

Corrispondenze tra «stipulatio» ed «intentio» (riflessioni su Gai., *inst.* 4.53d)

1. Considerazioni generali sul significato della massima gaiana: ‘*sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet*’ – 2. Applicazione alle obbligazioni alternative – 3. Applicazione alle obbligazioni generiche – 4. Riflessioni conclusive.

1. Al termine del suo *excursus* intorno alla *pluris petitio causa* (*inst.* 4.53d)¹ Gaio esce in questa affermazione: ‘*itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet*’, il cui significato letterale parrebbe essere questo, che l’*intentio* della formula deve corrispondere esattamente al tenore della *stipulatio*. Secondo questa interpretazione e con riferimento alle obbligazioni alternative e generiche, di cui Gaio appunto si stava occupando in sede di trattazione della *pluris petitio causa*, in ipotesi di *stipulatio* avente per oggetto Stico o dieci, il creditore avrebbe dovuto agire con un’*intentio* così concepita: ‘*si paret N^m N^m A^o A^o Stichum aut decem dare oportere*’, mentre in ipotesi di *stipulatio* avente per oggetto una data quantità di vino campano, il creditore avrebbe dovuto affermare nell’*intentio*: ‘*si paret N^m N^m A^o A^o vini Campani amphoras centum dare oportere*’.

E’ stato obiettato² all’affermazione di Gaio che, nel caso di *stipulatio incerta*, quale sarebbe appunto la *stipulatio* di vino campano, lo stipulante avrebbe dovuto agire con l’*actio ex stipulatu incerti*, la cui *intentio*, come risulta chiaramente da Gai., *inst.* 4.136 era diretta al ‘*quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet*’. Stando così le cose non potrebbe, con riguardo ad una *stipulatio incerta* e, in particolare, ad una *stipulatio* alternativa con scelta spettante al debitore, considerata da Ulpiano in D. 45.1.75.8 come *stipulatio* di un *incertum*, parlarsi di corrispondenza letterale fra contenuto della *stipulatio* e tenore dell’*intentio*: l’affermazione gaiana non potrebbe pertanto essere più inesatta. Di qui il sospetto del glossema.

Ma si potrebbe osservare che il ragionamento, in base al quale si è giunti a dubitare della genuinità della proposizione in esame, si fonda su di un’interpretazione letterale della proposizione medesima, mentre non è detto che questa non possa o non debba essere diversamente interpretata³.

[«AUCA.», XXI, 1955, p. 197-216]

¹) Giova ricordare che l’espressione ‘*plus petitio*’ spesso usata in dottrina, non è classica; essa compare solo in una rubrica del Codice giustiniano (C.I. 3.10 [De *plus petitionibus*]). Gaio parla di ‘*plus petere*’ ovvero di ‘*plus intendere*’. Cfr. L. SCHNORR VON CAROLSFELD, ‘*Pluspetitio*’, in A. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», XXI.A.1, Stuttgart, 1951, c. 616.

²) Cfr. G. BESELER, *Miszellen*, in «ZSS.», XLV, 1925, p. 434.

³) Ad esempio C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, II, Paris, 1891, p. 66, interpreta il significato del passo di Gaio nel senso che ad una *stipulatio certa* doveva corrispondere un’*intentio certa*, ad una *stipulatio incerta* invece, un’*intentio incerta*. Secondo il E. BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, 1935, p. 509, Gaio sottolineerebbe la necessità della correlazione fra i termini del negozio diretto a creare il rapporto ed i termini dell’*intentio* destinata a farlo valere. Il che è, a nostro avviso, esatto, ma ci preme di tentarne la dimostrazione, ricostruendo il pensiero del giureconsulto che si adeguava con sfumature diverse ai due tipi di obbligazioni generiche ed alternative, da lui considerate in Gai., *inst.* 4.53d.

Senonché, come è stato rilevato di recente dall'Arangio-Ruiz⁴, tale proposizione appare ripetuta, sia pure con altre parole e con riferimento alle sole obbligazioni alternative, nel passo corrispondente delle Istituzioni giustinianee (4.6.33d) di indubbia origine gaiana⁵: *'qua de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est ut eodem modo peteret, quo stipulatus est'*.

Inoltre nella Parafrasi attribuita a Teofilo⁶, mentre si riafferma il principio che l'*intentio* deve rispecchiare letteralmente il contenuto della *stipulatio*, è addirittura riprodotta a chiare lettere l'*intentio* di una formula corrispondente ad una obbligazione alternativa di Stico o dieci: ὥστε οὖν δεῖ ὁμοίωτροπον εἶναι τὴν ἐπερωτήσῃ ἵνα οὕτως εἴπω ἐνάλογον· εἰ φαίνεται τὸν ἀντίδικον χρῆναι δοῦναι Στικὸν ἢ ἰ νομίματα (Teoph., *inst. par.* 4.6.33d).

Ora, se è vero che l'autore della Parafrasi utilizzò ampiamente i commentari di Gaio⁷ quale fonte di informazione per il diritto classico (ed è stata in particolare sottolineata l'importanza di quell'opera per la conoscenza del processo *per formulas*) appare impressionante il fatto di vedere in essa, nel corso dell'esposizione del regime formulare della *pluris petitio*, non solo affermato il principio della corrispondenza fra *intentio* e *stipulatio*, ma anche e soprattutto riprodotta, in attuazione perfetta di questo principio, l'*intentio* della formula di una *stipulatio* alternativa.

Già in base a questi semplici rilievi testuali può apparire di un qualche interesse il tentativo di ricostruire, con riguardo alle obbligazioni alternative ed alle obbligazioni generiche, nel quadro della distinzione fra *stipulationes certae* ed *incertae*, il significato esatto della proposizione gaiana sospettata dal Beseler⁸.

2. Gaio in un noto passo del Digesto enuncia in termini chiari e precisi l'antitesi fra *stipulationes certae* ed *incertae*:

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

Secondo Gaio dunque la *stipulatio* è certa quando individua direttamente ed esattamente, precisandone natura, qualità, quantità la prestazione dovuta e gli esempi addotti chiariscono adeguatamente il pensiero del giureconsulto⁹. Il significato processuale della distinzione emerge chiaramente da un altro passo di Gaio:

Gai., *inst.* 4.136: Item admonendi sumus, si cum ipso agamus qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis hoc modo iudex esto. quo A. Agerius de N. Negidio incertum stipulatus est, cuius rei dies fuit, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet et rel.

⁴) Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Corso di diritto romano: il processo (a.a. 1950-51)*, Roma, 1951, p. 64 ss.

⁵) Cfr. C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, ora in *Opere*, II, Milano, 1929, p. 409.

⁶) La paternità della Parafrasi continua ad essere vivamente discussa nella dottrina romanistica. Cfr. per tutti L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, p. 682 ss.

⁷) Il problema delle fonti cui ha attinto l'autore della Parafrasi è tuttora aperto. Cfr. da ultimo F. WIEACKER, *Über das Gainsexemplar der Theophilusparaphrase*, in «Studi O. v. Gierke», Berlin, 1950, p. 299 ss.

⁸) Il problema suscitato dalla critica del Beseler è, in sostanza, quello di conciliare Gai., *inst.* 4.53d e 4.136. Cfr. G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1947, p. 244 s.

⁹) G. BESELER, *Romanistische Studien*, in «T.», VIII, 1928, p. 308, ritiene di origine bizantina le definizioni del *certum* e dell'*incertum* che si leggono in D. 12.1.6, D. 45.1.74 e D. 45.1.75.pr. In questi due ultimi frammenti Gaio ed Ulpiano si sarebbero limitati alle esemplificazioni concrete, senza enunciare un criterio discrezionale di carattere generale. Esatte ci paiono le osservazioni critiche mosse a questa tesi, invero troppo radicale, da P. BERETTA, *Qualitas e bonitas nell'obbligazione di genere*, in «SDHI.», IX, 1943, p. 215 nt. 40. In particolare, per quanto concerne D. 45.1.74, la ricostruzione del testo proposta dal Beseler giunge a svuotare il passo del suo contenuto sostanziale.

E' qui enunciata la formula dell'*actio ex stipulatu incerti*, esperibile in casi di *stipulatio* di un *incertum* e caratterizzata appunto da un'*intentio* diretta al '*quidquid ob eam rem dare facere oportet*', il cui oggetto specifico dovrà essere successivamente determinato dal giudice sulla base della fattispecie concreta enunciata nella *demonstratio*, mentre l'*intentio* dell'*actio certae creditae pecuniae* e della *condictio certae rei*, esperibili in caso di *stipulatio certa*, individuano esattamente e specificamente la pretesa dedotta in giudizio ¹⁰.

Ben può dirsi pertanto non solo che la distinzione fra i due tipi di *stipulatio* ha un preciso significato processuale ¹¹, ma che la distinzione medesima è stata elaborata in funzione di quella fra *intentio certa* ed *incerta* ¹². Di qui l'importanza pratica di stabilire, nei singoli casi, a quale delle due categorie appartenesse una data *stipulatio*, onde permettere al creditore la scelta del tipo di formula adatto a far valere la sua pretesa; il che, a volte, poteva presentare qualche difficoltà. Si pensi, ad esempio, ad una *stipulatio* alternativa avente per oggetto Stico o dieci, a scelta del debitore. Qui non v'è dubbio che, secondo il criterio enunciato da Gaio, le due prestazioni erano specificamente determinate. Ma, non potendo il creditore chiedere una sola di esse, se non voleva incorrere nelle conseguenze della *pluris petitio*, si presentava spontanea la soluzione di inserire nell'*intentio* della *formula certa* alternativamente le prestazioni dovute: '*si paret N^m N^m A^o A^o Sticum aut decem dare oportere*'. Che questa fosse la soluzione accolta da Gaio risulta dal brano della Parafrasi in cui è precisamente ricordata l'*intentio* alternativa in cui si traduceva il rapporto nascente da una *stipulatio* di Stico o dieci, *intentio* che era *certa* perché indicava specificamente, individuandone natura, qualità e quantità, l'oggetto delle prestazioni dovute. L'osservazione del giureconsulto '*sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet*', letteralmente intesa, appare dunque esatta, cioè rispondente alla realtà processuale, con riferimento alle obbligazioni alternative.

La soluzione gaiana non era però tale da soddisfare completamente.

Anzitutto, dal punto di vista strettamente formulare, è chiaro che l'*intentio* alternativa importa una modifica rispetto all'archetipo di *intentio certa*, che rispecchiava un rapporto avente per oggetto una sola prestazione specificamente determinata. Ci sembra a questo proposito significativo il fatto che i giustinianeî, nel ricordare il regime classico e precisamente la costruzione gaiana dell'*intentio* alternativa, che appariva alquanto diversa dal modello di *intentio certa*, ed ancor più dall'*intentio* dell'*actio ex stipulatu incerti*, abbiano creduto trattarsi di una formula nuova, introdotta per le obbligazioni alternative: '*qua de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Sticum aut aureos decem sibi dari oportere*'.

Inoltre, sul piano sostanziale, era proprio vero che da una *stipulatio* di Stico o dieci la prestazione dovuta risultasse specificamente determinata? Nel Digesto è riportato un frammento di Ulpiano in cui si afferma che la *stipulatio* alternativa di Stico o dieci con scelta spettante al debitore deve considerarsi *incerta*.

¹⁰ Cfr. per tutti O. LENEL, *Das Edictum perpetuum* ³, Leipzig, 1927, p. 151 ss. e p. 232 ss., in cui è pure ammessa la possibilità che alla *stipulatio* di un *certum* corrispondessero due azioni a seconda che oggetto della *stipulatio* medesima fosse una *species* ovvero un *genus*.

¹¹ Tale significato è già sottolineato nella Glossa. Tra i romanisti del secolo scorso il F. C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht*, I, Berlin, 1851, p. 388, osservando che la corrispondenza tra *stipulatio certa* ed *intentio incerta*, sarebbe venuta meno, ad esempio, nel caso delle obbligazioni alternative, ha sostenuto che la distinzione tra *stipulationes certae* ed *incertae* aveva un valore più teorico che pratico. Ma il significato processuale della distinzione è stato riaffermato, tra gli altri, dal F. G. PUCHTA, *Institutionen*, Leipzig, 1887, p. 486 e può dirsi oggi indiscussa. Cfr. da ultimo B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano, 1938, p. 136. Gioverà a questo proposito rilevare che D. 45.1.74 è stato ricavato dai libri ad edictum provinciale di Gaio e precisamente dal commento alla rubrica '*si cum eo agatur qui incertum promiserit*' (cfr. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Leipzig, 1889, c. 209 n. 2). Anche D. 45.1.75 di Ulpiano, che inizia con la definizione della *stipulatio incerta*, e D. 12.1.6 di Paolo che pure enuncia la distinzione tra *stipulationes certae* ed *incertae*, fanno parte delle trattazioni elaborate dai due giureconsulti in sede di commento alle rubriche dell'editto, rispettivamente '*si cum eo agatur, qui incertum promiserit*' (cfr. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, c. 547) e '*si certum petetur*' (cfr. LENEL, *Palingenesia*, cit., I, c. 1021).

¹² Sulla distinzione fra *intentio certa* ed *incerta* cfr., per tutti, L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München, 1925, trad. it (cur. R. ORESTANO) – *Istituzioni di procedura civile romana* –, Milano, 1938, p. 136.

D. 45.1.75.8 (Ulp. 22 *ad ed.*): Qui illud aut illud stipulatur, veluti decem vel hominem Stichum, utrum certum an incertum deducat in obligationem, non immerito quaeritur; nam et res certae designantur et utra earum potius praestanda sit, in incerto est. Sed utcumque is, qui sibi electionem constituit adiectis his verbis «utrum ego velim», potest videri certum stipulatus, cum ei liceat vel hominem tantum vel decem tantum intendere sibi dari oportere: qui vero sibi electionem non constituit, incertum stipulatur.

La genuinità del passo è stata sospettata in dottrina¹³; si è voluto per questo trarre argomento proprio da Gaio e dal fatto che questo giureconsulto avrebbe considerato *certa* la *stipulatio* alternativa. Ma l'argomentazione non ci sembra fondata¹⁴, risultando dallo stesso principio del frammento ulpiano che la questione si prestava ad essere discussa: è quindi possibile che i due giureconsulti fossero su questo punto di opinioni diverse¹⁵ almeno quando il diritto di scelta spettasse al debitore. Infatti se la scelta spettava al creditore, questi, posto che le prestazioni alternativamente dovute apparivano specificamente determinate, nel momento stesso in cui agiva individuava quella in effetti dovutagli e l'applicabilità dell'*actio certa* era dunque fuori discussione. Ma se la scelta spettava al debitore, «*utra earum potius praestanda sit, in incerto est*»¹⁶. E se Gaio risolveva ogni difficoltà ammettendo che l'attore inserisse nell'*intentio certa* alternativamente le due prestazioni, entrambe specificamente determinate, Ulpiano invece sottolineando il fatto che, nel momento in cui si instaurava la lite, il creditore non sapeva quale sarebbe stata la prestazione in effetti dovutagli, ben poteva considerare *incerta* la *stipulatio* che stava a fondamento della pretesa.

Gaio quindi, dando maggior peso alla determinazione delle prestazioni risultante «*ex ipsa pronuntiatione*», riteneva ovvio l'adattamento a questa ipotesi della normale *intentio certa*, così come abbiamo più sopra rilevato. Per Ulpiano invece era decisivo il fatto che il creditore potesse o meno agire per una delle due prestazioni. Egli valutava in definitiva la certezza della *stipulatio* al momento in cui aveva inizio la lite, quando cioè si presentava in concreto la necessità di scegliere tra la formula *certa* e quella *incerta*. Ora, è vero che, da questo punto di vista, le ipotesi possibili non si riducono a quelle avanzate nel testo. Poteva darsi infatti che il creditore non facesse uso del suo diritto di scelta: ciò significava implicitamente trasferire al debitore tale diritto e quindi, spettando la scelta al debitore, la *stipulatio* si sarebbe dovuta considerare *incerta*. D'altra parte, se il debitore avesse esercitato il suo diritto ancor prima della *litis contestatio*, la prestazione in effetti dovuta sarebbe stata *certa* e *certa* quindi la *stipulatio* corrispondente. Poteva anche darsi che una o entrambe le prestazioni avessero per oggetto un *incertum*. E' ben possibile quindi che Ulpiano facesse un più lungo discorso e più lunga discussione, che è stata troncata dai giustinianei¹⁷. Comunque le soluzioni prospettate ci sembrano genuine. Pertanto, secondo Ulpiano, che presumibilmente si limitava a considerare l'ipotesi normale, la *stipulatio* alternativa con scelta del debitore era da considerarsi *incerta*; di qui la necessità per il creditore di agire, in quell'ipotesi, con l'*actio ex stipulatu incerti*¹⁸ e non con un'*intentio*

¹³ Cfr. F. VASSALLI, *Miscellanea critica di diritto romano*, in «SUC.», VIII-IX, 1916-17, p. 23.

¹⁴ In particolare non ci pare esatta l'osservazione che, secondo Gaio, in ipotesi di *stipulatio* alternativa era possibile una *pluris petitio causa* che presupponeva, in ogni caso, che l'attore avesse agito con un'*intentio certa*. Infatti la *pluris petitio causa* si verificava quando il creditore chiedeva una sola delle prestazioni dovute (spettando la scelta al debitore), nel qual caso l'*intentio* si configurava necessariamente come *certa*. Ma il problema della redazione della formula si poneva con riguardo al caso in cui il creditore, appunto per non incorrere nella *pluris petitio*, intendeva chiedere (alternativamente) entrambe le prestazioni alternativamente dedotte in *obligatione*.

¹⁵ Risulterà, d'altra parte, dal prosieguo della trattazione come Ulpiano, per distinguere le *stipulationes certae* dalle *incertae*, seguisse un criterio diverso da quello elaborato da Gaio (si veda *infra*, p. 8 s.).

¹⁶ Questa impostazione del problema riflette le incertezze costruttive riguardanti l'oggetto dell'obbligazione alternativa: da un lato può dirsi che le due prestazioni sono in *obligatione*, dall'altro che in *obligatione* è una sola di esse, quella in effetti dovuta, ma che è incerto quale sia. Cfr. per tutti GROSSO, *Obbligazioni*, cit., p.177 ss.

¹⁷ Così GROSSO, *Obbligazioni*, cit., p. 190.

¹⁸ *Contra*, GROSSO, *Obbligazioni*, cit., p. 190, secondo il quale in caso di *stipulatio* alternativa con scelta del debitore, considerata da Ulpiano *incerta*, l'*intentio* sarebbe stata diretta a «*illud aut illud*». In altri termini quel giureconsulto, sostanzialmente d'accordo sul piano processuale con Gaio e con coloro che consideravano *certa* la *stipulatio* suddetta,

alternativa diretta ad «*illud aut illud*», che invece, essendo assimilata almeno da coloro che, come Gaio, ammettevano questa possibilità alle *intentiones certae*, non avrebbe potuto trovare applicazione in caso di *stipulatio* di un *incertum*; a meno che, cosa che noi non riteniamo, già ai tempi di Ulpiano il significato processuale della distinzione si fosse del tutto smarrito e con ciò implicitamente anche l'utilità della distinzione medesima.

Scomparso il processo formulare, in caso di obbligazione alternativa, la *petitio* si deve indirizzare in modo espresso alle due prestazioni alternativamente indicate: la tesi gaiana ritorna ad essere valida, sia pure sotto un profilo diverso, e ben si può affermare con riferimento alla nuova realtà processuale, che il creditore debba «*eodem modo petere quo stipulatus est*».

3. La *stipulatio* di un *genus* poteva essere *certa* od *incerta*: secondo gli esempi adottati da Gaio in D. 45.1.74, era *certa* la *stipulatio* ove taluno stipulasse «*tritici Africi optimi modios centum*» ovvero «*vini Campani optimi amphoras centum*». E ciò perché, secondo il criterio enunciato da quel giureconsulto, in quei casi «*ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit*»: natura, quantità e qualità della prestazione dovuta risultano determinate nel modo più rigoroso e completo possibile¹⁹, sì che al debitore non resta alcun margine di scelta; mentre, in ipotesi di *stipulatio* di cento anfore di vino campano, essendo in *obligatione* un *genus* (vino campano) comprendente svariate qualità, ognuna di queste può essere indifferentemente prestata dal debitore in adempimento dell'obbligazione. In questa ipotesi la *stipulatio* era da considerarsi *incerta*²⁰.

non avrebbe tratto alcuna conseguenza dalla propria costruzione. Ora, una formula contenente l'*intentio* alternativa avrebbe avuto le caratteristiche fondamentali dell'*actio certa*: mancanza di *demonstratio*, impostazione rigida della controversia nello schema «*si paret ... si non paret*», impostazione che presuppone per ragioni di tecnica formulare la determinazione più esatta possibile della pretesa dedotta in giudizio. Pertanto l'*intentio* alternativa, se anche si poteva presentare come *intentio* anomala, era più vicina però a quella *certa* che non a quella *incerta* e non ci sembra quindi di poter condividere l'idea di ARANGIO-RUIZ, *Il processo*, cit., p. 75, che pensa invece ad un adattamento dell'*actio ex stipulatu incerti* al caso della *stipulatio* alternativa. Ciò premesso, appare chiaro che Ulpiano, considerando *incerta* la *stipulatio* alternativa con scelta spettante al debitore, ne deduceva la necessità di far valere in giudizio la relativa pretesa mediante un'*actio incerta*, come tale non concepita alternativamente, ma col «*quidquid dare facere oportet*». E appunto LENEL, *Edictum*, cit., p. 240 nt. 4, trae argomento proprio da D. 45.1.75.8, per negare l'esistenza di una formula con *intentio* diretta a «*illud aut illud*» ignorando tuttavia la possibilità, da noi riconosciuta, che altri giureconsulti, non condividendo l'opinione ulpiana circa l'incertezza della *stipulatio* alternativa con scelta del debitore, ammettessero l'applicabilità di una formula siffatta. Non è peraltro probante in questo senso D. 2.14.27.6, invocato dal GROSSO: «*Sed si stipulatus decem aut Stichum de decem pactus sim et petam Stichum aut decem ...*», perché Paolo, formulando l'ipotesi di una *stipulatio* alternativa con *pactum de non petendo* per una delle prestazioni, presuppone poi che il creditore, non tenendo conto di questo patto, le chieda entrambe. Ma Paolo non dice in quale modo avviene la *petitio*, se cioè con un'*intentio* alternativa ovvero con un'*intentio incerta* diretta al «*quidquid dare facere oportet*». E nemmeno prova, nel medesimo senso, il fatto che Ulpiano in D. 45.1.75.8 affermi, ad un certo punto, «*cum ei liceat vel hominem tantum vel decem tantum intendere sibi dari oportere*», riferendosi egli non già all'*intentio* alternativa, ma alla possibilità per il creditore in caso di scelta a lui spettante, di chiedere, evidentemente con un'*intentio certa*, l'una o l'altra delle due prestazioni.

¹⁹ Secondo il GROSSO, *Obbligazioni*, cit., p. 236 ss., era considerata generica l'obbligazione nascente da *stipulatio* di vino campano della migliore qualità: invero, pur essendo *certa* la qualità della cosa dovuta, la prestazione era pur sempre determinata con riguardo alle caratteristiche che individuano un *genus*, comprendente tutto il vino che corrisponde a quella qualità. *Contra*, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹², Napoli, 1952, p. 414 nt.1.

²⁰ *Contra*, BERETTA, *Qualitas e bonitas*, cit., p. 202 ss., il quale partendo dalla constatazione che nelle fonti letterarie le varietà di vino, frumento, e di altri prodotti erano solitamente designate con riferimento a dati oggettivi, specialmente al luogo di origine, ha ritenuto spurio l'accento alla *bonitas* contenuto in D. 45.1.74 ed in D. 45.1.75.pr.-2, in aggiunta all'indicazione del luogo di origine del vino (campano) e del frumento (africano). E ciò perché secondo il criterio di valutazione economico-sociale corrente e secondo gli usi commerciali, mediante il richiamo al luogo di origine sarebbe stata indicata la *qualitas* di un prodotto e quindi implicitamente anche il suo grado di bontà. Manifestamente erronee sarebbero dunque le affermazioni di Gaio e di Ulpiano secondo cui solo il grano africano ed il vino campano della miglior specie avrebbero potuto costituire oggetto di una *stipulatio certa*, affermazioni queste che peccerebbero inoltre di astrattezza (consona alla mentalità bizantina) in quanto, in realtà, il vino campano comprendeva diverse qualità tutte egualmente pregiate, sì che in definitiva l'indicazione «*optimus*» sarebbe stata priva di

Già abbiamo sottolineato il significato essenzialmente processuale della distinzione tra *certum* ed *incertum*, che si rifletteva nella diversa redazione dell'*intentio* della formula. Ad una *stipulatio certa*, come quella di cento anfore di vino campano ottimo corrispondeva un'*intentio certa*: '*si paret N^m N^m A^o A^o vini Campani optimi amphoras centum dare oportere*'. Ad una *stipulatio incerta*, come quella di cento anfore di vino campano, un'*intentio incerta* nel '*quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet*', preceduta da una *demonstratio*: '*quod A^s A^s de N^o N^o incertum stipulatus est*'²¹.

Ora, proprio facendo leva sulla struttura dell'*intentio incerta* il Beseler, come già abbiamo visto, ha dubitato della genuinità del principio affermato da Gaio al termine di *inst.* 4.53d. Né vale, a nostro avviso, obbiettare che²², parlandosi in un passo corrispondente delle Istituzioni giustinianee di '*vinum Campanum petere*', come di *petitio* che avviene *specialiter* rispetto alla *stipulatio* di vino, parrebbe doversi dedurre che, in quel caso, nonostante l'incertezza della *stipulatio*, l'attore avrebbe potuto affermare nell'*intentio* '*si paret N^m N^m A^o A^o vinum Campanum dare oportere*'. La deduzione non ci sembra fondata in quanto l'espressione '*vinum Campanum specialiter petere*' fa riferimento ad una specifica qualità di vino campano, cioè ad una qualità determinata di quel vino che potrebbe anche non essere la migliore, purché risulti esattamente quale essa sia. Così come Gaio affermando '*veluti si quis purpuram stipulatus sit generaliter, deinde Tyriam specialiter petat*', sottolinea l'incongruenza esistente fra una *stipulatio incerta* qual è quella di una porpora ed un'*intentio certa*, qual è quella che si riferisce ad una qualità specifica della porpora medesima, che può anche essere la peggiore di tutte ('*quin etiam licet vilissimam petat*'), ma pur sempre esattamente e compiutamente determinata.

D'altra parte non crediamo fosse possibile agire con un'*intentio* '*si paret vinum Campanum dare oportere*', seguita da una *condemnatio* nel '*quanti ea res erit*', stante il difetto di struttura di una formula così congegnata, in virtù della quale il giudice avrebbe dovuto valutare in danaro una prestazione che non era specificamente determinata, senza che egli fosse autorizzato a procedere a questa determinazione. Invero l'*'ea res'* della *condemnatio* (si pensi all'archetipo di *intentio incerta*: '*si paret hominem Stichum dare oportere*') faceva riferimento al rapporto obbligatorio enunciato nell'*intentio*, il cui og-

riferimento. Conseguentemente, secondo il Beretta, la formula della *condictio certae rei* sarebbe stata congegnata nei termini seguenti: '*si paret N^m N^m A^o A^o tritici Africi modios centum dare oportere et rel*'.

La tesi non ci sembra persuasiva essendo il frutto di una confusione tra quello che è il significato commerciale dell'indicazione del luogo d'origine di un prodotto, indicazione che indubbiamente serve a designare il maggiore o minore pregio del prodotto medesimo, col grado di determinatezza necessario e sufficiente perché l'oggetto di un'obbligazione nascente da *stipulatio* possa essere considerato certo. Tale grado deve essere il maggiore possibile, secondo un criterio corrente di valutazione economico commerciale. Orbene, se il creditore ha stipulato dieci anfore di vino campano, essendo indiscusso che a tale designazione corrispondono diverse qualità di vino, non importa se migliori o peggiori di altre, ognuna delle quali potrebbe essere indifferentemente prestata dal debitore, l'oggetto dell'obbligazione non risulta affatto compiutamente determinato e tanto meno può ritenersi che la determinazione sia la più precisa possibile: la *stipulatio* di vino campano ha per oggetto un *incertum*. L'equivoco in cui è caduto il Beretta (di cui è traccia già nella Glossa: si veda gl. '*appellatio*' a D. 45.1.75.2 con riferimento al mutuo: '*non ergo dabitur certa condictio de mutuo, nisi ubi optimum mutuatus sit*', equivoco subito dissipato con l'osservazione, '*sed responderi potest in mutuo considerari bonitatem eius quod datur*'), è quello di aver interpretato le definizioni di Gaio e di Ulpiano nel senso che solo la *stipulatio* di vino campano ottimo o di grano africano ottimo potesse essere considerata *certa*, mentre il vocabolo *optimum*, nelle definizioni suddette, designa in astratto una qualità precisa e ben determinata del prodotto, designazione che, in concreto, poteva riferirsi a qualità diversa dall'ottima. Sul terreno processuale poi, l'infondatezza della tesi del Beretta trova la migliore conferma: invero la ricostruzione della formula dell'*actio certa ex stipulatu* da lui proposta, oltre a contrastare nettamente con l'insegnamento del Lenel, appare del tutto improbabile per le ragioni di tecnica formulare indicate nel testo, in cui pure è criticato implicitamente il richiamo che il Beretta fa, a sostegno del proprio assunto, a Gai., *inst.* 4.53d ed a *Iust. inst.* 4.6.33d. Ci limiteremo qui ad osservare che anche nel paradigma dell'*intentio* dell'*actio certa ex stipulatu*, la designazione, necessariamente astratta della prestazione dovuta, esprimeva l'esigenza che la determinazione della prestazione medesima, nel programma concreto di giudizio, fosse la più completa possibile.

²¹) A nostro avviso, in luogo dell'*incertum* del paradigma editale, doveva essere indicato espressamente, nel programma concreto di giudizio, l'oggetto della *stipulatio*. Ci riserviamo di ritornare sull'argomento in uno studio, di prossima pubblicazione, concernente l'istituto della *pluris petitio*.

²²) Cfr. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., p. 244 ss.

getto era rappresentato da una prestazione determinata in tutti i suoi elementi caratteristici, per cui il giudice, dopo aver accertato se tale prestazione era in effetti dovuta, procedeva alla sua valutazione in danaro e quindi alla *condemnatio* nell'importo corrispondente alla valutazione medesima. Ma la formula *certa* non gli affidava punto il compito di stabilire quale fosse la prestazione dovuta e quindi eventualmente di scegliere tra più prestazioni tutte egualmente idonee a liberare il debitore, corrispondendo ognuna di esse a quella dedotta *in obligatione*, con maggiore o minore grado di indeterminazione. Pertanto ove l'«*ea res*» avesse fatto riferimento, come nell'ipotesi più sopra formulata, ad una prestazione di questo genere, sarebbe stata indubbiamente ravvisabile una grave incongruenza tra le due parti della formula²³. Si spiega così, a nostro avviso, l'elaborazione di un tipo di formula *incerta*, la cui *intentio* enunciava, nel modo più elastico possibile, l'oggetto del rapporto obbligatorio dedotto in giudizio.

Beseler ha dunque ragione di ritenere classico il principio della corrispondenza tra incertezza della *stipulatio* ed incertezza dell'*intentio*, ma si tratta proprio del principio che Gaio intendeva porre in risalto, riferendolo però tanto alle stipulazioni alternative quanto alle stipulazioni generiche. Con riguardo alle prime, trattandosi di *stipulatio* di un *certum*, che si traduceva in un'*intentio certa* diretta a «*illud aut illud*», la corrispondenza fra *stipulatio* ed *intentio* risultava essere anche letterale, in quanto i *verba* della *stipulatio*, che individuavano le prestazioni dovute venivano ripetuti nella formula. Con riguardo alle seconde invece, quella corrispondenza si attuava nel senso che l'*intentio* doveva essere *certa* od *incerta* a seconda della certezza od incertezza della *stipulatio*. Ora, ci sembra che Gaio usi termini così generali e comprensivi da esprimere adeguatamente realtà processuali diverse; che sia quindi da respingere un'interpretazione puramente letterale della proposizione sospettata, interpretazione che è d'altra parte quella stessa data dai giustiniani e i quali, riferendosi al processo formulare avente ormai per loro un puro interesse storico, hanno appunto arbitrariamente limitato alle obbligazioni alternative la portata del principio enunciato dal giureconsulto²⁴.

4. Ad una *stipulatio incerta* doveva dunque corrispondere un'*intentio incerta*: il non osservare questa regola poteva, in certi casi²⁵, condurre l'attore alla perdita definitiva della lite in seguito alla *pluris petitio causa*.

Piuttosto potrebbe porsi a questo punto il problema se il principio enunciato da Gaio trovasse applicazione anche nei casi di *stipulatio certa*, nel senso che l'attore dovesse, in quei casi, agire con un'*intentio certa*, o se non gli fosse invece consentito di ricorrere ad un'*intentio incerta*.

²³ Si potrebbe osservare ancora che, ammessa la possibilità di far valere in giudizio con una formula ad *intentio certa* un rapporto obbligatorio avente per oggetto una prestazione non determinata, ma determinabile, la formula col *quidquid* avrebbe finito con lo scomparire del tutto, almeno per le pretese nascenti da *stipulatio*. Per quanto concerne le *condictiones*, occorre qui rilevare come il problema della struttura dell'azione che sarebbe stata concessa per la ripetizione di un *incertum*, se non si esclude con parte della dottrina addirittura l'esistenza, per diritto classico, di un'azione siffatta (la letteratura in tema di *condictio incerti* è imponente: cfr. E. H. KADEN, *Das Schrifttum der Jahre 1950-1953 zur römischen Bereicherungslehre*, in «ZSS.», LXXI, 1954, p. 556 nt. 6) riflette la gravissima difficoltà di includere nello schema «*si paret ... si non paret*» la pretesa dedotta in giudizio. Un'*intentio* nel «*quidquid dare facere oportet*» avrebbe d'altra parte postulato l'esistenza di una *demonstratio*, enunciante il fondamento della pretesa, ma la ricostruzione dell'archetipo edittale di questa *demonstratio* appare pressoché impossibile. Riteniamo pertanto non sia lontano dal vero il LENEL quando pensa (*Edictum*, cit., p. 156 ss.), che nell'editto non fosse proposta alcuna formula per la cosiddetta *condictio incerti*, il cui riconoscimento sarebbe avvenuto semmai ad opera della giurisprudenza.

²⁴ Nella *cognitio extra ordinem* l'azione è diretta a far valere una data pretesa che l'attore è libero di enunciare nei termini che ritiene più opportuni, purché ne sia consentita l'individuazione e purché non sia resa più onerosa, con una domanda esagerata, la posizione del debitore convenuto; questo limite è sanzionato non più dalla perdita definitiva della lite, come avveniva nel processo formulare, ma, in certi casi, mediante una condanna al risarcimento dei danni (cfr. *Iust. inst.* 4.6.33 *if.*). Risulta chiaro pertanto come in ipotesi di *stipulatio* generica il creditore dovesse richiedere il *genus* dedotto *in obligatione* e quindi, praticamente, «*eodem modo petere, quo stipulatus est*».

²⁵ Quando, in ipotesi di obbligazione alternativa con scelta del debitore, il creditore chiedeva una sola delle prestazioni dovute o quando, in ipotesi di obbligazione generica, il creditore chiedeva con un'*intentio certa* anziché il *genus* una *species* (cfr. *Gai., inst.* 4.53a).

Occorre, a nostro avviso, distinguere anzitutto l'ipotesi in cui l'attore enunciava *in iure* la pretesa di un *certum*, da quella in cui pur essendogli dovuto un *certum*, egli avesse preferito agire con la formula *incerta*, affermando falsamente di essere creditore di un *incertum* ²⁶.

Nel primo caso alla enunciazione della pretesa seguiva, come è ovvio, la concessione della formula *certa* corrispondente.

Nel secondo caso invece, essendosi la *litis contestatio* conclusa su di una formula *incerta*, occorre vedere se questa fosse idonea a rispecchiare una pretesa rivelatasi nel corso del processo come avente per oggetto un *certum*. Si pensi ad una *stipulatio* di Stico e ad un attore il quale, magari temendo i rischi di una *pluris petitio causa*, affermi di aver stipulato genericamente uno schiavo. La lite è discussa sulla base di una formula *incerta*, la cui *demonstratio* così suona: *Quod A^s A^s de N^o N^o hominem stipulatus est*. Al giudice risulterà però che l'attore, anziché uno schiavo, ha stipulato lo schiavo Stico; risulterà cioè che la *demonstratio* è falsa e tale da individuare una pretesa, infondata, diversa da quella effettiva.

Il convenuto dovrà essere assolto, ma l'attore potrà agire una seconda volta per la pretesa effettivamente spettantegli, pretesa che non era stata dedotta in giudizio nel precedente processo (*...et hoc est quod dicitur falsa demonstratione rem non perimi*: Gai., *inst.* 4.58) ²⁷. Si pensi a questo proposito che, in ipotesi di compravendita, il compratore di Stico e Panfilo che avesse affermato nella *demonstratio* di aver comprato Stico, secondo Gaio, in ciò contraddetto da altri giureconsulti, avrebbe perso la lite appunto per la falsità della *demonstratio*: eppure si trattava di un giudizio di buona fede che indubbiamente conferiva al giudice poteri più vasti di quelli che il medesimo aveva in caso di *actio ex stipulatu incerti*. Se ne deduce che, almeno secondo Gaio, il principio della corrispondenza tra *stipulatio* ed *intentio* si attuava in tutto il suo rigore ²⁸, così come ispirata ad un rigido e chiaro criterio discrezionale era la distinzione gaiana tra *stipulationes certae* ed *incertae*.

Ma questo criterio, ad un certo momento, subisce una profonda trasformazione. Già è stato rilevato in dottrina ²⁹ come Ulpiano, a differenza di Gaio, tenda alla costruzione di un concetto obbiettivo di *'certum'* desunto non solo dal tenore letterale della *stipulatio*, ma dalla stessa realtà delle cose, per cui la *stipulatio* deve considerarsi *certa*, quando la prestazione che ne costituisce l'oggetto è determinata, *in rerum natura*, in tutti i suoi elementi essenziali. In base a questo criterio è *certa*, secondo Ulpiano, la *stipulatio* di ciò che si trova nel granaio del debitore (cfr. D. 45.1.75.5) ³⁰. Senonché a questa situazione di certezza obbiettiva poteva non corrispondere quella soggettiva dello stipulante, quando questi avesse ignorato o non conosciuto perfettamente quelle circostanze richiamate nella *stipulatio* che consentivano una determinazione *per relationem* della prestazione dovuta. Secondo il cri-

²⁶ E' ovvio che la scelta del tipo di formula competeva al pretore (cfr., anche se il passo fa riferimento ad un'ipotesi diversa dalla nostra, *coll.* 2.6.3: *'certum autem an incertum dicat, cognitio ipsius praetoris est. Demonstrat autem hoc loco praetor non vocem agentis, sed qualem formulam edat'*), né si può prendere in considerazione il caso in cui, ad una esatta descrizione della propria pretesa da parte del creditore, facesse riscontro una erronea scelta, da parte del magistrato, del tipo di formula.

²⁷ Cfr. sul punto, per tutti, O. FISCHER, *Rechtsgeschäftliches Beiwerk (Demonstratio)*, in «Jherings Jahrbücher», XL, 1926, p. 20 ss.

²⁸ In sostanza il principio della corrispondenza tra *stipulatio* ed *intentio* non è che la conseguenza del più generale principio per cui la formula deve rispecchiare esattamente la pretesa dedotta in giudizio, onde si è parlato, a questo proposito, di un onere di precisione gravante sull'attore (cfr. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 442 ss.). Il regolamento della *pluris petitio* è, nel suo complesso, dominato da questa esigenza di precisione che trova nella rigidità e schematicità della formula un'espressione adeguata. All'attore, pertanto, non doveva essere consentito di abusare della formula *incerta*, enunciando in termini generici l'oggetto di una pretesa che invece risultava specificamente determinata. Si potrebbe qui ricordare ancora che, nel campo di diritti reali, la *vindicatio incertae partis*, caratterizzata da un'*intentio incerta*, era ammessa solo in casi eccezionali (cfr. Gai., *inst.* 4.54).

²⁹ Cfr. P. DE FRANCISCI, *Postilla a Inst. Graeca par. III, 15 pr.*, in «Studi S. Perozzi», Palermo, 1925, p. 327 ss.

³⁰ Nello stesso ordine di idee Ulpiano, in D. 18.1.7.1, considera *certum* il prezzo di una compravendita pattuito dalle parti con riferimento a circostanze obbiettivamente certe, quali il prezzo pattuito a suo tempo dall'attuale venditore per comprare la stessa merce ovvero la quantità di danaro custodita nella cassaforte del compratore (*'quanti tu eum emisti, quantum pretii in arca habeo'*).

terio gaiano certezza obbiettiva e certezza soggettiva coincidevano necessariamente, secondo il criterio ulpiano invece tale coincidenza poteva in qualche caso venir meno³¹.

Onde da un lato si davano casi in cui la collocazione della *stipulatio* nella categoria del *certum* o dell'*incertum* dava luogo a gravi difficoltà³²; dall'altro si poneva, in ipotesi di incertezza soggettiva, il problema processuale: con quale formula avrebbe dovuto agire il creditore da *stipulatio* obbiettivamente *certa* il quale avesse ignorato o la qualità o la quantità o entrambe le caratteristiche della prestazione dovuta? Evidentemente ove non fosse riuscito, prima del processo, a rendersi edotto in proposito, non avrebbe potuto che chiedere la concessione della formula *incerta* con un'*intentio* indeterminata, preceduta da una *demonstratio* che individuava esattamente la fattispecie concreta in base alla quale si deduceva in giudizio un rapporto obbligatorio avente obbiettivamente per oggetto un *certum*. E' a questo punto che il principio della corrispondenza fra *stipulatio* ed *intentio* comincia, a nostro avviso, a tollerare eccezioni. Che lo sviluppo successivo sia stato nel senso di ammettere un impiego più vasto della formula *incerta* anche in ipotesi di *stipulatio certa* è cosa che non può essere affermata con sicurezza. Comunque dovette essere sempre più sentita l'esigenza di ovviare agli inconvenienti derivanti dalla rigidità della formula (si pensi al regolamento della *pluris petitio*): ora, la formula *incerta* permetteva, in molti casi, di soddisfare a questa esigenza, concedendo al giudice una maggior ampiezza di poteri anche per quanto concerneva l'identificazione e l'accertamento della pretesa dedotta in giudizio; ci sembra quindi probabile che l'applicabilità di quella formula sia stata ammessa con sempre maggiore frequenza³³.

³¹) Il fatto che l'autore della Parafraresi in *inst. par.* 3.15.pr. consideri *incerta* la *stipulatio* di ciò che si trova nel granaio del debitore, non dipende, a nostro avviso, da una confusione tra certezza soggettiva e certezza oggettiva, così come sostiene il C. FERRINI, *Delle origini della Parafraresi greca delle Istituzioni*, ora in *Opere*, I, Milano, 1929, p. 119. E' probabile invece che il parafraste, per distinguere le *stipulationes certae* dalle *incertae*, seguisse il criterio gaiano, per cui '*certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit*', nel qual caso certezza oggettiva e soggettiva coincidono necessariamente. In applicazione di questo criterio, la *stipulatio* di ciò che è nel granaio del debitore doveva essere considerata *incerta*. Secondo il P. BERETTA, *Sulle formule da stipulazione fideiussoria e novatoria*, in «*Scritti C. Ferrini*», I, Milano, 1947, p. 99 s., l'autore della Parafraresi in *inst. par.* 3.15.pr., avrebbe espresso il pensiero dei giustinianeî; il criterio di distinzione fra *stipulationes certae* ed *incertae* sarebbe rimasto immutato per tutta l'epoca classica. Ma non ci sembra sia buon argomento a sostegno di questa tesi il richiamo a Pedio, contenuto in D. 12.1.6 di Paolo: '*Certum est, cuius species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo aut ea demonstratione, quae nominis vice fungitur qualis quantaque sit ostenditur. nam et Pedius libro primo de stipulationibus nihil referre ait, proprio nomine res appelletur an digito ostendatur an vocabulis quibusdam demonstratur: [quatenus mutua vice fungantur, quae tantundem praestent]*'. Secondo il Beretta il criterio discretivo tra *stipulationes certae* ed *incertae* accolto da Paolo sarebbe già stato enunciato da Pedio e l'*ex ipsa pronuntiatione*' contenuto in D. 45.1.74 non sarebbe genuino. Basterà tuttavia osservare che l'*ostenditur*' nel passo di Paolo fa riferimento ad una certezza che si manifestava alle parti contraenti pur attraverso mezzi diversi di individuazione della prestazione dovuta. Siamo sempre nel campo della certezza soggettiva che coincide necessariamente con quella oggettiva. Con ciò non si dimostra affatto che Ulpiano non sia giunto ad una elaborazione dei concetti di *certum* e di *incertum* diversa da quella gaiana. D'altra parte si potrebbe osservare che Pedio e sulle sue orme Paolo, a differenza di Gaio, non richiedevano che il '*quid quale quantumque sit*' risultassero direttamente '*ex ipsa pronuntiatione*', cioè dai *verba* della *stipulatio*, ricollegando piuttosto la certezza della *stipulatio* medesima al fatto che le parti, nel momento stesso della conclusione del contratto, fossero in condizione di conoscere perfettamente qualità e quantità della prestazione dovuta.

³²) Si pensi all'ipotesi formulata da Ulpiano in D. 45.1.75.6, in cui la *stipulatio* di ciò che Seio mi deve è considerata *incerta* anche se Seio è debitore di un *certum*. BERETTA, *Sulle formule*, cit., p. 99 pensa che il brano sia interpolato. Noi siamo propensi invece a ritenere col C. FERRINI, *Sul «dies incertus» nei legati*, ora in *Opere*, IV, Milano, 1930, p. 337, che la soluzione prospettata nel testo sia genuina. Una volta abbandonato il rigido criterio di distinzione seguito da Gaio, considerazioni di vario genere potevano influire sulla decisione, nelle singole concrete ipotesi, riguardante la certezza od incertezza della *stipulatio*. Per quanto concerne il caso formulato in D. 45.1.75.6 la ragione del decidere potrebbe essere quella già adottata dall'ACCARIAS, *Précis*, cit., II, p. 65 nt. 2, in relazione alla possibilità di contestazioni sull'esistenza e sull'ammontare del credito preteso dallo stipulante.

³³) Tale sviluppo si presenta in un certo senso parallelo al progressivo ampliarsi della categoria dei giudizi di buona fede.