella *stipulatio poenae* semplice solo la pena pecuniaria è in *stipulatione*, mentre il fondo è in *exsolutione*. Il secondo brano descrive invece una fattispecie più complessa: con la *stipulatio poenae* si stabilisce che, se il promittente non consegna allo stipulante lo schiavo Stico, dovrà dargli una certa somma. Mediante *sponsio*, un terzo si fa garante del *promissor* per la *pecunia*. Poiché il garante ha acquistato lo schiavo Stico ad un prezzo più basso della somma in *obligatione* e lo ha consegnato allo *stipulans*, facendo così estinguere l'obbligazione, ci si domanda se possa poi agire con l'*actio mandati contraria*. Secondo Paolo l'azione è esperibile, poiché il garante non ha ecceduto i limiti del mandato, in quanto nella *stipulatio poenae* semplice la somma è in *obligatione*, ma l'altra prestazione è in facoltà alternativa rispetto alla *pecunia*.