

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO  
SAGGI

---

Valentina Casella

LA TRASMISSIBILITÀ  
EREDITARIA  
DELLA STIPULATIO

— Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto —

ISBN 978-88-7916-797-0 - ISSN 2499-6491

Copyright 2018

*LED* Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

Via Cervignano 4 - 20137 Milano

Catalogo: [www.lededizioni.com](http://www.lededizioni.com)

I diritti di riproduzione, memorizzazione elettronica e pubblicazione con qualsiasi mezzo analogico o digitale (comprese le copie fotostatiche e l'inserimento in banche dati) e i diritti di traduzione e di adattamento totale o parziale sono riservati per tutti i paesi.

---

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da: AIDRO, Corso di Porta Romana n. 108 - 20122 Milano  
E-mail [segreteria@aidro.org](mailto:segreteria@aidro.org) <<mailto:segreteria@aidro.org>>  
sito web [www.aidro.org](http://www.aidro.org) <<http://www.aidro.org/>>

---

Le spese per il servizio di pubblicazione sono state sostenute dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino

*In copertina:*

Particolare di manufatto Wedgwood (prima metà del XX secolo)

Collezione privata

*Stampa:* Andersen Spa

Introduzione .....	p.	11
--------------------	----	----

## I

### Il regime classico della trasmissibilità ereditaria delle stipulazioni *in dando e in faciendo*

1. La diversa trasmissibilità ereditaria della <i>stipulatio in dando e in faciendo</i> .....	p.	15
2. La trasmissibilità attiva della <i>stipulatio in faciendo</i> .....	”	28
3. La trasmissibilità passiva della <i>stipulatio in faciendo</i> .....	”	30
4. Stipulazioni assolutamente intrasmissibili .....	”	55
5. Testi che sembrano smentire la ricostruzione finora tracciata .....	”	59
5.1. Testi solo apparentemente attinenti alla questione della trasmissibilità delle stipulazioni <i>in faciendo</i> .....	”	60
5.2. <i>Mentio heredis</i> in stipulazioni <i>in dando</i> .....	”	62
5.3. Testi in cui è attribuita la trasmissibilità a stipulazioni <i>in (non) faciendo</i> prive di <i>mentio heredis</i> .....	”	64
6. Considerazioni conclusive .....	”	108

## II

### Il ricorso alla *stipulatio poenae*

1. Le stipulazioni penali .....	p.	115
2. L'applicazione della <i>stipulatio poenae</i> alle stipulazioni <i>in faciendo</i> ..	”	122

**III**

**La presumibile portata della riforma giustiniana**

1. Giustiniano e la <i>stipulatio</i> , Giustiniano e l' <i>antiquitas</i> .....	p.	131
2. La costituzione C.I. 8.37.13 .....	”	136
Conclusioni .....	p.	143
Indice delle fonti .....	p.	147
Indice degli Autori .....	”	153

*La trasmissibilità ereditaria  
della stipulatio*



*A Pietro Cobetto Gbiggia*





## Introduzione

Una classificazione già romana delle stipulazioni le suddivide in stipulazioni *in dando*, aventi a oggetto il trasferimento o la costituzione della proprietà o di un altro diritto reale, e stipulazioni *in faciendo*, categoria residuale che prevede una prestazione di diversa natura, consistente in un'attività di fatto. Tra queste ultime è poi possibile discernere le stipulazioni *in non faciendo*, aventi per contenuto un obbligo negativo<sup>1</sup>.

Tale ripartizione rileva, come si vedrà, anche ai fini della trasmissibilità agli eredi delle obbligazioni nascenti da *stipulatio*, oggetto dell'indagine svolta nel presente studio.

Al problema si è interessata una non particolarmente copiosa e piuttosto risalente dottrina<sup>2</sup> fino ai recenti studi di Resina Sola<sup>3</sup> e, soprattutto, di Finkenauer<sup>4</sup>, la cui lettura originale ha superato alcuni problemi metodologi-

---

<sup>1</sup>) Su questa distinzione, si vedano G. SCHERILLO, *La trasmissibilità della stipulatio in faciendo*, in «BIDR.», XXXVI, 1928, p. 29 ss., ora in *Scritti giuridici*, II.2, *Studi di diritto romano*, Milano-Bologna, 1995, p. 337 ss., G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*<sup>3</sup>, Torino, 1966, p. 157 s., B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale (corso di lezioni)*, Milano, 1954, p. 93, P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*<sup>2</sup>, I, Milano, 1967, p. 221, P. RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio. La transmisibilidad hereditaria de las stipulationes*, in «Estudios B.M. Reimundo Yanes» (cur. A. Murillo Villar), II, Burgos, 2000, p. 279 s. nt. 4, e TH. FINKENAUER, *Verehrlichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Tübingen, 2010, p. 3 s.

<sup>2</sup>) F.E. VASSALLI, *'Dies vel condicio'. Lineamenti della dottrina romana della condizione*, in «BIDR.», XXVII, 1915, p. 192 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, *Studi di diritto matrimoniale. Studi sulla dottrina della condizione*, Milano, 1960, p. 223 ss., ID., *L'origine della trasmissibilità ereditaria dei crediti e dei debiti condizionali*, in «RISG.», LVI, 1915, p. 195 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 303 ss., G. VON BESELER, *Romanistische Studien. Unteilbare Obligationen*, in «ZSS.», XLVI, 1926, p. 89 ss., V. KOROŠEC, *Die Erbenhaftung nach römischem Recht*, Leipzig, 1927, p. 66 ss., SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 337 ss., P. BONFANTE, *Sulla trasmissibilità ereditaria delle obbligazioni nell'antico diritto romano*, in «AG.», C, 1928, p. 129 ss., F. DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali*, I, Napoli, 1937, p. 28 s., BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 92 ss., VOGLI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 221 ss., e A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1966, p. 69 ss.

<sup>3</sup>) RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 279 ss.

<sup>4</sup>) FINKENAUER, *Verehrlichkeit und Drittwirkungen*, cit., e rec. di C.A. CANNATA, in

ci delle ricostruzioni precedenti e si spiega per buona parte di un'intera monografia.

Come il lettore potrà constatare, la scrivente condivide molte delle posizioni interpretative e il generale approccio ai testi dell'acuto studioso tedesco, dubbioso verso soluzioni disinvoltamente interpolazionistiche, ma proporrà una congettura di segno opposto a quella da lui avanzata per colmare la mancanza di fonti riguardanti le stipulazioni di *facere* attivo.

Giova preliminarmente osservare che la questione della trasmissibilità attiene al trapasso delle obbligazioni nascenti dal contratto e non della responsabilità sorta in forza di esso, che costituisce un tema logicamente e dogmaticamente diverso e non particolarmente controverso<sup>5</sup>. Per maggiore brevità espositiva e per rimarcare questa differenza, si parlerà quindi di trasmissibilità «del contratto» o «della stipulazione», per specificare il subentro dell'erede nel rapporto di debito-credito originariamente sorto in capo allo stipulante o al promittente a cui succede.

A livello metodologico, oltre a quanto già anticipato circa la prudenza nel negare l'autenticità dei testi, si tenterà di ricostruire attraverso la documentazione disponibile un quadro per quanto più possibile completo, nonostante il suddetto silenzio proprio sul cuore della materia e la mancanza di un'esplicita e chiara enunciazione nei lacerti del Digesto di una regola generale: a tal fine, è apparso indispensabile uno sforzo di coordinamento accompagnato dalla necessaria formulazione di ipotesi il più possibile sostenute e suggerite dagli indizi ricavabili dai testi esaminati.

Il discorso sarà scandito in tre parti, di estensione ben diversa. La prima è infatti inevitabilmente più ampia, perché ospita l'inquadramento della questione principale, ossia un tentativo di ricostruzione del regime classico della trasmissibilità delle stipulazioni *in dando* e *in faciendo*. Una volta chiarita la diversità di disciplina (§ I.1), sarà esaminata nel dettaglio la trasmissibilità delle seconde, prima dal versante attivo (§ I.2), poi dal lato passivo (§ I.3), tentando in particolare di comprendere quali effetti e finalità rivestisse in tali contratti la menzione degli eredi. Un apposito paragrafo si incentrerà poi sulle stipulazioni assolutamente intrasmissibili (§ I.4).

Saranno in seguito analizzati dei testi che a prima vista sembrano smentire la ricostruzione fino a quel punto tracciata; una volta sgombrato il campo da quelli solo apparentemente attinenti alla questione della trasmissibilità delle stipulazioni *in faciendo* (§ I.5.1), si avrà riguardo alle ipotesi di *mentio*

---

«Iura», LXI, 2013, p. 294 ss.

<sup>5</sup>) BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 93.

*heredis* in stipulazioni *in dando* (§ I.5.2) e, soprattutto, alle testimonianze in cui è attribuita la trasmissibilità a stipulazioni *in faciendo* prive di *mentio heredis* (§ I.5.3). Alcune considerazioni conclusive faranno il punto su quanto emerso dall'indagine sulle fonti (§ I.5.4).

Una seconda parte sarà poi dedicata alla prassi della *stipulatio poenae*, brevemente delineata nei suoi caratteri essenziali (§ II.1) e osservata dunque in applicazione alla *stipulatio in faciendo* (§ II.2), al fine di verificarne le ricadute sulla trasmissibilità del contratto.

La terza parte, incentrata sulla riforma giustiniana della materia, non è che la logica conseguenza di quanto evinto dallo studio che la precede, poiché la sua portata innovativa può ovviamente valutarsi soltanto avendo presenti i risultati della ricerca sul diritto classico. Dopo un inquadramento della costituzione C.I. 8.37.13 entro la legislazione coeva sulla *stipulatio* e alcune osservazioni sull'atteggiamento dell'imperatore verso l'*antiquitas* (§ III.1), il dettato legislativo sarà puntualmente esaminato nel suo rapporto con il precedente regime giuridico, nel suo stile retorico e nella sua plausibile efficacia (§ III.2).

Oltre a chiudere lo studio, la medesima costituzione sarà presa in considerazione fin dal primo paragrafo, non certo al fine di proporre un percorso argomentativo circolare in veste di artificiosa *Ringkomposition*, quanto piuttosto poiché essa offre una – per quanto ellittica – visione d'insieme sulla materia, essendo espressamente rivolta a regolarla e, quindi, a considerarla nella sua interezza anziché in forma casistica. Proprio questo approccio delle fonti tramandateci nel Digesto rende più difficoltoso lo sforzo di dedurre delle regole generali, unitamente alla consapevolezza dell'attività di selezione dei testi da parte dei commissari e al loro coordinamento con la riforma imperiale.

Nonostante siffatti limiti della documentazione, è parso al contempo particolarmente interessante proprio il suo marcato orientamento pratico, che unitamente ai veri e propri contratti pervenutici offre un affascinante scorcio di «law in action» con riguardo a un negozio di contenuto pressoché libero e di larghissimo impiego quale la *stipulatio*.



# I.

## *Il regime classico della trasmissibilità ereditaria delle stipulazioni in dando e in faciendo*

### *1. La diversa trasmissibilità ereditaria della stipulatio in dando e in faciendo*

Non vi è in dottrina chi dubiti che il diritto romano avrebbe considerato la *stipulatio in dando* trasmissibile per via ereditaria, benché il principio non sia espressamente enunciato dalle fonti.

In generale, infatti, fino a Giustiniano l'obbligazione di *dare* sarebbe stata ritenuta perpetua, ossia non limitabile temporalmente alla vita del debitore o del creditore<sup>6</sup>; di conseguenza, i giurisperiti postulano la suddetta trasmissibilità senza neppure soffermarvisi, come regola scontata e su cui non occorre dibattere.

Ad esempio, Venuleio la presuppone dal lato attivo nel concentrarsi sulla questione della divisibilità tra i coeredi:

D. 45.1.137.8 (Venul. 1 *stipul.*): Praeterea sciendum est, quod dari stipulemur, non posse nos uni ex heredibus adquiri, sed necesse esse omnibus adquiri: at cum quid fieri stipulemur, etiam unius personam recte comprehendendi.

L'autore asserisce che il credito nascente da un'obbligazione di *dare* si sarebbe *ipso iure* diviso tra i coeredi<sup>7</sup>, mentre diverso sarebbe stato il regime delle sti-

---

<sup>6</sup>) Giustiniano ammise la durata temporanea dell'obbligazione di *dare* con la costituzione C.I. 6.37.26 del 532: cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, S. PULLATTI, A. LOVATO, *Diritto privato romano*<sup>2</sup>, Torino, 2017, p. 590.

<sup>7</sup>) Si vedano H. LÉVY-BRUHL, *Deux corrections de texte*, in «RHD.», XVII, 1938, p. 461 s., BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 93, G. PROVERA, *Servitù prediali ed obbligazioni 'propter rem'*, in «Studi E. Volterra», II, Milano, 1971, RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*,

pulazioni *in faciendo*, su cui ci si soffermerà in seguito: da tale dato si può inferire dunque che le stipulazioni *in dando* sarebbero trapassate agli eredi immediatamente, stante la loro immediata e inderogabile divisione<sup>8</sup>.

A ulteriore conferma di siffatto automatismo è altresì attestato il ricorso all'apposita precisazione '*quoad vivam*' per limitare temporalmente alla vita dello stipulante l'obbligazione del promittente: così come qualora le parti avessero concordato un termine del tipo '*usque in kalendas*', il promittente avrebbe però potuto opporre all'erede soltanto una *exceptio pacti conventi*, in maniera del tutto analoga all'ipotesi in cui il medesimo creditore si fosse impegnato a non pretendere l'esecuzione della prestazione<sup>9</sup>:

D. 45.1.56.4 (Iul. 52 *dig.*): Qui ita stipulatur: 'decem, quoad vivam, dari spondes?', confestim decem recte dari petit: sed heres eius exceptione pacti conventi summovendus est: nam stipulatorem id egisse, ne heres eius peteret, palam est, quemadmodum is, qui usque in kalendas dari stipulatur, potest quidem etiam post kalendas petere, sed exceptione pacti summovetur. Nam et heres eius, cui servitus praedii ita concessa est, ut, quoad viveret, ius eundi haberet, pacti conventi exceptione submovebitur.

Sul versante passivo, parimenti, le *stipulationes in dando* sono considerate certamente trasmissibili dalle fonti, che si pongono direttamente il problema della divisibilità dell'obbligazione tra più coeredi senza manifestare alcun dubbio a monte sul trapasso del contratto a costoro:

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

§ 1: Et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur: quaedam non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam iter actum stipulamur: quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationis satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor aut lancem aut quodlibet vas: nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed

---

cit., p. 285 nt. 27, e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 25 ss.

<sup>8</sup>) Cfr. A. DE FRANCESCO, *Note sulle obbligazioni del venditore nella compravendita di servitù*, in «La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano» (cur. L. Garofalo), Padova, 2007, I, p. 325, e RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 289.

<sup>9</sup>) Cfr. FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 27 ss. Con riferimento alla possibilità di costituire una servitù con termine finale prospettata da Giuliano, cfr. PROVERA, *Servitù prediali*, cit., p. 12. Sull'*exceptio pacti conventi* ammessa contro l'azione degli eredi dello stipulante, si vedano U. BABUSIAUX, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, München, 2006, p. 125 s., e A. BURDESE, *L'eccezione di dolo generale in rapporto alle altre eccezioni*, in «Diritto @ Storia», V, 2006.

aut statim repeti potest aut in pendentibus est, donec alius detur. Eiusdem conditionis est haec stipulatio: 'Stichum aut Pamphilum dari?'

§ 2: Ex his igitur stipulationibus ne heredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quamdiu non eandem rem omnes dederint: non enim ex persona heredum condicio obligationis immutatur. Et ideo si divisionem res promissa non recipit, veluti via, heredes promissoris singuli in solidum tenentur: sed quo casu unus ex heredibus solidum praestiterit, repetitionem habebit a coerede familiae eriscundae iudicio. Ex quo quidem accidere Pomponius ait, ut et stipulatoris viae vel itineris heredes singuli in solidum habeant actionem: sed quidam hoc casu extingui stipulationem putant, quia per singulos adquiri servitus non potest: sed non facit inutilem stipulationem difficultas praestationis.

Nel primo paragrafo, in particolare, è addotto come tipico esempio di stipulazione indivisibile per impossibilità materiale quella in ambito di *iter* e *actus* e, nel prospettare il caso della morte del promittente, Paolo neppure precisa il passaggio logico della trasmissibilità dell'obbligazione agli eredi, parlando immediatamente del problema della solidarietà tra costoro<sup>10</sup>.

Il giurista introduce il discorso tracciando la distinzione tra stipulazioni *in faciendo* e stipulazioni *in dando*, ma non si sofferma sul diverso regime di trasmissibilità *mortis causa*, per concentrarsi invece sulla specifica categoria delle obbligazioni di *dare* e sulla loro divisibilità, prima di affrontare la questione della solidarietà tra gli eredi del promittente<sup>11</sup>.

E' altresì rigettata da Paolo l'opinione secondo la quale l'obbligazione dovrebbe estinguersi poiché non sarebbe possibile acquistare l'intera servitù dai singoli coeredi, ma l'esistenza di questa posizione giurisprudenziale non

---

<sup>10</sup>) Cfr. A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, I, Palermo, 1921, ed. anast. Roma, 1972, p. 46 ss., P. BONFANTE, *La solidarietà classica delle obbligazioni indivisibili*, in *Scritti giuridici varii*, III, *Obbligazioni comunione e possesso*, Torino, 1926, p. 373, FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 182 ss., J.D. HARKE, *Die Wurzel der Gesamtabligation im römischen Recht*, in «Drittbeteiligung am Schuldverhältnis. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts» (cur. J.D. Harke), Berlin, 2010, p. 8 ss., e A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen: Eine Neubestimmung unter aktionenrechtlichen Aspekten*<sup>2</sup>, München, 2014, p. 192, che pone in relazione D. 10.2.25.9-10 proprio con D. 45.1.2.1-2.

<sup>11</sup>) Sul ragionamento di Paolo, si vedano A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar, 1912, p. 123 s., 138, 148, S. SOLAZZI, *Stipulazioni di servitù prediali*, in «Iura», V, 1954, ora in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, p. 556 ss., VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 224 e 733, C.A. CANNATA, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e sulla 'culpa debitoris' nelle obbligazioni da 'stipulatio in dando'*, in «SDHL», XXXII, 1966, p. 67 nt. 1 e p. 69 nt. 16, M. KASER, *Die Stipulationsklausel 'quanti ea res erit'*, in «ZSS», XC, 1973, p. 194 nt. 57, E. STOLFI, *Studi sui Libri ad edictum di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, Milano, 2002, p. 369 e nt. 231, e L. D'AMATI, *La compravendita della 'res in potestate hostium'*, in «La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni», cit., I, p. 393 ss., ora in «Fides Humanitas Ius. Studi L. Labruna», II, Napoli, 2007, p. 1329 ss.

sembra mettere in dubbio la regola generale della trasmissibilità automatica all'erede delle stipulazioni *in dando*, poiché attiene anch'essa al diverso problema della divisibilità dell'obbligazione e non ne impedirebbe il trapasso nell'ipotesi di un solo erede.

Al contrario, la trasmissibilità ereditaria delle *stipulationes in faciendo* avrebbe seguito un differente regime<sup>12</sup>, che probabilmente si sarebbe in origine fondato sul carattere personalissimo della prestazione o, quanto meno, sul maggior ruolo giocato dalla persona del debitore. L'adempimento da parte dell'erede, infatti, avrebbe potuto non soddisfare l'interesse del creditore allo stesso grado dell'adempimento da parte del promittente originario<sup>13</sup>.

Confermerebbero tale ricostruzione la persistenza in diritto classico della regola dell'intrasmissibilità dell'obbligazione nel caso di infungibilità di quest'ultima<sup>14</sup> e il riferimento alla natura personale delle obbligazioni di *facere* tracciato da Giustiniano nell'atto di sancire per costituzione la trasmissibilità di tutte le stipulazioni<sup>15</sup>:

C.I. 8.37.13.pr. (Imp. Iustinianus A. Iuliano p.p.): Veteris iuris altercationes decedentes generaliter sancimus omnem stipulationem, sive in dando, sive in faciendo, sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et ad heredes et contra heredes transmitti, sive specialis heredum fiat mentio, sive non; cur enim, quod in principalibus personis iustum est, non ad heredes et adversus eos transmittatur?

§ 1: Et sic existimentur huiusmodi stipulationes, quasi tantummodo in dandum fuerant conceptae, cum nihilo minus et heredes factum possint adimplere: illa subtili et supervacua scrupolositate explosa, per quam putabant non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est.

§ 2: Et quare, cum paene similis omnium natura est, non et facta omnes vel plus vel paulo minus adimplere possint, ne ex huiusmodi subtilitate cadant hominum voluntates? D.K. Aug. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons. (a. 530)<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> KOROŠEC, *Die Erbenhaftung*, cit., p. 69 ss., reputa che la trasmissibilità automatica agli eredi delle stipulazioni *in dando* si sarebbe affermata senza particolari difficoltà a partire da una originaria intrasmissibilità generale delle obbligazioni. Tale postulato è rifiutato invece da SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 337 ss., per mancanza di prove affidabili.

<sup>13</sup> KOROŠEC, *Die Erbenhaftung*, cit., p. 67, insiste sul punto con particolare energia. Si vedano anche F. PASTORI, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano, 1961, p. 133, ID., *Il negozio verbale in diritto romano*, Bologna, 1994, p. 147, e F.J. CASINOS MORA, *De hereditate petitione. Estudios sobre el significado y contenido de la herencia y su reclamación en derecho romano*, Madrid, 2006, p. 63.

<sup>14</sup> Cfr. SCHERILLO, *La trasmissibilità*, p. 337 ss., nonché *infra*, § I.4.

<sup>15</sup> PASTORI, *Appunti*, cit., p. 131, e ID., *Il negozio*, cit., p. 145.

<sup>16</sup> Della costituzione si parlerà anche *infra*, § III.1, ma si vedano sin d'ora C.A. MASCHI, *Contributi allo studio delle servitù pretorie*, in «BIDR.», XLVI, 1939, p. 285 nt. 42, PASTORI, *Appunti*, cit., p. 3 ss., K.H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch ei-*



In tale costituzione, che avrebbe preceduto di quattro mesi e mezzo la più famosa *Deo auctore*<sup>17</sup>, l'imperatore dà conto dell'esistenza di *altercationes* tra i giuristi sulla questione della trasmissibilità agli eredi delle *stipulationes in faciendo*. Con riguardo a queste ultime, nel dettaglio, la disposizione attesta che in età classica qualcuno ne avrebbe negato recisamente la trasmissibilità, sulla base del principio secondo cui *'non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est'*.

Il legislatore fa però riferimento anche alla prassi di ricorrere a una espressa clausola in cui, oltre al fatto proprio, si promette altresì il fatto positivo o negativo dell'erede (*'sive specialis heredum fiat mentio, sive non'*)<sup>18</sup>, sulla quale ci è pervenuta una documentazione piuttosto consistente<sup>19</sup>. Il principio di assoluta personalità del vincolo obbligatorio, infatti, sarebbe stato attenuato in diritto classico in relazione all'erede, che in forza della successione non sarebbe stato considerato alla pari di un terzo qualsiasi<sup>20</sup>.

In particolare, nel caso delle stipulazioni di *dare*, la trasmissibilità all'erede sarebbe stata più facilmente giustificabile con il suo subentro nella complessiva posizione giuridico-patrimoniale del defunto<sup>21</sup>, mentre con riguardo alle

---

*ner Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz, 1966, p. 305 ss. (con rec. di R. BONINI, in «SDHL», XXXIII, 1967, p. 460 ss.), P.B. ANGIUSSOLA, *L'Europa e il suo diritto*, I, *Premessa romana*, Firenze, 1967, p. 139, G.L. FALCHI, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di leges e iura*, in «SDHL», LIX, 1993, p. 44, RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 279 s., F. MAZZARELLA, *Riflessioni sulle radici storiche del principio di ragionevolezza*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXXVII, 2004, p. 126, CASINOS MORA, *De hereditate petitione*, cit., p. 62 s., e G. BASANELLI SOMMARIVA, *Lezioni di diritto privato romano*, III, *Istituzioni*, Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 206.

<sup>17</sup> KOROŠEC, *Die Erbenhaftung*, cit., p. 66.

<sup>18</sup> Ad esempio, un'attestazione dell'espedito è contenuta in D. 50.16.29 (Paul. 66 ad ed.): *'Coniunctionem enim nonnumquam pro disiunctione accipi Labeo ait: ut in illa stipulatione 'mibi heredique meo te heredemque tuum'*. Si veda più diffusamente *infra*, § I.2.

<sup>19</sup> E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*<sup>2</sup>, Milano, 1955, p. 59 ss., ritiene che in tali *stipulationes* sopravvivesse l'originario principio di stretta personalità dell'obbligazione, così come nella regola dell'impossibilità di obbligarsi mediante *stipulatio* per dopo la propria morte. KOROŠEC, *Die Erbenhaftung*, cit., p. 69, sottolinea invece l'esistenza della medesima prassi nell'arcaico diritto tedesco e anglosassone. Il primo studioso, *op. cit.*, p. 61, rileva inoltre l'analogia della clausola con quella del *Codex Diplomaticus Cavensis*, II, n. 213 e la *convenientia* cui fa riferimento l'*Edictum Ainstulphi*, 16, riportate da A. HEUSLER, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, I, Leipzig, 1885, p. 60 e II, Leipzig, 1886, p. 548 nt. 15, e da E. DE ROZIÈRE, *Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs du V<sup>e</sup> au X<sup>e</sup> siècle*, I, Paris, 1859, p. 463 n. CCCLXVIII. La portata giuridica delle clausole sarebbe stata quella di operare il trapasso dell'obbligazione all'erede o a uno tra i coeredi.

<sup>20</sup> PASTORI, *Appunti*, cit., p. 128 ss., e ID., *Il negozio*, cit., p. 142 ss.

<sup>21</sup> FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 23 s., pone in relazione la

stipulazioni di *facere* si sarebbe determinata un'apparente situazione di '*obligationem incipere*' in capo al successore, notoriamente vietata: infatti è stato sostenuto che la questione della trasmissibilità ereditaria di tali stipulazioni avrebbe involto il principio '*inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem*', espresso da Gai., *inst.* 3.100 con riferimento alle stipulazioni e in *inst.* 3.158 con riguardo al mandato<sup>22</sup>:

Gai., *inst.* 3.100: Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: 'Post mortem mea dari spondes?' vel ita: 'Post mortem tuam dari spondes?' valet autem, si quis ita dari stipuletur: 'Cum moriar, dari spondes?' vel ita: 'Cum morieris, dari spondes?' id est, ut in novissimum vitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur: nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem. Rursum ita stipulari non possumus: 'Pridie quam moriar, aut pridie quam morieris, dari spondes?' quia non potest aliter intellegi 'Pridie quam aliquis morietur' quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum reducitur stipulatio et quodam modo talis est: 'Heredi meo dari spondes?'.

---

trasmissibilità ereditaria delle stipulazioni *in dando* con il precetto delle XII tavole (tab. V.9: '*nomina hereditaria ipso iure dividuntur*') della successione degli eredi per quote nei debiti e nei crediti del *de cuius*. Quanto invece all'epoca predecemvirale, lo studioso ritiene (p. 33) che i crediti e i debiti nascenti da *stipulatio* non fossero originariamente ereditabili, ma lo fossero divenuti attraverso l'inserzione di clausole simili a quelle impiegate in età classica per le stipulazioni *in faciendo* e poi cadute in disuso.

<sup>22</sup> PASTORI, *Appunti*, cit., p. 132, e ID., *Il negozio*, cit., p. 146. Sul principio gaiano, si vedano J.L.E. ORTOLAN, *Spiegazione storica delle Istituzioni dell'imperatore Giustiniano*<sup>2</sup>, II, Napoli, 1856, p. 126, E. MASSA, *I contratti a favore o a carico dei terzi secondo il diritto romano*, in «AG.», L, 1893, p. 361, R. DE RUGGIERO, *Il 'dies impossibilis' nei contratti e nei testamenti. Saggio sulla teoria del 'dies' in diritto romano*, in «BIDR.», XV, 1903, p. 47, L. COVIELLO, *Il 'mandatum post mortem'*, in «Rivista di diritto civile», XXII, 1930, p. 5, S. SOLAZZI, *Sull'obbligazione a termine iniziale*, in «Jura», I, 1950, p. 49 ss., VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 250 ss., M. HARDER, *Zum transmortalen und postmortalen Auftrag nach römischem und geltendem Recht*, in «Festgabe U. von Lübtow» (cur. W.G. Becker, L. Schnorr von Carolsfeld), Berlin, 1970, p. 515 ss., E. DE LAS CASAS LÉON, *De inutilibus stipulationibus*, Madrid, 2006, p. 105 ss., T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in «La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni», cit., II, p. 290 s. nt. 46, G. FALCONE, *Approccio operativo-cautelare e obligationes ex contractu nelle Istituzioni di Gaio*, in «Festschrift R. Knütel» (cur. H. Altmeppen, I. Reichard, M. Schermaier), Heidelberg, 2009, p. 313 ss., G. FINAZZI, *Il contratto a favore di terzo proprio nell'esperienza giuridica romana*, in «Studi A. Metro», Milano, 2010, p. 423 ss., BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni di diritto privato romano*, III, *Istituzioni*, cit., p. 229, M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*<sup>2</sup>, Milano, 2013, p. 249 s., P. BIRKS, *The Roman Law of Obligations*, Oxford, 2014, p. 61, L. DI LEO, *Nullità ed inutilità con particolare riferimento alla stipulatio*, diss. Roma, 2014, p. 81, 121, 124, 141, 182, e S. PILLONI, *La posizione del terzo nel diritto delle obbligazioni. Uno studio evolutivo-comparato dal diritto romano ai più recenti strumenti di tutela, con particolare attenzione alle soluzioni adottate nel diritto italiano, tedesco e francese delle obbligazioni*, diss. Palermo, 2015, p. 90 e 134.

Gai., *inst.* 3.158: Item si quis post mortem meam faciendum mihi mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse.

Tuttavia, si può osservare che il primo dei due testi gaiiani fornisce quali esempi di stipulazioni *inutiles* le promesse ‘*Post mortem meam dari spondes?*’, ‘*Post mortem tuam dari spondes?*’ e ‘*Heredi meo dari spondes?*’, che pianamente avrebbero fatto sorgere il rapporto giuridico in capo al solo erede e dunque non attengono alla ben diversa questione che qui interessa, costituita invece dalla trasmissione a costui del contratto sorto in capo all’ereditando<sup>23</sup>.

La violazione del principio della personalità del vincolo obbligatorio in ipotesi di stipulazione *in faciendo* con menzione dell’erede, invece, sembra a chi scrive scongiurata dalla *conceptio verborum*, che avrebbe conferito la qualità di

---

<sup>23</sup>) Nel caso della stipulazione ‘*post mortem meam filiae meae dari?*’, però, Ulpiano afferma che il contratto si sarebbe concluso ‘*utiliter*’ e accorda un’*actio utilis* alla figlia: D. 45.1.45.2 (Ulp. 50 *ad Sab.*: ‘*Si ita quis stipulatus sit: ‘post mortem meam filiae meae dari?’ vel ita ‘post mortem filiae meae mihi dari?’ , utiliter erit stipulatus: sed primo casu filiae utilis actio competit, licet heres ei non existat*’). Il passo è stato ritenuto interpolato in conformità alla costituzione C.I. 8.37.11, che dichiara efficace la *stipulatio post mortem*: si vedano DE RUGGIERO, *Il ‘dies impossibilis’*, cit., p. 49 ss., L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908, p. 191 nt. 84, F.E. VASSALLI, *Di talune clausole con riferimento al ‘dies mortis’ nel legato e nella stipulazione. Note a Gaio 2.232 e 3.100*, Firenze, 1910, ora in *Studi giuridici*, III.1, Milano, 1960, p. 259 nt. 2, S. RICCOBONO, *Formazione del domma della trasmissibilità all’erede dei rapporti sotto condizione*, in «Studi S. Perozzi», Palermo, 1925, p. 355, C. APPLETON, *Aperçus nouveaux sur les terme certain ou incertain en droit romain*, in «Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence en France», L, 1926, p. 175, E. ALBERTARIO, *I contratti in favore di terzi*, in «Festschrift P. Koschaker», II, Weimar, 1933, p. 37, G. WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter. Rechtsgeschichtliches und Rechtsvergleichendes*, Weimar, 1949, p. 55, VOGLI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 279 nt. 239, e MASI, *Studi sulla condizione*, cit., p. 50. In particolare, J. VÁŽNÝ, *Il problema generale dei contratti a favore di terzi nel diritto romano*, in «BIDR.», XL, 1932, p. 60 s., P. BONFANTE, *I contratti in favore di terzi*, in «Per il XIV centenario della Codificazione Giustiniana. Studi di diritto pubblicati dalla Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Pavia» (cur. P. Ciapessoni), Milano, 1938, p. 232, ed E. VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona, 1974, p. 210, reputano che anziché ‘*utiliter*’ Ulpiano avesse scritto ‘*inutiliter*’, mentre G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi. Studio di diritto romano civile e commerciale*<sup>3</sup>, Padova, 1933, p. 76 nt. 1, si dichiara per l’autenticità fino a ‘*stipulatus*’. Per l’integrale genuinità, invece: H.A. RABIE, *L’acte juridique ‘post mortem’ en droit romain: validité et fonction*, Milano, 1955, p. 314, J.F. STAGL, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien-Köln-Weimar, 2009, p. 142, e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 205 ss., che ritiene – condivisibilmente – che prima di ‘*post mortem meam*’ Ulpiano avesse scritto ‘*mibi et*’. L’integrazione introduce anche un logico parallelismo tra le due stipulazioni esaminate dal giurisperito. Se si accetta quest’ultima ricostruzione, chiaramente, si ricade nell’ipotesi di trasmissione di un contratto sorto in capo al padre e, pertanto, la fattispecie non integra un esempio di ‘*obligationem incipere ab heredis persona*’. Sul lacerto, si veda anche *infra*, § I.3.

parte del contratto innanzitutto al *de cuius*, a cui l'erede si sarebbe solamente affiancato. In altre parole, l'obbligazione non *incipit* in capo a quest'ultimo, ma gli è soltanto trasmessa *mortis causa*, la qual cosa è ben diversa<sup>24</sup>.

Infatti, Africano avrebbe considerato valida una stipulazione come '*si navis ex Asia venerit, mihi aut post mortem meam Lucio Titio dari spondes?*'<sup>25</sup>, in cui *Lucius Titius* è l'erede dello stipulante e il contratto non è meramente *post mortem*, poiché fa formalmente sorgere il credito in capo all'ereditando. Almeno a livello letterale, insomma, il principio di personalità sopra enunciato non risulta in alcun modo intaccato dalla prassi in commento, ma soltanto coordinato con le necessarie esigenze successorie.

Al contrario, il dogma secondo il quale l'obbligazione non avrebbe potuto *ab heredis persona incipere* sarebbe rimasto valido sia per le stipulazioni *in faciendo*, sia per le stipulazioni *in dando*: lo confermerebbe appunto l'ammissione della *promissio post mortem dari* soltanto attraverso l'espedito della *stipulatio 'cum moriar'*, che pone quanto meno formalmente l'assunzione del vincolo contrattuale in capo al solo ereditando<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup>) DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione*, cit., p. 290 s. nt. 46, citando VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 250 ss., e HARDER, *Zum transmortalen*, cit., p. 515 ss., distingue infatti l'ipotesi di *obligationem incipere* dal problema della trasmissibilità, pur ponendoli su una linea continua di evoluzione del pensiero che parte dall'idea che la prestazione oggetto di obbligazione debba essere costituita da un comportamento del promittente e, al massimo, dei suoi eredi. Su questa distinzione insiste efficacemente anche FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 59 s. e 295.

<sup>25</sup>) D. 23.4.23 (Afric. 7 quaest.): '*Pater cum filiae suae nomine dotem daret, pactus est, ut mortua <in matrimonio> filia uno pluribusve liberis superstitionibus deducta parte tertia reliqua dos sibi aut post mortem suam illi aut illi filiis quos in potestate habebat reddatur: deinde haec ita fieri stipulatus est: post mortem eius mulier in matrimonio decesserat relictis filiis: quaesitum est, an ex stipulatione duas partes illi petere possint. Respondi posse: etenim vim eius stipulationis hanc esse, ut, si in matrimonio mortua esset, dos patri redderetur, et perinde habendum, ac si talis stipulatio interposita fuisset: 'si navis ex Asia venerit, mihi aut post mortem meam Lucio Titio dari spondes?' Nam et si post mortem stipulatoris navis venisset, heredi deberi*'. Cfr. D. OCHSENBEIN, *La transmissibilité héréditaire de l'obligation conditionnelle 'ex stipulatu' en droit romain classique*, diss. Genève, 1935, p. 40 ss., MASI, *Studi sulla condizione*, cit., 49 ss., VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 280 ss. (che ritiene che si tratti di un'ipotesi di *adiectio solutionis causa*), M. KASER, *Das Römische Privatrecht*<sup>2</sup>, I, München, 1971, p. 334 s., 337 e nt. 8, P. VAN WARMELO, *Pacta dotalia*, in «Satura R. Feenstra», Fribourg, 1985, p. 201 ss., e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 195 ss., che smentisce la tesi di Voci – perché l'erede potrebbe ricevere soltanto dopo la morte del padre – e che propone interessanti riflessioni sulla possibilità di concepire qualsivoglia stipulazione *in dando* sotto forma di stipulazione *in faciendo* e sulla indivisibilità di queste ultime nel primo periodo classico.

<sup>26</sup>) Cfr. nuovamente Gai., *inst.* 3.100. Si vedano KOROŠEČ, *Die Erbenhaftung*, cit., p. 69, PASTORI, *Appunti*, cit., p. 133 s., e ID., *Il negozio*, cit., p. 147 s. Sempre con riferimento alle stipulazioni *in dando*, la *stipulatio post mortem* sarà dichiarata valida da Giustiniano nella costituzione C.I. 8.37.11 (a. 528), insieme alla '*stipulatio pridie quam morietur*', mentre il

A maggior ragione, quindi, sembra illogico ritenere che la regola generale fosse disattesa in caso di obbligazioni di *facere*, specialmente con riguardo al lato passivo, in quanto le prestazioni dedotte in tali contratti avrebbero potuto essere connotate dal carattere dell'infungibilità e, in secondo luogo, l'adempimento da parte dell'erede avrebbe comunque comportato una valutazione soggettiva della qualità della prestazione da parte del creditore.

In riferimento a quest'ultimo profilo, infatti, è stato correttamente osservato che la menzione dell'erede avrebbe di per se stessa manifestato l'irrelevanza delle abilità personali del debitore nello specifico assetto di interessi voluto dalle parti<sup>27</sup>.

Certo, la fissità della norma in parola, pur se presidiata dalla sanzione della *inutilitas* del negozio<sup>28</sup>, si sarebbe conservata soltanto al livello meramente esteriore della *conceptio verborum*, poiché è evidente che di fatto la *stipulatio 'cum moriar'* avrebbe impegnato l'erede e che la *mentio heredis* avrebbe potuto implicare il solo coinvolgimento di quest'ultimo al momento dell'adempimento<sup>29</sup>.

---

principio '*ab heredis persona obligatio incipere non potest*' sarà abrogato espressamente dall'imperatore nel 531 (C.I. 4.11.1): cfr. FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 316 ss., nonché *infra*, § III.1.

<sup>27</sup> SOLIDORO MARUOTTI, PULIATTI, LOVATO, *Diritto privato romano*, cit., p. 590.

<sup>28</sup> Il problema di traduzione dell'aggettivo '*inutilis*' e del corrispondente sostantivo '*inutilitas*' è stato variamente risolto dalla letteratura specialistica. G.G. ARCHI, '*Utilis*' e '*inutilis*' nelle fonti giuridiche, in «Labeo», IX, 1963, ritiene che l'*inutilitas* consistesse nell'inidoneità al raggiungimento dello scopo, mentre S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1966, p. 14, A. MASI, *Inutilità ed inesistenza degli atti giuridici nelle Istituzioni gaiane*, in «Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese in onore di S. Romano», Milano, 1981, p. 129 ss., DE LAS CASAS LÉON, *De inutilibus stipulationibus*, cit., p. 21 ss. (con qualche temperamento), e DI LEO, *Nullità ed inutilità*, cit., p. 53 ss., 136 ss., 170 ss., contrappongono il termine '*inutilis*' a '*nullus*', che avrebbe indicato il vizio di inesistenza. Al contrario, per C. SANFILIPPO, *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, in «Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania», III, 1948-1949, p. 227 ss. (con specifico riferimento al lessico impiegato da Gaio), R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. 'Quasi nullus' nella giurisprudenza romana*, Napoli, 1983, p. 54, M. TALAMANCA, *Invalidità e inefficacia nei giuristi romani*, in «BIDR.», CI-CII, 1998-1999, p. 37 ss., e D'AMATI, *La compravendita*, cit., p. 1330 s., i due vocaboli sarebbero sostanzialmente sinonimi. Si vedano, inoltre, le più ampie ricerche terminologiche di F. HELLMANN, *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der juristischen Thatsachen*, in «ZSS.», XXIII, 1902, p. 380-428, e in «ZSS.», XXIV, 1903, p. 50-121, e *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, München, 1914, e di F.B. CICALA, *Il concetto dell' 'utile' e sue applicazioni nel diritto romano*, Milano, 1910, p. 27 ss., nonché le voci enciclopediche di S. TONDO, '*Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*', in «NNDI.», VIII, Torino, 1968, p. 994 ss., e di M. BRUTTI, '*Invalidità (storia)*', in «ED.», XXII, Milano, 1972, p. 559 ss.

<sup>29</sup> Nonostante le precisazioni sopra enunciate, queste conclusioni convergono dunque con quelle di PASTORI, *Appunti*, cit., p. 133 s., e ID., *Il negozio*, cit., p. 147 s., se-

Già ai tempi di Gaio, infatti, la questione è presentata in termini di *inelegantia* o di consenso generale (*quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse*) piuttosto che di radicale inesistenza del negozio<sup>30</sup>, anche se il divieto di porre un termine iniziale *ab heredis persona* è pur sempre considerato un ostacolo formale vigente, tanto da impedire che la stipulazione di dare *post mortem* spieghi i propri effetti<sup>31</sup>.

Quanto appena affermato trae conferma dalla costituzione con cui Giustiniano dichiara la validità delle stipulazioni *in faciendo* concepite *'cum promissor morietur'*<sup>32</sup>:

C.I. 8.37.15 (Imp. Iustinianus A. Iohanni p.p.): Si quis sponderat insulam, cum moriebatur, aedificare stipulatori, impossibilis veteribus videbatur huiusmodi stipulatio. Sed nobis sensum contrahentium discutientibus veri simile esse videtur hoc inter eos actum, ut incipiat quidem contra morientem obligatio, imminet autem heredibus eius, donec ad effectum perducatur. Nemo enim ita stultus invenitur, ut tali animo faceret stipulationem ut putaret posse tantum aedificium in uno momento horae extollere, vel eum qui moritur talem habere sensum, quod ipse sufficere ad huiusmodi operis completionem.

§ 1: Sancimus itaque, si quid tale evenierit, heredes teneri, ut factum, quod mortis tempore facere promisit, hoc heredes eius adimpleant, quasi speciali heredis mentione habita, licet hoc minime fuerit expressum. Quemadmodum enim, si in dando fuerit stipulatio, et contra heredes transmittebatur, item et si in faciendo est licet in mortis tempus colligatur, attamen ad similitudinem in dando conceptae stipulationis et heredes obligari, ut non discrepet factum a datione, sed sit lex nostra per omnia sibi consentanea.

§ 2: Quod et in legatis simili modo relictis observari censemus.

D. XV K. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. anno secundo (a. 532)

---

condo il quale la regola *'obligatio ab heredis persona incipere non potest'* sarebbe stata ridotta dalla giurisprudenza a «mero scrupolo formale», facilmente aggirabile nel suo contenuto tramite stipulazioni solo letteralmente rispettose del principio.

<sup>30</sup> Non si intende qui tradurre *'inelegantia'* con «ineleganza», ma piuttosto, data la severa sanzione della *inutilitas*, come allusiva a una «pessima (opzione della) prassi», aderendo all'interpretazione di M. MIGLIETTA, *'Servius respondit'*. *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana – Prolegomena I* –, Trento, 2010, p. 157 nt. 217.

<sup>31</sup> Sia in Gal., *inst.* 3.100 che in *inst.* 3.158, infatti, il contratto così congegnato è definito *'inutile'*.

<sup>32</sup> FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 321, correttamente nota che la seguente costituzione del 532 sarebbe stata a rigore inutile dopo la riforma del 530 (C.I. 8.37.13), ma spiega la sua emanazione con la negazione della validità di questa particolare promessa da parte dei *veteres*, che avrebbe comportato la persistenza di dubbi anche dopo la sanzione della trasmissibilità ereditaria di tutte stipulazioni.

Come si può notare, invero, la riforma richiama la tesi dei *veteres* secondo la quale la stipulazione avente a oggetto la realizzazione di un *opus* formulata ricorrendo a tale espediente sarebbe risultata *impossibilis*.

La stipulazione *cum moriar*, infatti, sarebbe stata ammessa soltanto se la prestazione promessa fosse consistita in un *dare*, come si è già potuto evincere da Gai., *inst.* 3.100 e ancor più esplicitamente afferma Paolo:

D. 45.1.46.1 (Paul. 12 *ad Sab.*): Id autem, quod in facto est, in mortis tempus conferri non potest, veluti: 'cum morieris, Alexandriam venire spondes?'

In seguito, emerge dal testo della costituzione che la giustificazione teorica dell'invalidità sarebbe risieduta nell'intrasmissibilità della stipulazione. Giustiniano si prende quasi gioco dell'antica *fictionis iuris* della commissione al momento della morte del contraente ma mantiene ciononostante il problema giuridico nell'alveo della questione del trapasso dell'obbligazione all'erede: egli infatti parifica tali stipulazioni *in faciendo* alle stipulazioni *in dando* similmente concepite, pacificamente ritenute trasmissibili.

Pertanto, la presente fonte convalida la lettura secondo la quale il vincolo della stipulazione concepita '*cum promissor morietur*' sarebbe sorto primariamente in capo a costui e non direttamente in capo all'erede, neppure nel diritto giustiniano in cui tale finzione è giudicata risibile<sup>33</sup>.

Occorre ancora notare, infine, che l'esempio preso in considerazione dall'imperatore riguarda in particolare la prestazione di un *opus*, ma egli sembra poi estendere il discorso in generale alle stipulazioni *in faciendo* e fa riferimento alla prassi della *heredis mentio* quale normale mezzo pratico per garantire la trasmissione del contratto all'erede<sup>34</sup>.

Ciò può stupire se si tiene presente che Giustiniano sancì la superfluità di tale clausola già nel 530 con la costituzione C.I. 8.37.13 sopra riportata, ma è stato osservato che C.I. 8.37.15 si riferirebbe a promesse in sé inefficaci perché impossibili, mentre C.I. 8.37.13 riguarderebbe negozi efficaci in capo al promittente: l'imperatore avrebbe pertanto colmato una lacuna rimasta dopo l'emanazione dell'ultima riforma citata<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup>) Anche FINKENAUER, *Vereerblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 44 ss., infatti, rileva l'attenzione della costituzione a non disattendere il principio '*ab heredis persona obligatio incipere non potest*'. Cfr. inoltre DE RUGGIERO, *Il 'dies impossibilis'*, cit., p. 21, e F. PRINGSHEIM, '*Id quod actum est*', in «ZSS.», LXXVIII, 1961, p. 4 ss., con *rec.* di A. GUARINO, in «Labeo», VIII, 1962, p. 415.

<sup>34</sup>) Una simile interpretazione della costituzione appena riportata si trova in SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 354 s.

<sup>35</sup>) FINKENAUER, *Vereerblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 46.

A ben vedere, però, il testo non lascia intendere né si preoccupa di giustificare una così sottile distinzione casistica, ma la precisazione *'quasi specialis heredum mentione habita'* pare volta semplicemente a tracciare un paragone di facile comprensione tra la formulazione *'cum morieris'* e il trapasso dell'obbligazione in forza del mero cenno all'erede contenuto nel contratto: dato che sostanzialmente entrambe le prassi finiscono per addossare all'erede l'onere dell'adempimento di un negozio concluso dal *de cuius*, esse sono equiparate dal legislatore; se nelle stipulazioni *in faciendo* è efficace – tanto da essere stata dichiarata in C.I. 8.37.13 persino superflua – la menzione dell'erede, allora a maggior ragione lo deve essere per Giustiniano la promessa di *facere in limine vitae* del defunto, poiché certamente in questo caso l'obbligazione non *incipit* in capo all'erede.

L'imperatore irride dunque il precedente regime di inefficacia di tale promessa per impossibilità della prestazione, dimostrando l'illogicità del sistema classico nell'ammettere la trasmissione della stipulazione *in faciendo* in forza di *mentio heredis* ma non la sua formulazione *'cum morieris'*. La mancata estensione di tale divieto alle stipulazioni *in dando* si può ritenere fondata sull'immediatezza dell'azione di *dare* e, quindi, sulla mancata impossibilità – almeno teorica – della prestazione; ma se invece ci si discosta dalla lettera della *factio*, si può altresì azzardare l'ipotesi che l'impossibilità fosse scorta in età classica solo nella promessa di *facere* negli ultimi istanti di vita proprio perché non trasmissibile, mentre la stipulazione di *dare*, trapassando pianamente all'erede, avrebbe potuto da costui essere adempiuta.

Che poi il presupposto dell'impossibilità in commento si possa rinvenire in una sorta di presunzione di personalità della prestazione<sup>36</sup> pare potersi evincere proprio da queste riflessioni sul diverso regime delle stipulazioni *in dando* e *in faciendo*, ma potrebbe altresì confortarsi con il rilievo della posteriorità di C.I. 8.37.15 rispetto all'emanazione di C.I. 8.37.13: non sarebbe stato necessario legiferare sulle stipulazioni *in faciendo* concepite *'cum promissor morietur'*, infatti, una volta sancita la trasmissibilità all'erede di tutte le stipulazioni. Invece, i contratti aventi per oggetto una prestazione infungibile, quale la costruzione di un *opus* presa ad esempio nell'esordio di C.I. 8.37.15, sarebbero rimasti intrasmissibili nonostante il proclama di generalità assoluta di C.I. 8.37.13<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Si veda ad esempio BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 94 s., ove cita proprio D. 46.3.31, insieme a D. 12.6.26.12 (Ulp. 26 *ad ed.*): *'... nam plerumque robur hominis, aetas temporis opportunitasque naturalis mutat causam operarum ...'*. Su questo frammento, in particolare, cfr. P. PESCANI, *Le operae libertorum*, Trieste, 1967, p. 24 ss., 127 ss.

<sup>37</sup> Si vedano C.G.A. VON SCHEURL, *Begründung von Obligationen für die Erben*, in *Bei-*



Lo dimostrerebbero infatti la costituzione riportata in C.I. 6.51.1.9b e 9c del 534, che nega la trasmissione all'erede degli *onera* di prestazioni infungibili, nonché la sopravvivenza nel Digesto di un temperamento alla totale fungibilità delle prestazioni di *facere*, collocato laddove si tratta '*De solutionibus et liberationibus*'<sup>38</sup>:

C.I. 6.51.1.9b (Imp. Iustinianus A. Senatui urbis Constantinopolitanae): Sin autem in faciendo aliquid impositum est, si quidem hoc et per alium impleri possit, simili modo et a lucrante agnosci, puta si honorata persona iubeatur insulam vel monumentum vel aliquid tale suis sumptibus facere vel heredi vel legatario vel alii forte, quem testator voluerit, vel rem ab herede testatoris emere vel locationem vel fideiussionem subire, et si quid huiusmodi facti simile sit: nihil etenim refert, sive per eum, de quo testator locutus est, sive per alium eiusdem lucri successorem adimpleatur.

D. K. Iun. Constantinopoli dn. Iustiniano A. pp. IV et Paulino vv. cc. cons. (a. 534)

C.I. 6.51.1.9c (Imp. Iustinianus A. Senatui urbis Constantinopolitanae): Sin vero talis est verborum conceptio et facti natura, ut quod relictum est ab alio impleri non possit, tunc, etsi lucrum ad aliquem pervenerit, non tamen et gravamen sequi, quia hoc neque ipsa natura concedit neque testator voluerit. Quid enim, si iusserit eum in locum certum abire vel liberalibus studiis imbui vel domum suis manibus extruere vel pingere vel uxorem ducere? Quae omnia testatoris voluntas in ipsius solius persona intellegitur conclusisse, cui et suam munificentiam relinquebat.

D. K. Iun. Constantinopoli dn. Iustiniano A. pp. IV et Paulino vv. cc. cons. (a. 534)

D. 46.3.31 (Ulp. 7 *disp.*): Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturae et doctrinae et institutionis. Ideo si navem a se fabricandam quis promiserit vel insulam aedificandam fossamve faciendam et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fideiussor ipse aedificans vel fossam fodiens non consentiente stipulatore non liberabit reum. Quare etiam si illis stipulationibus fideiussor accesserit: 'Per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?', prohibens ire fideiussor stipulationem non committit et, si patientiam praestet, non efficiet, quo minus committatur stipulatio.

Pare ammissibile ritenere quindi che C.I. 8.37.15, con specifico riguardo alle

---

*träge zur Bearbeitung des Römischen Rechts*, Erlangen, 1853, p. 117, M. RÖMER, *Über den römischen Rechtssatz: obligatio ab herede incipere non potest*, diss. Zürich, 1855, p. 37, e FINKE-NAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 328 e nt. 43.

<sup>38</sup> BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni di diritto privato romano*, III, cit., p. 206. Su D. 46.3.31 (Ulp. 7 *disp.*) si veda *infra*, § I.4, I.5.3.2 e I.5.3.5 e I.5.4.

stipulazioni *in faciendo* aventi per oggetto la costruzione di un *opus*, tenda a smentire il presupposto dell'infungibilità di tale prestazione, su cui si sarebbe basata la tesi dei *veteres* dell'impossibilità di quest'ultima e dell'intrasmissibilità all'erede. La fungibilità è ravvisata invece da Giustiniano proprio nella volontà delle parti, che avrebbero di fatto inteso demandare l'adempimento al successore e quindi avrebbero così manifestato nello stesso accordo '*cum morieris*' l'indifferenza del creditore verso la persona del debitore, parimenti palesata nelle stipulazioni con espressa *mentio heredis*.

## 2. La trasmissibilità attiva della stipulatio in faciendo

La prassi dell'*heredis mentio* cui fa cenno Giustiniano in C.I. 8.37.13 si registra anche quale espediente per garantire la trasmissione attiva delle stipulazioni *in faciendo*<sup>39</sup>.

Essa non avrebbe certo posto gli stessi problemi presentati dalla trasmissibilità passiva in ordine alla possibile infungibilità dell'obbligazione di *facere* e, dunque, si sarebbe affermata più anticamente e con minori difficoltà teoriche<sup>40</sup>: la parte creditrice, infatti, si limita a ricevere la prestazione dovuta e non si sarebbero aperte le questioni di giustizia sostanziale sollevate dal trapasso di una posizione giuridica passiva<sup>41</sup>, in quanto per l'erede la trasmissione del credito avrebbe comportato soltanto un vantaggio.

In alcuni testi, però, si potrebbero ravvisare tracce delle *altercationes* tra giuristi cui allude l'imperatore nella costituzione appena citata anche con riguardo alla trasmissibilità attiva.

---

<sup>39</sup>) Oltre ai brani citati in seguito, si vedano D. 45.1.2.6 (Paul. 12 *ad Sab.*), riguardante la stipulazione '*sibi heredique suo agere licere*', e D. 43.1.3.pr. (Ulp. 43 *ad Sab.*), a proposito della stipulazione '*mibi heredique meo habere licere*'. Cfr. SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 344 s.

<sup>40</sup>) Si veda RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 285 e nt. 28, ove cita D. 45.1.3.pr. (Ulp. 49 *ad Sab.*: '*Idem iuris est et in illa stipulatione: 'mibi heredique meo habere licere?'*'), D. 45.1.38.5 (Ulp. 49 *ad Sab.*: '*Sicut autem ex parte rei successores eius cum ipso tenentur, ita etiam ex parte actoris committitur stipulatio ipsi stipulatori ceterisque, quicumque ei succedunt, silicet si rem ipsi habere non licuerit. Ceterum si alii habere non licuit, certo certius est non committi stipulationem, et nihil intererit, utrum ita stipuler 'habere licere' an 'mibi habere licere'*'), D. 45.1.2.6 (Paul. 12 *ad Sab.*: '*Contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi heredique suo agere licere, et unus ex heredibus eius prohibeatur, interesse dicemus, utrum in solidum committatur stipulatio an pro parte eius, qui prohibitus est. Nam si poena stipulationi adiecta sit, in solidum committetur, sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur: si vero poena nulla posita sit, tunc pro parte eius tantum qui prohibitus est committetur stipulatio*'), e D. 45.1.92, di cui si discorrerà poco oltre.

<sup>41</sup>) Si veda BETTI, *La struttura*, cit., p. 62.

Paolo sente infatti l'esigenza di specificare che, in caso di stipulazione con menzione dell'erede del creditore, anche al successore sarebbe stata data l'azione: è ragionevole ritenere che tale precisazione non avrebbe avuto motivo di essere esternata se non fosse stato un punto di *ius controversum* o quantomeno bisognoso di spiegazione<sup>42</sup>.

D. 45.1.92 (Paul. 18 *ad Plaut.*): Si ita stipuler 'per te non fieri quo minus mihi heredique meo vindemiam tollere liceat'<sup>43</sup>, etiam heredi datur actio<sup>43</sup>.

Ancor più esplicito pare un passo di Ulpiano in cui è posto il problema giuridico della trasmissibilità attiva all'erede di una stipulazione concepita in forma impersonale e priva di *heredis mentio*: il giurista risponde negativamente presentando la propria opinione come personale interpretazione del contratto (*'non puto'*) e non dunque come diritto incontestabilmente vigente.

D. 45.1.38.10 (Ulp. 49 *ad Sab.*): Si quis ita stipulatus fuerit 'uti frui sibi licere', ad heredem ista stipulatio non pertinet.

§ 11: Sed et si non addiderit sibi, non puto stipulationem de usu fructu ad heredem transire, eoque iure utimur.

Secondo Vassalli, quest'ultimo paragrafo non sarebbe genuino, poiché il diritto classico avrebbe sanzionato con la nullità l'omissione del pronome personale *'mibi'* riferito allo stipulante<sup>44</sup>. A ben vedere, potrebbe invece trattarsi di un caso di scuola, di una ipotetica soluzione linguistica considerata sotto il solo profilo dell'estensione all'erede; anche ammettendo che il testo fosse interpolato, tuttavia, ai fini della presente analisi il § 11 non espone il cuore del problema, sito invece nel § 12.

Ivi si ripropone la questione della titolarità dell'azione *ex stipulatu* in capo all'erede qualora nel contratto compaia la sua *mentio* e si avanza, sempre

---

<sup>42</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 345.

<sup>43</sup>) Cfr. Th. FINKENAUER, *'Diversi sint fructus' – ein vererblicher Nießbrauch in der römischen Spätclassik*, in «Inter cives necnon peregrinos. Essays B. Sirks» (cur. J. Hallebeck, M. Schermaier, R. Fiori, E. Metzger, J. P. Coriat), Göttingen, 2014, p. 253, su questo testo e sulla particolare stipulazione *'vindemiam tollere licere'*. ID., *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 160 ss., considera il passo tra la documentazione relativa alla stipulazione *'uti frui licere'*, dalla quale la distingue invece CANNATA nella *rec.* al volume, cit., p. 326. Più in generale, sul tipo di stipulazione *'per te non fieri quo minus eo iure uti possim'*, si veda DE FRANCESCO, *Note sulle obbligazioni*, cit., p. 324 ss.

<sup>44</sup>) F.E. VASSALLI, *Sul paradigma classico della stipulazione*, in *Miscellanea critica di diritto romano*, III, 1917, p. 37 ss., ora in *Studi giuridici*, III.1, cit., p. 501 ss., richiamato da SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 345, e PROVERA, *Servitù prediali*, cit., p. 11 nt. 36.

quale parere soggettivo del giurista (*putem*), il responso affermativo<sup>45</sup>:

§ 12: Sed si quis uti frui licere sibi heredique suo stipulatus sit, videamus, an heres ex stipulatu agere possit. Et putem posse, licet diversi sint fructus: nam et si ire agere stipuletur sibi heredique suo licere, idem probaverimus.

Nonostante anch'esso sia stato ritenuto non genuino<sup>46</sup>, la presentazione dell'opinione di Ulpiano quale soluzione personale e la concordanza con la simile posizione di Paolo potrebbe portare a concedere al frammento un certo valore indiziario circa l'esistenza di dissensi giurisprudenziali in materia.

Nondimeno, occorre prestare attenzione al fatto che entrambi i testi presi in considerazione riguardano particolari stipulazioni in materia di usufrutto: la promessa di *'vindemiam tollere licere'*, infatti, non è comune e può essere accostata a quella di *'uti frui licere'*<sup>47</sup>, in quanto in ultima analisi attribuisce al creditore il diritto di far propri i frutti di un particolare bene quale la vigna.

Da quanto appena affermato consegue presumibilmente il richiamo al regime giuridico del diritto reale di usufrutto, che si sarebbe esteso nel silenzio delle parti all'intera disciplina<sup>48</sup> e, pertanto, anche all'intrasmissibilità del diritto di *uti frui*.

La necessità della menzione dell'erede e i dubbi circa la configurabilità stessa del trapasso del diritto, pertanto, sono dovuti al peculiare contenuto del contratto in commento e non attestano un più generale clima di *altercationes* tra i giuristi strettamente attinenti alla trasmissibilità attiva delle stipulazioni *in faciendo*<sup>49</sup>. Il silenzio di ulteriori fonti, anzi, sembra costituire al contrario una spia dell'assenza di particolari discussioni dei *veteres* sul punto.

### **3. La trasmissibilità passiva della stipulatio in faciendo e la clausola ereditaria**

La maggior parte dei testi a nostra conoscenza riguarda invece la trasmissibilità ereditaria passiva di singole stipulazioni *in faciendo*<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> Si veda l'analisi di PROVERA, *Servitù prediali*, cit., p. 10.

<sup>46</sup> Si veda *infra*, § I.5.3.3, ove si sosterrà il contrario.

<sup>47</sup> Cfr. FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 160 ss. e 181.

<sup>48</sup> Si rimanda nuovamente al commento del passo proposto *infra*, § I.5.3.3.

<sup>49</sup> FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 181, sottolinea che eventuali controversie giurisprudenziali sarebbero state connesse alla natura, al concetto e alla funzione dell'usufrutto.

<sup>50</sup> Un censimento di tali brani si deve a SCHERILLO, *La trasmissibilità*, p. 341 ss., ed

Paolo ci informa che, qualora fosse stata presente nella *conceptio verborum* la *heredis mentio*<sup>51</sup>, l'erede avrebbe dovuto tenere il contegno promesso dal *de cuius*, addirittura anche se assente o ignorante, fatta eccezione per la sola ipotesi che fosse ancora pupillo<sup>52</sup>. In altre parole, la sola presenza della clausola ereditaria costituisce un criterio di riallocazione del debito originariamente assunto dal promittente, senza alcun riguardo verso la volontà dei suoi successori universali:

D. 45.1.49.2 (Paul. 37 *ad ed.*): In hac stipulatione: 'neque per te neque per heredem tuum fieri?' per heredem videtur fieri, quamvis absit et ignoret et ideo non facit, quod fieri ex stipulatu oportet. Non videtur autem per pupillum stetisse ex huiusmodi stipulatione, si pupillus heres erit.

Dello stesso Paolo, sempre con riferimento alla promessa '*neque per te neque per heredem tuum fieri quo minus fiat*', si ritrova nello stesso titolo del libro XLV del Digesto un altro passo che interessa il tema ora in esame e che pare dare per presupposta la diffusione nella prassi della *heredis mentio*:

D. 45.1.83.pr. (Paul. 72 *ad ed.*): Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur. Itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum non obligatur: nam de se quemque promittere oportet. Et qui spondet 'dolum malum abesse afuturumque esse', non simplex abnutivum spondet, sed curaturum se, ut dolum malum absit: idemque in illis stipulationibus 'habere licere' item 'neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat'<sup>53</sup>.

---

è in parte ripreso da BETTI, *La struttura*, cit., p. 60 ss., che richiama A. ESMEIN, *Courtes études*, I, *L'intransmissibilité première des créances et des dettes*, in «NRHDFE.», XI, 1887, p. 59 ss., e da PASTORI, *Appunti*, cit., p. 128 ss., e *Il negozio*, cit., p. 142 ss.

<sup>51</sup>) Si veda anche l'attestazione dell'espedito contenuta in D. 50.16.29 (Paul. 66 *ad ed.*): '*Coniunctionem enim nonnumquam pro disiunctione accipi Labeo ait: ut in illa stipulatione 'mibi heredique meo te heredemque tuum'*'.

<sup>52</sup>) Si vedano F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in «ZSS.», XL, 1919, p. 183, e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 177 s., in cui si specifica che la stipulazione sarebbe stata connessa alla *solutio matrimonii*: cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889, c. 1043, Paul. n. 548. Lo studioso ammette però l'ipotesi che la stipulazione prevedesse una *poena*.

<sup>53</sup>) Sul frammento si tornerà *infra*, § I.5.3.2, con specifica attenzione alla trasmissione automatica della promessa di '*dolum malum abesse afuturumque esse*'. Si noti fin d'ora che l'impegno dello *spondens* non avrebbe avuto in questi casi un contenuto meramente negativo, ma avrebbe implicato un comportamento attivo volto a soddisfare l'interesse del creditore: di conseguenza, non pare nettamente tracciabile il discrimine tra il trapasso per via ereditaria del contratto *tout court* e il contenuto dell'obbligo assunto dal *de cuius* di fare in modo che anche l'erede tenga il comportamento dedotto nella stipulazione. In D. 45.1.83.pr., la presenza della menzione dell'erede soltanto nella stipulazione '*neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat*' potrebbe spiegarsi osservando che, rispetto alle precedenti promesse di '*dolum malum abesse afuturumque esse*' e di '*habere licere*', essa avrebbe potuto dar luogo a

Come appena letto in D. 45.1.49.2, una simile formulazione è attestata anche per la stipulazione *'ire agere licere'*, il cui vincolo trapassa agli eredi del promittente alla morte di quest'ultimo:

D. 10.2.25.12 (Paul. 23 *ad ed.*): In illa quoque stipulatione prospiciendum est coheredibus, si testator promiserat *'neque per se neque per heredem suum fieri, quo minus ire agere possit'*, quoniam uno prohibente in solidum committitur stipulatio, ne unius factum ceteris damnosum sit<sup>54</sup>.

D. 45.1.2.5 (Paul. 12 *ad. Sab.*): Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero: *'per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat'* et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes eius, sed familiae erciscundae iudicio ab eo repetent quod praestiterint. Hoc et Iulianus et Pomponius probant.<sup>55</sup>

D. 45.1.131.pr. (Scaev. 13 *quaest.*): Iulianus scripsit, si *'neque per te neque per heredem tuum Titium fieri, quo minus mihi ire liceat'* stipuler, non solum Titium teneri, si prohibeat, sed etiam coheredes eius<sup>56</sup>.

La menzione dell'erede compare anche nella *stipulatio de dolo* o nell'analogo clausola aggiunta ad altre stipulazioni, sulle quali ci sono pervenute numerose testimonianze. Innanzitutto, Ulpiano – probabilmente però nel sostenerne la trasmissibilità automatica<sup>57</sup> – ammette a chiare lettere la possibilità di ag-

---

qualche ulteriore dubbio nell'interpretazione della volontà delle parti, poiché la *conceptio* personale priva di tale clausola (*'per te non fieri quo minus quid fiat'*) avrebbe potuto anche essere intesa in senso limitativo dell'obbligazione in capo al solo promittente.

<sup>54</sup> Cfr. RESINA SOLA, *Vetus iuris alteratio*, cit., p. 282.

<sup>55</sup> Sul richiamo da parte di Paolo dell'opinione di Giuliano e Pomponio quale segno delle dispute giurisprudenziali in materia e della conseguente necessità per l'autore di avvalorare la propria opinione, si veda DE FRANCESCO, *Note sulle obbligazioni*, cit., p. 328. Oltre alla bibliografia citata *supra*, nt. 1-5, giova qui ricordare anche S. RICCOBONO, *Corso di diritto romano: Parte speciale. Le applicazioni della stipulatio* (cur. G. Accardi, G. La Fortuna, R. Orestano, D. Macedonio), Roma, 1935, p. 246, P. FREZZA, *La clausola penale*, in «Studi L. Mossa», II, Padova, 1961, ora in *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano, I, Le garanzie personali*, Padova, 1962, p. 375 s., F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, in «Atti del convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico' in memoria di Arnaldo Biscardi. Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001», Milano, 2011, p. 477 nt. 341.

<sup>56</sup> Sul passo, si veda più diffusamente *infra*, § I.5.3.5.

<sup>57</sup> Si veda *infra*, § I.5.3.4. Di contrario avviso BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 94, che pensa che l'impiego del verbo *'potest'* debba intendersi nel senso che la stipulazione avrebbe potuto validamente ospitare la clausola ereditaria, mentre il contratto che fosse stato privo di quest'ultima sarebbe stato intrasmissibile.

giungere la *mentio heredis* alla promessa di ‘*dolum malum abesse*’:

D. 45.1.38.14 (Ulp. 49 *ad Sab.*): *Suae personae adiungere quis heredis personam potest.*

Vi sono poi varie attestazioni di questa pratica: in D. 10.2.44.5, ad esempio, Paolo equipara la stipulazione ‘*a se heredeque suo dolum malum afuturum*’ e ‘*neque per se neque per heredem suum fore, quo minus quis eat agat*’ nel caso in cui uno tra i coeredi vi contravenga con un fatto suo proprio; per inciso, è precisato che gli altri coeredi possono essere obbligati per il fatto di uno solo e che i rapporti interni sono tutelati dall’*actio familiae erciscundae*<sup>58</sup>:

D. 10.2.44.5 (Paul. 6 *ad Sab.*): *Quod ex facto suo unus ex coheredibus ex stipulatione hereditaria praestat, a coherede non repetet: veluti si a se heredeque suo dolum malum afuturum defunctus spondit vel neque per se neque per heredem suum fore, quo minus quis eat agat. Immo et si reliqui propter factum unius teneri coeperint, quasi condicio stipulationis hereditariae exstiterit, habebunt familiae erciscundae iudicium cum eo, propter quem commissa sit stipulatio.*

Lo stesso problema dell’indivisibilità e della solidarietà dell’obbligazione si ripropone in un altro frammento del medesimo giurista<sup>59</sup>, in cui si esamina il caso della stipulazione di dolo con menzione dell’erede del promittente e la presenza di più eredi dell’una o dell’altra parte<sup>60</sup>:

D. 45.1.4.pr. (Paul. 12 *ad Sab.*): *Eadem dicemus et si dolum abesse a te heredeque tuo stipulatus sim et aut promissor aut stipulator pluribus heredibus relictis decesserit.*

In Scevola è attestato invece il riferimento a ‘*is ad quem ea res pertinebit*’ nell’ambito di una stipulazione piuttosto complessa: un padre, avendo emancipato il figlio, gli dona tutti i propri averi eccetto due servi, facendosi promettere che né il donatario stesso né coloro a cui spetteranno le cose donate faranno dolosamente in modo che non siano restituiti al padre, quando costui vorrà o quando il figlio morirà, tutti i beni precedentemente elargiti e in quel momento ancora esistenti, inclusa la prole dei servi. Il contratto prevede anche il caso della distruzione o perdita per dolo, frode o fatto del figlio o di

---

<sup>58</sup>) GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili*, cit., p. 24.

<sup>59</sup>) J. DEFLERS, *Des obligations divisibles et indivisibles en droit romain et en droit français*, Paris, 1863, p. 33 s., GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili*, cit., p. 224, e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 103.

<sup>60</sup>) Su D. 45.1.3 (Ulp. 49 *ad Sab.*), si veda *infra*, § I.5.3.2 e § II.2.

coloro a cui spetteranno le cose donate.

La fattispecie è poi complicata da un fedecommesso su cui si incentra la riflessione del giurista<sup>61</sup>; ciò che qui interessa, comunque, è che il caso di studio appare fondato sulla prassi concreta: pertanto, è possibile scorgervi la traccia di un impiego comune della suddetta clausola, sulla cui valenza il giurisperito non ritiene neanche opportuno soffermarsi, come si evince dal lacerto che segue.

D. 32.37.3 (Scaev. 18 *dig.*): Pater emancipato filio bona sua universa exceptis duobus servis non mortis causa donavit et stipulatus est a filio in haec verba: 'quae tibi mancipia quaeque praedia donationis causa tradidi cessi, per te non fieri dolove malo neque per eum ad quem ea res pertinebit, quo minus ea mancipia quaeque ex his adgnata erunt eaque praedia cum instrumento, cum ego volam vel cum morieris, quaeque eorum exstabant neque dolo malo aut fraude factove tuo eiusque ad quem ea res pertinebit in rerum natura aut in potestate esse desissent, si vivam mihi aut cui ego volam reddantur restituantur, stipulatus est Lucius Titius pater, spondit Lucius Titius filius'. Idem pater decedens epistulam fideicommissariam ad filium suum scripsit in haec verba: 'Lucio Titio filio suo salutem. Certus de tua pietate fidei tuae committo, uti des praestes illi et illi certam pecuniam: et Lucionem servum meum liberum esse volo'. Quaesitum est, cum filius patris nec bonorum possessionem acceperit nec ei heres exstiterit, an ex epistula fideicommissa et libertatem praestare debeat. Respondit, etsi neque hereditatem adisset neque bonorum possessionem petisset et nihil ex hereditate possideret, tamen nihilo minus et ex stipulatu ab heredibus patris et fideicommissa ab his quorum interest quasi debitorem conveniri posse, maxime post constitutionem Divi Pii, quae hoc induxit.

La diffusione della clausola in esame trova conferma infatti anche fuori dalla compilazione. Ad esempio, si registra nella «*donatio Statiae Irenes*»<sup>62</sup> una sti-

---

<sup>61</sup>) Per una più ampia descrizione della fattispecie in commento, si rimanda a R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto del legato in diritto romano*, Padova, 1964, p. 66 ss. e 222 s., M. SIXTO, *Las anotaciones de Trifonino a C. Hesevola*, I, Santiago de Compostela, 1989, p. 90 nt. 29, e M.G. ZOZ, *La efficacia normativa delle Costituzioni imperiali: alcune forme espressive di assenso della giurisprudenza*, in «Studi R. Martini», III, Milano, 2009, p. 960 ss.

<sup>62</sup>) Sul documento, si vedano J. GRÜTER, *Inscriptionum Romanarum Corpus absolutissimum*, Heidelberg, 1602, p. 1081, J. GRÜTER, J.G. GRAEVIUS, *Inscriptiones antiquae totius orbis Romani*, Amsterdam, 1707, p. 1531, E. SPANGENBERG, *Iuris romani tabulae negotiorum solemnium, modo in aere, modo in marmore, modo in charta superstites*, Leipzig, 1822, p. 155, ID., *Die Lehre vom Urkundenbeweise in Bezug auf alte Urkunden*, II, Heidelberg, 1827, p. 244 nt. 100, J.K. VON ORELLI, *Inscriptionum Latinarum amplissima collectio*, II, Zürich, 1828, p. 311 n. 4574, «Corpus Inscriptionum Latinarum», VI.2 (cur. G. Henzen, G.B. De Rossi, E. Bormann, C. Hvelsen), Berlin, 1882, p. 1363 n. 10247, R. CAGNAT, *Cours d'épigraphie latine*, Paris, 1889, p. 251, P.F. GIRARD, *L'épigraphie latine et le droit romain*, in «Revue internationale de l'enseignement»,



XVIII, 1889, p. 217-256, ora in *Mélanges de droit Romain*, I, Paris, 1912, p. 382, ID., *Textes de droit Romain*<sup>6</sup>, Paris, 1937, p. 831 ss., K. G. BRUNS, «Fontes Iuris Romani Antiqui»<sup>7</sup> – ed. O. Gradenwitz –, Tübingen, 1909, I, «Leges et negotia», § 137, p. 336, L. SCHIAPARELLI, *Raccolta di documenti latini*, I, Como, 1923, p. 70 ss., V. ARANGIO-RUIZ, *Parenga*, in «Atti dell'Accademia Pontaniana di Napoli», LXI, 1942, p. 288 ss., ora in *Studi epigrafici e papirologici*, Napoli, 1974, p. 159-230, V. ARANGIO-RUIZ, «Fontes Iuris Romani Antejustiniani»<sup>2</sup> – ed. Riccobono, J. Baviera, C. Ferrini, J. Furlani –, Florentiae, 1969, III, «Negotia», § 95, p. 301-303, L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, p. 736, 756 e 894, e J.O. TJÄDER, *Die nichtliterarischen lateinischen Papyri Italiens aus der Zeit 445-700*, Lund, 1955, p. 252. Sull'iscrizione si sono concentrate anche opere di carattere generale: S. MAFFEI, *Historia diplomatica*, Mantova, 1727, p. 41, A. TERRASSON, *Histoire de la jurisprudence romaine*, 1750, p. 58, W. REIN, *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinianus*, Leipzig, 1858, p. 20, M. VOIGT, K. SEELIGER, *Das Jus civile und Jus gentium der Römer*, Leipzig, 1858, p. 925, H. BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, Berlin, 1880 (rist. Aalen, 1961), p. 47 ss., O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1885, p. 784, M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Stuttgart, 1899, p. 384, MITTEIS, *Römische Privatrecht*, cit., p. 305. Diversi studi specialistici impiegano poi la fonte con riguardo a vari temi: cfr. F. BRUMMER, *Commentarius ad legem Cinciam*, Paris, 1668, p. 205 ss., E. PLATNER, C. BUNSEN, E. GERHARD, W. RÖSTELL, *Beschreibung der Stadt Rom*, II.1, Stuttgart-Tübingen, 1832, p. 432, J. CARCOPINO, *Etudes d'histoire chrétienne*, I, Paris, 1953, p. 142, J. COUDERT, *Recherches sur la stipulation et les promesses pour autrui en droit romain*, Nancy, 1957, p. 155, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, Milano, 1969, p. 231, F. STURM, *Stipulatio Aquiliana*, München, 1972, p. 58, A. HELTULA, *On 'itum ambitum datum': a formula of ius sepulchri*, in «Arctos», VIII, 1974, p. 9 e 14, R.E.A. PALMER, *The Neighborhood of Sullan Bellona at the Colline Gate*, in «Mélanges d'Archéologie et d'Histoire de l'école française de Rome. Antiquité», LXXXVII, 1975, p. 663, A. DEL CASTILLO, *La emancipación de la mujer romana en el siglo I*, Granada, 1976, p. 160, G. DIÓSDI, *Contract in Roman Law: From the Twelve Tables to the Glossators*, Budapest, 1981, p. 51-52, H. COING, *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht* (cur. D. Simon), Frankfurt a.M., 1982, p. 89, 91 e 93, J. NOLLÉ, *Nundinas instituere et habere: Epigraphische Zeugnisse zur Einrichtung und Gestaltung von ländlichen Märkten in Afrika und in der Provinz Asia*, Hildesheim-Zürich-New York, 1982, p. 84, E.M. STEINBY, *La necropoli della via Triumphalis. Pianificazione generale e tipologia dei monumenti funerari*, in «Römische Gräberstraßen: Selbstdarstellung - Status - Standard. Kolloquium in München (München, 1985)» – cur. H. von Hesberg, P. Zanker –, München, 1987, p. 85 e 90, G.N. VERRANDO, *Topologia viaria e sepolcrale del tratto suburbano delle due vie Aurelie*, in «Archivio della Società romana di storia patria», CXVIII, 1995, p. 14, J. EVANS GRUBBS, *Women and the Law in the Roman Empire: A Sourcebook on Marriage, Divorce and Widowhood*, London-New York, 2002, p. 33 e 278, E.A. MEYER, *Legitimacy and Law in the Roman World: Tabulae in Roman Belief and Practice*, Cambridge, 2004, p. 207, M.L. CALDELLI, S. CREA, C. RICCI, S. EVANGELISTI, D. NONNIS, S. ORLANDI, C. CARUSO, G.L. GREGORI, C. PAPI, *Iura sepulcrorum a Roma. Consuntivi tematici ragionati*, in «Libitina e dintorni. Libitina e i luci sepolcrali. Le leges libitinariae campane. Iura sepulcrorum: vecchie e nuove iscrizioni. Atti dell'XI Rencontre franco-italienne sur l'épigraphie» (cur. S. Panciera), Roma, 2004, p. 313, 340 e 378, M.L. CALDELLI, C. RICCI, *Sepulchrum donare, emere, possidere, concedere, similia et (omnibus) meis. Donne e proprietà sepolcrale a Roma*, in «Donna e vita cittadina nella documentazione epigrafica. Atti del II seminario sulla condizione femminile nella documentazione epigrafica (Verona, 25-27 marzo 2004)» (cur. A. Buonopane, F. Cenerini), Faenza, 2005, p. 102, N. MEKACHER, *Die vestalischen Jun-*

pulazione di dolo con aggiunta sia dell'erede del promittente sia di tutti coloro 'ad quos ea res pertinebit':

19: de ea re dolum abesse a futurumque esse / a te, herede tuo et ab his omnibus, ad quos / ea res pertinebit (...)

Un'espressione simile si ritrova anche nella «*donatio Flavii Syntrophi*» con riferimento alla stipulazione 'per te non fieri quo minus quid fiat', quindi sempre foriera di un'obbligazione di *non facere*<sup>63</sup>:

---

*gfrauen in der römischen Kaiserzeit*, Wiesbaden, 2006, p. 44, A. MAGIONCALDA, *A proposito di alcune recenti testimonianze epigrafiche relative a 'fondazioni'*, in «*Minima Epigraphica et Papyrologica*», XI, 2006, p. 209, S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2008, p. 235, J. RÜPKE, D. RICHARDSON, *Fasti sacerdotum: A prosopography of pagan, Jewish, and Christian religious Officials in the City of Rome, 300 BC to AD 499*, Oxford, 2008, p. 564 nt. 863, J. SCHEID, *Pour une archéologie du rite: Nouvelles perspectives de l'archéologie funéraire*, Roma, 2008, p. 51 e 53, e FINKENAUER, *Verehrlichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 106.

<sup>63</sup> Sul documento si vedano G. HUGO, Ph. E. HUSCHKE, *Titii Flavii Syntrophi Instrumentum donationis ineditum*, Vratislaviae, 1838, *passim*, TH. MOMMSEN, *Epigraphische Analekten*, in «*Berichte über die Verhandlungen der Königlich sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig. Philologisch-Historische Classe*», I, 1849, p. 288-289, G. HENZEN, H.J.K. VON ORELLI, *Inscriptionum Latinarum selectarum amplissima collectio ad illustrandam Romanae antiquitatis disciplinam accomodata*, III, Zürich, 1856, p. 474, n. 7321, «*Corpus Inscriptionum Latinarum*», VI.2, cit., p. 1359 n. 10239, BRUNS, «*Fontes Iuris Romani Antiqui*», I, cit., § 139, p. 337-338, GIRARD, *Textes de droit Romain*, cit., p. 831 ss., ARANGIO-RUIZ, «*Fontes Iuris Romani Antejustiniani*», III, cit., § 94, p. 298-301, ID., *Parerga: note papirologiche ed epigrafiche*, Napoli, 1945, p. 56, e WENGER, *Die Quellen*, cit., p. 756. Anche la «*donatio Flavii Syntrophi*» è presa in esame da diverse opere di carattere generale: KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, cit., p. 784, M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1892, p. 310 e 407, e C. KUNST, *Römische Wohn- und Lebenswelten: Quellen zur Geschichte der römischen Stadt*, Darmstadt, 2000, p. 296. Si vedano anche gli studi specialistici che prendono in considerazione l'epigrafe: S. RICCOBONO, *Dalla communita del diritto quiritario alla proprietà moderna*, in «*Essays in Legal History read before the International Congress of historical Studies held in London in 1913*» (cur. P. Vinogradoff), London, 1913, p. 110-111, C. PASCAL, *Le credenze d'oltretomba nelle opere letterarie dell'antichità classica*, I, Torino, 1923, p. 89, COUDERT, *Recherches sur les stipulations*, cit., p. 155, P. VEYNE, *La table des Ligures Baebiani et l'institution alimentaire de Trajan*, in «*Mélanges d'archéologie et d'histoire. Ecole française de Rome*», LXIX, 1957, p. 115 e 120, C.B. PASCAL, *Catullus and the Di Parentes*, in «*The Harvard Theological Review*», LII, 1959, p. 75-84, K.S. BADER, *Eine ungewöhnliche letztwillige Verfügung aus Zofingen im Aargau vom Jahre 1441*, in «*Mélanges Philippe Meylan*», Lausanne, 1963, p. 16, G. LUGLI, *Studi minori di topografia antica*, Roma, 1966, p. 93, I. CHIRASSI COLOMBO, *Elementi di culture precereali nei miti e riti greci*, Roma, 1968, p. 118, J.G. WOLF, *Causa stipulationis*, Köln-Wien, 1970, p. 147, E. PÓLAY, *Hauskaufvertrag aus dem römischen Dakien. Ein Beitrag zum provinziellen Bodeneigentum der Römer*, in «*Oikumene: Studia ad historiam antiquam classicam et orientalem spectantia*», I, Budapest, 1976, p. 205, COING, *Gesammelte Aufsätze*, cit., p. 91-92, 100 e 103, E. SCHWYZER, *Prognatus. Ein Beitrag zur lateini-*

4: (...) si tibi hortos Epagathianos Dad[uchianos ... 10 ... ianosque] / qu(ibus) d(e) a(gitur), q(ui) s(upra) s(cripti) s(unt) mancipio dederō vacuamque possessionem tradiderō, tum per te no(n fieri factumve iri neque) / per heredem tuum, eumve ad quem ea res q(ua) d(e) a(gitur) pertinet pertinebit, quo minus (...)

Siffatte locuzioni compaiono anche in altri numerosi testi<sup>64</sup> e paiono atte a ricomprendere, se non addirittura i successori a titolo particolare<sup>65</sup>, di certo quantomeno tutti i successori *mortis causa* a titolo universale, sia *iure civili* che *iure praetorio*, così come anche i successori universali *inter vivos*, quale ad esempio l'*adrogans*<sup>66</sup>. In due lacerti, infatti, è apprestata un'interpretazione in tal

---

*schen Verbalbildung*, 1928, in «Zeitschrift für Vergleichende Sprachforschung», LVI, p. 10-22, ora in *Kleine Schriften* (cur. R. Schmitt), Innsbruck, 1983, p. 878, D. JOHNSTON, *Prohibitions and Perpetuities in Family Settlements in Roman Law*, in «ZSS.», CII, 1985, p. 248, ID., *The Roman Law of Trusts*, Oxford, 1988, p. 86, G.L. GREGORI, *Horti sepulcrales e cecotaphia nelle iscrizioni urbane*, in «Bullettino della Commissione archeologica comunale di Roma», XCII, 1987-1988, p. 176 nt. 5, J. REMESAL RODRÍGUEZ, 'In perpetuum dicitur'. Un modelo de fundación en el imperio Romano. 'Sex. Iulius Frontinus, Iulius Sabinus' y el Testamento del Lingón (CIL XIII 5708), in «Gerión», XIII, 1995, p. 104 nt. 25, A. GIOVANNINI, M. HIRT, *L'inscription de Nazareth: nouvelle interprétation*, in «Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik», CXXIV, 1999, p. 115, A. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Tabula Siarensis: Edición, Traducción y comentario*, Pamplona, 1999, p. 191, M. G. LANCELLOTTI, *Attis, il caro estinto*, in «Quando un dio muore: Morti e assenze divine nelle antiche tradizioni mediterranee» (cur. P. Xella) Verona, 2001, p. 146, G. DI PASQUALE, *Tecnologia e meccanica: Trasmissione dei saperi tecnici dall'età ellenistica al mondo romano*, Firenze, 2004, p. 281, CALDELLI, CREA, RICCI, EVANGELISTI, NONNIS, ORLANDI, CARUSO, GREGORI, PAPI, *Iura sepulcrorum*, cit., p. 320, 340, e 393, M. FRASS, *Antike römische Gärten: Soziale und wirtschaftliche Funktionen der Horti Romani*, Wien, 2006, p. 43-43 e 56, e S.R. BRAUNE, *Convivium funebre: Gestaltung und Funktion römischer Grabtriklinien als Räume für sepulcrale Bankettfeiern*, Hildesheim, 2008, p. 165.

<sup>64</sup> Si veda SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 338 nt. 3, che enumera D. 46.8.22.7 (Iulian. 56 dig.), D. 46.8.3.pr. (Pap. 12 resp.), D. 45.1.126.2 (Paul. 3 quaest.) e D. 39.2.24.1 (Ulp. 81 ad ed.) quali passi in cui compare la formulazione 'heres isque ad quem ea res pertinet', nonché D. 3.3.33.3 e 39.1-2 (Ulp. 9 ad ed.), D. 12.1.40 (Paul. 3 quaest.), D. 32.37.3 (Scaev. 18 dig.), D. 46.8.23 (Iulian. 5 ex Min.), i contratti di vendita rinvenuti in Transilvania («Corpus Inscriptionum Latinarum» [cur. Mommsen], III.2, Berolini, 1873, p. 921-966, BRUNS, «Fontes Iuris Romani Antiqui», I, cit., § 130-133, p. 329-331, ARANGIO-RUIZ, «Fontes Iuris Romani Antejustiniani», III, cit., § 87-90, p. 283-289) e BRUNS, «Fontes Iuris Romani Antiqui», I, cit., § 153.2, p. 352, quali invece attestazioni della sola dicitura 'is ad quem ea res pertinet'.

<sup>65</sup> FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 78-93 e 218 ss.: di conseguenza, la stipulazione sarebbe diventata inerente alla cosa e dunque avrebbe di fatto rivestito effetti reali.

<sup>66</sup> Oltre ai testi riportati di seguito, si vedano anche D. 3.3.39.2 (Ulp. 9 ad ed.), D. 45.1.38.14 e 15 (Ulp. 49 ad Sab.) e D. 46.8.23 (Iulian. 5 ex Min.). Cfr. SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 339 nt. 3.

senso della clausola in esame<sup>67</sup>: nel dettaglio, l'uno rimanda ai successori universali sia *iure civili* che *iure praetorio*, l'altro riporta l'esempio dell'arrogante.

D. 50.16.70 (Paul. 73 *ad ed.*): Sciendum est heredem etiam per multas successiones accipi. Nam paucis speciebus 'heredis' appellatio proximum continet, veluti in substitutione impuberis 'quisquis mihi heres erit, idem filio heres esto', ubi heredis heres non continetur, quia incertus est. Item in lege Aelia Sentia filius heres proximus potest libertum paternum ut ingratum accusare, non etiam si heredi heres exstiterit. Idem dicitur in operarum exactione, ut filius heres exigere possit, non ex successione effectus. Verba haec 'is ad quem ea res pertinet' sic intelleguntur, ut qui in universum dominium vel iure civili vel iure praetorio succedit, contineatur.

D. 44.7.53.1 (Mod. 3 *reg.*): Cum generaliter adicimus 'eive, ad quem ea res pertinebit', et adrogantis et eorum, qui iure nobis succedunt, personas comprehendimus.

I successori a titolo universale, quali ideali continuatori della complessiva posizione giuridico-patrimoniale del promittente, sarebbero stati più facilmente percepiti dal senso comune come in qualche modo tenuti a tener fede agli impegni presi dal dante causa e, quindi, avrebbero costituito dei casi di studio più emblematici ai fini della dimostrazione della giustizia sostanziale della soluzione giuridica elaborata per garantirne il trapasso.

L'espediente della menzione dell'erede si ritrova anche in altre stipulazioni *in faciendo*<sup>68</sup>: si veda di nuovo D. 10.2.44.5 con riferimento alla stipulazione '*neque per se neque per heredem suum fore, quo minus quis eat agat*', avente la stessa struttura della precedente, nonché il paragrafo successivo per la stipulazione '*Titium heredemque eius ratum habiturum*':

D. 10.2.44.5 (Paul. 6 *ad Sab.*): Quod ex facto suo unus ex coheredibus ex stipulatione hereditaria praestat, a coherede non repetet: veluti si a se heredemque suo dolum malum a futurum defunctus spondit vel neque per se neque per heredem suum fore, quo minus quis eat agat. Immo et si reliqui propter factum unius teneri coeperint, quasi condicio stipulationis hereditariae exstiterit, habebunt familiae erciscundae iudicium cum eo, propter quem commissa sit stipulatio  
§ 6: Si quis stipulatus fuerit Titium heredemque eius ratum habiturum et Titius

---

<sup>67</sup>) Cfr. COUDERT, *Recherches sur la stipulation et les promesses pour autrui en droit romain*, cit., p. 156 ss.

<sup>68</sup>) Anche il *pactum de non petendo* si sarebbe trasmesso agli eredi soltanto se fossero stati ricompresi espressamente nella sua formulazione: cfr. G. ROTONDI, *Di alcune riforme giustiniane relative al 'pactum de non petendo'*, Perugia, 1913, ora in *Scritti giuridici*, II, *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Milano, 1922, p. 307 ss., e KOROŠEC, *Die Erbenhaftung*, cit., p. 69.

pluribus heredibus relictis decesserit, eum solum teneri qui non habuit ratum et solum ex heredibus stipulatoris acturum a quo fuerit petitum.

La clausola ereditaria sarebbe stata altresì necessaria ai fini della trasmissione del *compromissum*, ossia la convenzione con cui le parti attraverso reciproche stipulazioni si promettevano di sottostare alla decisione di uno o più arbitri, scelti di comune accordo, ai fini di risolvere una controversia<sup>69</sup>. Paolo enuncia la regola generale, mentre Giuliano analizza il caso particolare della minore età dell'erede di uno dei litiganti:

D. 4.8.32.19 (Paul. 13 *ad ed.*): Sed si et heredis in compromissis mentio fit, potest iubere etiam heredem eorum adesse.

D. 4.8.47.pr. (Iul 4 *dig.*): Si compromissum ita factum est, ut praesente utroque aut heredibus eorum arbitri sententiam dicat et alter ex litigatoribus decesserit pupillo herede relicto, non aliter videtur sententia dicta esse, nisi tutoris auctoritas interposita fuerit.

In mancanza, invece, l'accordo si sarebbe sciolto con la morte di uno dei contendenti, come emerge chiaramente dalla testimonianza di Ulpiano<sup>70</sup> e di Paolo:

---

<sup>69</sup>) Sul *compromissum*, in generale, si vedano M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, Milano, 1958, *passim*, P. VOCI, *La responsabilità del debitore da 'stipulatio poenae'*, in «Studi E. Volterra», III, Milano, 1971, p. 333 ss., ora in *Studi di diritto romano pubblicati a cura della Facoltà*, I, Padova, 1985, p. 365 ss., R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976, p. 135 ss., 147 ss., 203 ss., 208 ss., J. DAZA MARTINEZ, *Compromissum. Su naturaleza jurídica*, in «Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho», V, 1990, p. 89 ss., J.L. LINARES PINEDA, *'Compromissum' y 'receptum arbitrii'. Aspectos negociales del arbitraje romano en relación con el moderno*, in «Homenaje J.L. Murga Gener», Madrid, 1994, p. 713 ss., e A. SICARI, *'Compromissum' e 'cautio vadimonium sisti' quale responsabilità*, in «Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche» (cur. C. Cascione, C. Masi Doria), Napoli, 2002, p. 647 ss. Sul problema della trasmissibilità ereditaria delle stipulazioni in cui esso si concretava cfr. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, cit., p. 86 s., VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 229, ID., *La responsabilità del debitore*, cit., p. 380, S. RICCOBONO, *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano, sino all'età degli Antonini*, in «Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo», XXIX, 1962, p. 197 nt. 16, L. DE SARLO, *rec. a K.H. ZIEGLER, Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München, 1971, in «SDHI.», XXXVII, 1971, p. 427, KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 141 e nt. 24, DAZA MARTINEZ, *Compromissum. Su naturaleza*, cit., p. 103, LINARES PINEDA, *'Compromissum' y 'receptum arbitrii'*, cit., p. 715 ss., RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 287, e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 125 ss.

<sup>70</sup>) Il lacerto è così interpretato da TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, cit., p. 88 ss., che rileva la scarsa connessione tra le sue due sezioni, e da KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 141 ss. FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 131 ss.,

D. 4.8.27.1 (Ulp. 13 *ad ed.*): Si heredis mentio vel ceterorum<sup>71</sup> facta in compromisso non fuerit, morte solvetur compromissum: nec utimur Labeonis sententia, qui existimavit, si arbiter aliquem pecuniam dare iusserit et is decesserit antequam daret, poenam committi, licet heres eius paratus sit offerre.

D. 4.8.32.3 (Paul. 13 *ad ed.*): Summa rei est, ut praetor se non interponat, sive initio nullum sit compromissum: sive sit, sed pendeat, an ex eo poena exigi potest: sive postea deficiat poena compromisso soluto die morte acceptilatione iudicio pacto.

Addirittura, non sarebbe stato sufficiente a evitare lo scioglimento per morte che soltanto una delle due parti inserisse la clausola ereditaria, ma avrebbero dovuto essere menzionati gli eredi di entrambe, probabilmente in rispetto dello stringente principio di reciprocità che avrebbe regolato questi particolari contratti<sup>72</sup>:

---

invece, sostiene che Ulpiano non dica in quale misura la clausola ereditaria sia necessaria e che il passo debba essere interpretato alla luce del suo prosieguo, in cui si rifiuta l'opinione di Labeone secondo la quale, se un arbitro ordina di dare una somma di denaro a una parte che muore prima di versarla, si commetterebbe la *poena* anche se l'erede sia disposto a pagare quanto disposto dall'arbitro (con ogni probabilità, un importo inferiore): a parere dello studioso, dunque, il testo dimostrerebbe l'ereditarietà dell'obbligazione del promittente, che egli ritiene *in faciendo* così come quella nascente dal lodo, poiché potenzialmente potrebbe ingiungere una *facere*. Il punto problematico, a ben guardare, si trova però nella possibilità di sostituire l'obbligazione di *dare* la *poena* con un'altra obbligazione di *dare* sorta con il lodo arbitrale, che non rientra nell'ambito applicativo dei principi enunciati all'inizio del ragionamento, in quanto nuova e diversa rispetto al *compromissum*: Labeone avrebbe pertanto reputato che la prima non fosse estinta dalla pronuncia del lodo e che l'adempimento dell'obbligazione di *'sententiam stare'* fosse divenuto impossibile, mentre Ulpiano avrebbe prescelto la posizione opposta. Talamanca e Finkenauer riflettono anche sull'ipotesi dell'esistenza di un termine per adempiere, che non trova però agganci testuali. Sul brano si vedano anche J. DAZA MARTINEZ, *Compromissum. Contenido*, in «Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho», VI, 1991, p. 91 e 95, e RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 287.

<sup>71</sup>) Ritengono interpolate le parole *'vel ceterorum'* C. LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano*, in «BIDR.», XIV, 1901, p. 156, ROTONDI, *Di alcune riforme*, cit., p. 316, TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, cit., p. 88, RICCOBONO, *Profilo storico*, cit., p. 197 nt. 15, e ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., p. 40 nt. 177. FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 137 s., smentisce questa supposizione e sostiene che la locuzione includa soggetti diversi dai successori a titolo universale, come ad esempio il legatario e in generale gli aventi causa.

<sup>72</sup>) Reputa interpolate le parole *'cuiusque ex litigatoribus'* P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni. Parte generale*, Roma, 1930, p. 165 nt. 1, mentre manifesta qualche dubbio ROTONDI, *Di alcune riforme*, cit., p. 316 nt. 2. Considerano invece genuino il frammento TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, cit., p. 91 nt. 118, ZIEGLER, *Das pri-*

D. 4.8.49.2 (Iul. 4 *dig.*): Si ab altera dumtaxat parte heredis mentio comprehensa fuerit, compromissum solvetur morte cuiusque ex litigatoribus, sicut solveretur altero mortuo, si neutrius heredis persona comprehenderetur.

I documenti della prassi confermano appunto il ricorso all'espedito in parola per evitare lo scioglimento del *compromissum* per morte:

TH 76 (68/69 d.C.)<sup>73</sup>: ... De ea controversia ita stipulati sunt itaque pacti: quod Ti. Crassius Firmus arbiter ex compromisso inter L. Cominium Primum heredemve eius et L. Appuleium Proculum heredemve eius palam coram utroque praesenti sententiam prove sententiam dicat dicive iubeat et dum ante K. Februarias primas sententiam dicat dicive iubeat diemque compromissi proferat proferrive iubeat: si quid adversus ea factum erit sive quid ita factum non erit HS M probos recti dari dolumque malum huic rei arbitrioque abesse futurumque esse.

TP. Sulp. 22 (35 d.C.)<sup>74</sup>: ... Si autem is Aulus Titinius Anthus maior qui supra scriptus est iudex addictus non erit quod per me heredemve meum non fiat, quod per me heredemve meum dolo malo non fiat, quominus is Aulus Titinius Anthus maior qui supra scriptus est iudex addicatur, tum HS C millia nummum proba recte dari stipulatus est Caius Sulpicius Faustus maior, sponendi Aulus Castricius Celer.

---

vate *Schiedsgericht*, cit., p. 56, 70 e 73, e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 135 e nt. 54. C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, II, Milano, 1949, p. 198, sottolinea in proposito il rapporto di fiducia che lega le parti agli arbitri, che avrebbe potuto non esistere invece in capo agli eredi, ma non si comprende come avrebbe potuto ovviare al problema la loro menzione ad opera dei contraenti originari. Anche il parallelo con il contratto di mandato non è d'aiuto a parere di B. MATTHIAS, *Die Entwicklung des römischen Schiedsgerichts*, in «Festschrift B. Windscheid», Rostock, 1888, p. 113 e 117, e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 127 ss., secondo il quale (p. 135 s.) la regola enunciata da Giuliano si baserebbe su un principio di reciprocità, che non avrebbe ammesso che chi non avesse incluso i propri eredi nella *stipulatio* di *compromissum* potesse continuare la procedura stragiudiziale contro gli eredi della controparte. Sull'intrasmissibilità del *compromissum* attestata da questo passo si veda anche RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 286 s.

<sup>73</sup>) «Tabulae Herculanaenses» (cur. V. Arangio-Ruiz, G. Pugliese Carratelli), V, in «Parola del passato», X, 1955, p. 449. Si vedano TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, cit., p. 7, ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., p. 64 e 289, RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 286 e nt. 31, FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 126 nt. 8, e N. RAMPAZZO, *Arbiter → Arbitration: Genesis of a functional Word*, in «Language in the Negotiation of Justice. Contexts, Issues and Applications» (cur. C. Williams, G. Tessuto), London - New York, 2013, p. 112 s.

<sup>74</sup>) Cfr. G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, I, Roma, 1999, p. 77, e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 126 nt. 8.

TH 82 (79 d.C.)<sup>75</sup>: ... Interdum denuntiaretur neve iudicium moveretur a me herede meo, cognitorem ne darem procuratoremve meum ad quem ea res pertinet pertinere: sive quidvis adversus ea factum erit HS duomilia probos recte dari stipulatus est L. Venidius Ennychus sponendi eadem L. Annius Anicetus.

Scevola pare attestare più generalmente quale normale formulazione delle stipulazioni *in non faciendo* la dicitura ‘*neque per te neque per heredem tuum fieri*’<sup>76</sup>:

D. 45.1.133 (Scaev. 13 *quaest.*): Si sic stipulatus sim: ‘neque per te neque per heredem tuum vim fieri spondes?’ et egi, quod mihi vim feceris, recte remanere factum heredis in stipulatione. Nam et ex ipsius posteriore vi potest committi stipulatio: non enim ad unam vim pertinet. Nam sicut et ipsius et heredis caput, ita ipsius vis vel saepius facta complectitur, ut condemnetur quanti interest. Aut si sic volumus factam esse stipulationem: ‘neque per te neque per heredem tuum fieri?’, ut ad unam vim primam teneat: si vim fecerit, amplius ex heredis committi non poterit: ergo si actum sit quasi ex ipsius vi, tota consumpta sit: quod non est verum.

Parimenti, la comune *conceptio* personale della *stipulatio habere licere* riferitaci da Gaio avrebbe ricompreso espressamente l’erede<sup>77</sup>:

D. 21.1.22 (Gai. 1 *ad ed. aed. cur.*): Et neque per se neque per heredem suum futurum, quo minus eum hominem venditor habeat.

Un’analisi più approfondita della promessa si deve a Ulpiano, il quale riporta la possibilità di ricorrere al dettato ‘*per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat*’ riflettendo sull’estensione dell’impegno di ‘*habere licere*’ assunto dal venditore<sup>78</sup>: la questione centrale su cui si impernia il frammento, però, è

---

<sup>75</sup> «Tabulae Herculanaenses» (cur. V. Arangio-Ruiz, G. Pugliese Carratelli), cit., p. 449 ss. Si vedano TALAMANCA, *Ricerche in tema di ‘compromissum’*, cit., p. 11, ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., p. 69, con rec. di O. BEHREND, in «Gnomon», XLVIII, 1976, p. 684 s., e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 126 nt. 8.

<sup>76</sup> Cfr. R. KNÜTEL, *Der mehrfache Verfall von Kautionen*, in «ZSS.», XCII, 1975, p. 150 ss., e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 177 s. Del passo si discorrerà più lungamente *infra*, § 1.5.3.4.

<sup>77</sup> Per la trasmissibilità di tale stipulazione per via della *conceptio* impersonale o della clausola ereditaria, cfr. RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 283 e nt. 22, ove con riferimento a quest’ultima sono citati, oltre a D. 19.1.11.18, anche D. 45.1.3.pr. (Ulp. 49 *ad Sab.*), D. 45.1.49.2 (Paul. 37 *ad ed.*) e D. 45.1.83.pr. (Paul. 72 *ad ed.*); con clausola penale: D. 45.1.2.5 (Paul. 12 *ad Sab.*), D. 45.1.4.1 (Paul. 12 *ad Sab.*), D. 45.1.85.3 (Paul. 75 *ad ed.*) e D. 45.1.131 (Scaev. 13 *quaest.*).

<sup>78</sup> Per l’esegesi del testo, si veda FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit.,



l'inclusione o esclusione dell'evizione da parte di terzi nella garanzia di *'habere licere'*, senza speciali approfondimenti sul problema ereditario. Anzi, la contrapposizione *'per se venientesque a se personas'*/*'per omnes'* tracciata nel secondo periodo compendia in quello successivo il primo gruppo di soggetti entro la semplice locuzione *'per se'*, a indicare l'identità della parte e dei suoi eredi rispetto ai terzi estranei al contratto:

D. 19.1.11.18 (Ulp. 32 *ad. ed.*): Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat praestare. Et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat: proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex empto non tenebitur. Sed Iulianus libro quinto decimo digestorum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri. Ibidem ait idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatum iri: pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventionem, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret. Nisi forte, inquit, sic quis omnes istas supra scriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positus a venatore, vel pantheram ab aucupe: nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emptor pretium praestare necesse habebit: sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum. Nisi forte sciens alienum vendit: tunc enim secundum supra a nobis relatum Iuliani sententiam dicendum est ex empto eum teneri, quia dolo facit.

Anche a proposito dell'interdetto *'ne quid in loco publico vel itinere fiat'*, inoltre, è affermato da Ulpiano che occorre che la relativa *cautio* sia prestata anche con riferimento agli eredi:

D. 43.8.2.18 (Ulp. 68 *ad. ed.*): Si tamen adhuc nullum opus factum fuerit, officio iudicis continetur, ut caveatur non fieri, et ea omnia etiam in persona heredum ceterorumque successorum<sup>79</sup> erunt cavenda.

Il ricorso a tale dicitura nell'ambito della tutela interdittale pare ancor più sintomatico dell'ammissibilità e di una qualche utilità di siffatto accorgimento,

---

p. 68 ss., e la relativa recensione di CANNATA, cit., p. 312.

<sup>79)</sup> Le parole *'ceterorumque successorum'* sono ritenute un'aggiunta dei compilatori da LONGO, *L'origine della successione particolare*, cit., p. 200, come riferisce SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 344.

in quanto implicherebbe l'avallo del pretore a questa prassi<sup>80</sup>.

Quanto appena affermato si può ribadire anche a proposito della stipulazione prestata dall'intimato *ex operis novi nuntiatione*<sup>81</sup> e della *cautio damni infecti*<sup>82</sup>, istituti peraltro indubitabilmente molto antichi e che dunque, per tal

---

<sup>80</sup>) Nota la particolare ricorrenza dell'impegno dell'erede accanto al promittente nelle stipulazioni pretorie PASTORI, *Appunti*, cit., p. 129, e *Il negozio*, cit., p. 143. SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 348 ss., classifica tali stipulazioni tra le *stipulationes mixtae ex dando et faciendo* della tripartizione giustiniana, ma a ben vedere esse hanno a oggetto più semplicemente un *facere* o un *dare*. Il passo è esaminato anche da FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 276 ss., 292 s., 298 s.

<sup>81</sup>) La *cautio* è così ricostruita da O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup>, Leipzig, 1927, p. 549: '*Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, quod in eo loco intra annum ex quo nuntiatum est a te herede tuo opus novum factum erit, id, si ea res secundum me indicata erit sive ea res boni viri arbitrato non defendetur, restitui boni viri arbitrato, quod si ita restitutum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari dolumque malum huic rei abesse afuturumque esse spondesne? Spondeo*'. Si veda D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Como, 1992, p. 94. Più corretta, sulla base della indicazione di Paolo, appare però la proposta A.A.F. RUDORFF, *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Leipzig, 1869, § 308, p. 256 s., accolta da FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 258 s., che colloca la clausola ereditaria prima di '*boni viri arbitrato restitui*', cosicché si riferisca all'obbligo di *restitutio*; Finkenauer la integra inoltre con il riferimento ai *ceteri successores*: '*Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, quod in eo loco intra annum ex quo nuntiatum est opus novum factum erit, id, si ea res secundum me indicata erit sive ea res boni viri arbitrato non defendetur, a te herede tuo ceterisque successoribus boni viri arbitrato restitui, quod si ita restitutum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari dolumque malum huic rei abesse afuturumque esse spondesne? Spondeo*'. Come si può notare, la promessa consiste in ultima analisi in un *dare*, ma condizionato a un *facere* (*restitutio*), tanto che Finkenauer la ritiene una *stipulatio in faciendo*. La *mentio heredis* nella *sponsio* potrebbe dunque avere una mera funzione dichiarativa dell'estensione dell'obbligo del denunziato anche al suo erede, ma anche riconnettersi alla principale obbligazione di *facere*.

<sup>82</sup>) Come noto, volta a proteggere lo stipulante dal pericolo minacciato da un edificio o piante che si trovavano in un fondo vicino, oppure nell'ipotesi di un *opus in flumine publico ripave eius*. A quest'ultimo caso si riferirebbe il testo ulpiano in seguito riportato, sulla base del quale LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 551, ha fondato la propria ricostruzione della *cautio*: '*Quod in illo flumine publico ripave eius a te herede tuo eove ad quem ea res pertinebit opus fiet, quod eius operis vitio in annis decem damnum factum erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari dolumque malum abesse afuturumque esse spondesne? Spondeo*'. Cfr. anche G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, I, *Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna, 1965, p. 331 s., e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 270 ss., che riporta anche la proposta di RUDORFF, *Edicti perpetui*, cit., § 309, p. 257 ss. ('*Si quid ... tantam pecuniam mihi heredique meo eive ad quem ea res pertinet, te heredemque tuum eumve ad quem ea res pertinet, daturum ... spondesne?*') e la contraria opinione di A. SCHMIDT, *Das bei der operis novi nuntiatio einzubaltende Verfahren*, in «*Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*», VIII, 1851, p. 21 s., e A. STÖLZEL, *Die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam*, Cassel-Göttingen, 1865, p. 125, che ritengono che la clausola riguardasse solo parte debitrice.

motivo, potrebbero forse attestare la risalenza dell'espedito in esame<sup>83</sup>:

D. 39.1.8.6 (Paul. 48 *ad ed.*): Morte eius qui nuntiavit extinguitur nuntiatio, sicut alienatione, quia his modis finitur ius prohibendi.

§ 7: Quod si is cui opus novum nuntiatum erat decesserit vel aedes alienaverit<sup>84</sup>, non extinguitur operis novi nuntiatio: idque ex eo apparet, quod in stipulatione, quae ex hac causa interponitur, etiam heredis mentio fit.

D. 39.2.24.1a (Ulp. 81 *ad ed.*): Adicitur in hac stipulatione et heredum nomen vel successorum eorumque, ad quos ea res pertinet. Successores autem non solum qui in universa bona succedunt, sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Vi insiste KOROŠEC, *Die Erbenhaftung*, cit., p. 68. Si potrebbe però obiettare allo studioso che l'antichità degli istituti non necessariamente comporterebbe l'antichità della clausola, potendo quest'ultima essere stata inserita in un tempo successivo nella *conceptio* usuale delle stipulazioni in esame.

<sup>84</sup> SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 349, accoglie la congettura di P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, 1, Roma, 1926 (rist. Milano 1966), p. 450 nt. 1, circa l'interpolazione delle parole 'vel aedes alienaverit'. Della medesima opinione anche LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 549 nt. 7, KOROŠEC, *Die Erbenhaftung*, cit., p. 68, R. MARTINI, *Ricerche in tema di editto provinciale*, Milano, 1969, p. 87, e A. GUARINO, *Gaio e l'edictum provinciale*, in «*Jura*», XX, 1969, p. 167 nt. 64. Al contrario, FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 264 ss., obietta correttamente che una manomissione del testo avrebbe a rigor di logica dovuto investire anche la *mentio heredis*, per Giustiniano superflua, e che il riferimento di Paolo potrebbe ben essere brachilogico, per indicare una *mentio heredum vel ceterorum successorum*.

<sup>85</sup> SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 349 e nt. 34, avverte il lettore che il brano si riferisce alle sole opere in 'flumine publico' – di cui parla il *principium* del frammento – e ritiene che l'aggiunta 'vel successorum' e tutto l'ultimo periodo fossero stati inseriti dai compilatori per asserire che la *cautio damni infecti* si sarebbe trasmessa anche ai successori a titolo particolare. Cfr. LONGO, *L'origine della successione particolare*, cit., p. 194 ss. (per il quale la *mentio* estenderebbe la responsabilità del promittente all'*opus* dei successori), LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 553, e BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II.1, cit., p. 355 s. Si veda sul passo FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 264, 271 ss., 291 s., 298 s., che concorda con G. MACCORMACK, *The Cautio Damni Infecti: Buyer and Seller*, in «*ZSS*», LXXXVIII, 1971, p. 318, sull'autenticità del passo e riporta la ricostruzione della *cautio* avanzata da Lenel (LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 551 ss., e MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 95: 'Quod in illo flumine publico ripave eius a te beredeve tuo eove ad quem ea res pertinebit opus fiet, quod eius operis vitio in annis decem damnum factum erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari dolumque malum abesse afuturumque esse spondesne? Spondeo'), nonché il parere di quest'ultimo sulla funzione della *mentio* di limitare la responsabilità del promittente al fatto proprio e dei suoi successori, escludendo invece quello di terzi estranei. Finkenauer dimostra altresì che subito dopo (D. 39.2.24.2) il giurista parla del 'vitium aedium loci operisve' riferendosi a tutte le cauzioni di danno temuto e non soltanto al caso dell'*opus in flumine publico*, deducendo che anche D. 39.2.24.1a abbia portata generale, così come D. 39.2.24.6. Difficilmente dunque la clausola ereditaria avrebbe rivestito la funzione prospettata da Lenel di restrizione della responsabilità del promittente, anche perché la *cautio*

I due passi attestano l'inserzione della clausola ereditaria nelle *cautiones* corrispondenti a entrambi i summenzionati istituti, anche se nulla dicono circa la loro interpretazione e i loro effetti giuridici in mancanza di *beredis mentio*: Paolo ritiene la clausola una riprova della trasmissibilità, come una guida interpretativa, mentre Ulpiano si limita a descrivere il contenuto della *cautio damni infecti*.

Potrebbe anche darsi, quindi, che la menzione dell'erede non rivestisse in questi casi carattere costitutivo, essendo tali stipulazioni in ultima analisi *in dando*<sup>86</sup>; tuttavia, la sua presenza è comunque un interessante indice del suo impiego pratico e della sua utilità pur soltanto ai fini di chiarezza degli obblighi del promittente.

Sicuramente *in faciendo* – e, precisamente, *in non faciendo* – pare invece la *cautio de amplius non turbando*, prestata in alternativa alla *restitutio* su ordine del giudice dal soccombente all'esito di un procedimento per turbative a un diritto di servitù: egli promette così di ristabilirne le condizioni di esercizio e che né lui stesso né i suoi eredi lo ostacoleranno in futuro<sup>87</sup>.

D. 8.5.7 (Paul. 21 *ad ed.*): Harum actionum eventus hic est, ut victori officio iudicis aut res praestetur aut cautio. Res ipsa haec est, ut iubeat adversarium iudex emendare vitium parietis et idoneum praestare. Cautio haec est, ut eum iubeat de reficiendo pariete cavere neque se neque successores suos prohibituos alius tollere sublatumque habere: et si caverit, absolvetur. Si vero neque rem

---

è uno strumento a protezione del creditore che teme il danno.

<sup>86</sup>) FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 275 s., rifiuta però questa tesi: con specifico riguardo alla *cautio damni infecti*, infatti, egli ritiene che essa non spiegherebbe l'enfasi sulla menzione dei successori posta nel frammento D. 39.2.24.1a. Propende perciò per un'indiretta obbligazione di *facere*, non riuscendo comunque a negare in definitiva la natura *in dando* della stipulazione. Il risalto dato alla *mentio* e forse la stessa esistenza della clausola, dunque, paiono a chi scrive determinati dal dubbio che siffatto contrasto tra classificazione giuridica e implicazioni di fatto della *cautio* avrebbe potuto far sorgere. Lo studioso tedesco ravvisa invece nella *cautio ex operis novi nuntiatione* un dovere di agire diretto (*restitui*), il cui inadempimento è però a sua volta condizione di un *'dare'*: anche in questo caso, perciò, il contratto è in ultima analisi *in dando*, in cui la clausola in commento chiarisce chi può soddisfare la condizione. L'asserzione dell'autore che i giuristi romani avrebbero focalizzato la propria attenzione più sul comportamento dovuto primariamente che non sull'obbligazione secondaria di pagare contrasta infatti con quanto si constaterà *infra*, § II.2, a proposito della *stipulatio poenae*.

<sup>87</sup>) Si veda FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 286 ss., sulle specifiche servitù coinvolte nel caso di specie: oltre a una *servitus oneris ferendi*, infatti, la promessa *in non faciendo* *'neque se neque successores suos prohibituos alius tollere sublatumque habere'* riguarderebbe altresì una *servitus altius tollendi*, in esito al vittorioso esperimento da parte dell'attore di un'*actio confessoria* o di un'*actio negatoria* dell'opposta *servitus altius non tollendi*, come si affermerà anche nel testo.

praestat neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit<sup>88</sup>.

Si osservi come questo cenno ai *successores*, inclusivo anche dei successori a titolo particolare<sup>89</sup>, adempia anch'esso una funzione pressoché dichiarativa, poiché il procedimento ha accertato l'esistenza di una servitù, ossia un diritto reale<sup>90</sup> che vincolerà anche i successivi proprietari del fondo servente, oppure l'assenza di limitazioni di un diritto di proprietà immobiliare, a seconda che si ritenga che Paolo parli qui di un'azione confessoria o di un'azione negatoria di una *servitus altius non tollendi*<sup>91</sup>: la *cautio* consiste quindi nella promessa di rispettare un diritto reale, comportamento doveroso anche per gli eredi e aventi causa del promittente. Essa avrebbe dunque consentito la tutela dei diritti della controparte tramite l'azione *ex stipulatu* e al soccombente di evitare la *litis aestimatio* mediante *insuandum in litem*.

Nessun richiamo a una siffatta *mentio*, invece, è fatto da Paolo con riferimento alla promessa '*de reficiendo pariete*'<sup>92</sup>, può darsi per brevità, ma più probabilmente perché l'obbligazione di compiere un *opus* sarebbe stata considerata assolutamente intrasmissibile<sup>93</sup>.

Simile alla stipulazione appena descritta sarebbe stata la *cautio non faciendi operis in loco publico*, sempre prestata per ordine del giudice su istanza dei legittimati attivi a chiedere l'interdetto proibitorio *ne quid in loco publico vel itinere fiat*, qualora l'attività di costruzione fosse stata soltanto annunciata ma non ancora iniziata<sup>94</sup>. Ulpiano riferisce che tale stipulazione avrebbe ricompreso la menzione degli eredi '*ceterorumque successorum*' del debitore<sup>95</sup>:

---

<sup>88</sup>) Per i sospetti sul testo, si rinvia a BESELER, *Miscellanea*, cit., p. 231, e a S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli, 1949, p. 23. In particolare, ritengono interpolata la promessa che qui interessa il primo autore, insieme a B. BIONDI, *Actio negativa ed actio prohibitoria come azioni a difesa delle servitù e dell'usufrutto*, Messina, 1929, p. 9 nt. 1, e L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano, 1958, p. 176. Cfr. FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 287 s. e nt. 8-11, che smentisce gli studiosi appena elencati ribadendo la classicità della *servitus altius non tollendi* e si dilunga sull'esegesi del plurale '*harum actionum*'.

<sup>89</sup>) Si veda infatti D. 39.2.24.1a (Ulp. 81 *ad ed.*), riportato *supra*, § I.3, nonché FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 291.

<sup>90</sup>) Cfr. FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 291.

<sup>91</sup>) Si rimanda *supra*, nt. 87.

<sup>92</sup>) FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 290.

<sup>93</sup>) La questione sarà approfondita *infra*, § I.4.

<sup>94</sup>) Un *quivis de populo* avrebbe potuto richiedere al pretore l'interdetto proibitorio *ne quid in loco publico vel itinere fiat* contro un'attività di costruzione non ancora terminata su suolo pubblico, qualora ne avesse temuto un danno anche minimo, come la riduzione dell'esposizione alla luce: si veda FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 291 s.

<sup>95</sup>) FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 292, contesta dunque la

D. 43.8.2.18 (Ulp. 68 *ad ed.*): Si tamen adhuc nullum opus factum fuerit, officio iudicis continetur, uti caveatur non fieri: et ea omnia etiam in persona heredum ceterorumque successorum erunt cavenda.

Anche in questo caso l'obbligo astensivo è fatto riconoscere al promittente in una sorta di dichiarazione che trasfonde nella *cautio* un preesistente dovere, già valevole di per sé anche per i suoi eredi e successori a titolo universale o particolare: parimenti, infatti, legittimato passivo dell'interdetto *ne quid in loco publico vel itinere fiat* non sarebbe stato il costruttore, ma *is qui factum habet*<sup>96</sup>, benché in definitiva soltanto il proprietario sia in grado di restaurare la situazione precedente<sup>97</sup>.

Un riferimento all'erede si può riscontrare anche nella *conceptio* della *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*<sup>98</sup>:

---

traduzione di C.F.F. SINTENIS, *Das corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter* (cur. C.E. Otto, B. Schilling, C.F.F. Sintenis), IV, 1832, p. 432, ambigua circa la menzione anche dei successori di parte attiva: la clausola ereditaria nel passo in esame, infatti, riguarderebbe esclusivamente il lato passivo.

<sup>96</sup> D. 43.8.2.37-38 (Ulp. 68 *ad ed.*): '*Hoc interdicto non is tenetur, qui in via publica aliquod fecit, sed is, qui factum habet. Proinde si alius fecit, alius factum habet, is tenetur, qui factum habet: et est hoc utilius, quia is potest restituere, qui factum immisum habet. Habere eum dicimus, qui utitur et iure possessionis fruitur, sive ipse opus fecit sive ex causa emptionis vel conductionis vel legato vel hereditate vel quo alio modo adquisiit*'.

<sup>97</sup> FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 293.

<sup>98</sup> La *cautio ratam rem haberi*, essendo una stipulazione *in dando*, si sarebbe trasmessa invece agli eredi senza necessità di *mentio*. Quest'ultima è attestata soltanto con riferimento agli eredi del *dominus* rappresentato dal *procurator*: la morte del primo, infatti, avrebbe estinto il mandato. Si vedano D. 46.8.8.2 (Venul. 15 *stip.*: '*... Si dominus venientesque ab eo personae ratum non habuerunt, quod procurator eum in servitute petierit vel adversus procuratorem ex servitute in libertatem petitus fuerit, quanti ea res erit, ei praestetur ...*'), D. 46.8.18 (Pompon. 26 *ad Sab.*: '*Si procurator ratam rem dominum heredemve eius habiturum caverit, et unus ex heredibus domini ratum habeat, alter non habeat ...*') e D. 46.8.22.7 (Iulian. 56 *dig.*: '*Si in stipulationem ratam rem haberi hactenus comprehensum fuerit Lucium Titium ratum habiturum, cum id aperte ageretur, ut heredis ceterorumque personae, ad quos ea res pertinet, omitterentur, difficile est existimari doli clausulam committi. Sane cum per imprudentiam hae personae omittantur, actio ex doli clausula competit*'). Dubbio è il caso della *satisfatio legatorum servandorum causa*, poiché D. 36.3.1.3 (Ulp. 79 *ad ed.*: '*Non solum autem omnibus legatariis satisfari oportet, sed et successoribus legatariorum satisfari debere iam constat ...*') potrebbe alludere alla formulazione con menzione degli eredi ma anche, più probabilmente, alla legittimazione di costoro a pretendere la promessa; lo stesso discorso vale anche per il lato passivo, contemplato al § 6: '*Non solum autem legatorum nomine heredes cavent, sed et successores eorum*'. La *cautio indicatum solvi*, invece, sarebbe stata trasmissibile anche se priva di *mentio heredis*, come presuppone D. 35.2.32.2 (Maecen. 9 *fideic.*: '*Iulianus scribit, si utriusque heredis pars exhausta est legatis et alter ex heredibus cautionem praetoriam accepit a legatariis, non aequaliter, sed pro suo modo legis Falcidia rationem et actionem ex stipulatu habiturum. Omnes enim praetorias stipulationes eiusdem interpretationis esse: nam*

Si ea res qua de agitur a centumviris secundum me heredemve meum iudicata erit neque ea res boni viri arbitrato restituatur et, si quid deinde deperierit deminutum erit, damnum, quod ob eam rem te heredemve tuum mihi heredive meo decidere oportet, uti e lege oportet, decidetur, sive ea res a te herede cognitore procuratoreve sponsoribus tuis adversus me heredem cognitorem procuratorem meum boni viri arbitrato defensa non erit, cuive rei dolus malus non abest non auferit, quanti ea res erit tantam pecuniam dari spondesne? Spondeo<sup>99</sup>.

La ricostruzione di Lenel appena trascritta si fonda infatti sulla testimonianza in tal senso di Celso, che ci informa appunto circa la presenza del riferimento all'erede:

D. 50.16.158 (Cels. 25 *dig.*): ... Item in stipulando satis habemus de herede cavere, 'si ea res secundum me heredemve meum iudicata erit' et rursus 'quod ob eam rem te heredemve tuum': nempe aequae si plures heredes sint, continentur stipulatione<sup>100</sup>.

La menzione dell'erede è inoltre attestata anche per la clausola 'ob rem non defensam' per la parte convenuta, come i primi due testi seguenti asseriscono esplicitamente e gli ultimi due confermano:

D. 46.7.5.3 (Ulp. 77 *ad ed.*): Nunc videamus qualis defensio exigatur, ne committatur stipulatio, et quarum personarum. Et si quidem ex personis enumeratis in defensionem quis succedat, palam est recte rem defendi nec committi stipulationem. (...)

---

*constare ex indicatum solvi stipulatione, sive a parte actoris sive a rei plures heredes existissent, non omnibus nec adversus omnes actionem contingere, sed dumtaxat his qui vicissent et adversus victos, hisque, adversus quos res defensa non esset, adversus eos, qui rem non defendissent*): si veda *infra*, § I.5.3.4. Trasmissibile sarebbe stata la *cautio vadimonium sisti, in dando* (D. 2.11.10.2 Paul. 1 *ad Plant.*, incentrato però su una stipulazione già commessa: '... haec stipulatio iudicio sistendi causa facta ad heredem transeat'), anche se non esistono fonti strettamente attinenti alla questione, mentre nessun problema si pone circa le altre stipulazioni pretorie, tutte *in dando* eccetto la clausola 'boni viri arbitrato usurum fruiturum te' della *cautio usufructuaria*, che non avrebbe comunque fatto sorgere dubbi sul trapasso all'erede perché riguardante un diritto intrasmissibile. Cfr. SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 350 s. e nt. 38, nonché la lunga disamina sulle stipulazioni pretorie di FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 211 ss.

<sup>99</sup>) Così la ricostruisce LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 521: si veda FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 238 ss.

<sup>100</sup>) Riferiscono il passo alla *cautio pro praede litis et vindiciarum* LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 518 nt. 1, SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 344, KASER, *Die Stipulationsklausel*, cit., p. 187, e F. LA ROSA, *La struttura della 'cautio indicatum solvi'*, in «Labeo», II, 1956, p. 176 nt. 41, ove si contempla anche la *cautio indicatum solvi*. Si veda FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 239 s. e nt. 17.

*Paul. Sent.* 5.9.2: ... et tam dantes quam accipientes, heredes quoque eorum, procuratores cognitorumque personae, itemque sponsores eadem stipulatione comprehenduntur: eorum quoque, quorum nomine promittitur.

D. 46.7.5.1 (Ulp. 77 *ad ed.*): Unus ex fideiussoribus vel heredibus pluribus alio cessante suscipere defensionem potest .

Prob., *fr. Einsidl.* 53 [H. COG.]: herede cognitore<sup>101</sup>

Si può notare, però, che anche questa stipulazione è *in dando* e, quindi, la clausola ereditaria non sarebbe stata necessaria, ma sarebbe stata ugualmente inserita nella *conceptio* della *cautio* a esplicitare la trasmissione degli obblighi implicata dalla promessa; infatti, nella clausola di dolo finale, il riferimento all'erede non è ripetuto<sup>102</sup>.

Il generico cenno ai *successores*, inclusivo dunque dei successori a titolo particolare e *inter vivos*, è sospetto di interpolazione in altri due testi:

D. 8.4.13.pr. (Ulp. 6 *op.*): Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. Quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur<sup>103</sup>.

D. 8.5.7 (Paul. 21 *ad ed.*): Harum actionum eventus hic est, ut victori officio iudicis aut res praestetur aut cautio. Res ipsa haec est, ut iubeat adversarium iudex emendare vitium parietis et idoneum praestare. Cautio haec est, ut eum iubeat de reficiendo pariete cavere neque se neque successores suos prohibituos altius tollere sublatumque habere: et si caverit, absolvetur. Si vero neque rem praestat neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup>) J. BAVIERA, «Fontes Iuris Romani antejustiniani»<sup>2</sup> – ed. S. Riccobono, C. Ferrini, J. Furlani, V. Arangio Ruiz –, Firenze, 1968, II, «Auctores», § 53, p. 459. La glossa di Probo si riferirebbe appunto alla clausola in commento: si vedano SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 344, e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 242.

<sup>102</sup>) Cfr. FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 242.

<sup>103</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 344 nt. 18, oppone alla tesi della grave interpolazione di S. PEROZZI, *I modi pretorii d'acquisto delle servitù*, in «RISG.», XXIII, 1897, p. 8 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, *Servitù e obbligazioni*, Milano, 1948, p. 197 ss., l'opinione di P. BONFANTE, *La successio in universum ius e la universitas*, in *Scritti giuridici vari*, I, *Famiglia e successione*, Torino, 1916, p. 253, secondo il quale la locuzione '*in ius eorum succedentium*' sarebbe classica.

<sup>104</sup>) Cfr. LONGO, *L'origine della successione particolare*, cit., p. 195, BESELER, *Miscellanea*,



Per esprimere la previsione della trasmissibilità a successori ulteriori rispetto ai soli *heredes*, fin dai tempi di Probo<sup>105</sup> si registra più spesso l'impiego della diversa clausola '*is ad quem ea res pertinet*' oppure '*omnes ad quos ea res pertinet*', in aggiunta o in sostituzione dell'espressa menzione dell'erede.

Nel caso di *stipulatio in dando*, al contrario, quest'ultima sarebbe stata superflua, in quanto l'erede sarebbe stato già vincolato *ipso iure*<sup>106</sup>, come dimostrerebbe il seguente ragionamento di Giuliano:

D. 45.1.56.1 (Iulian. 52 *dig.*): 'Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes?'. Titii persona supervacua comprehensa est: sive enim solus heres extiterit, in solidum tenebitur, sive pro parte, eodem modo, quo ceteri coheredes eius, obligabitur. Et quamvis convenisse videatur, ne ab alio herede quam a Titio peteretur, tamen inutile pactum conventum coheredibus eius erit.

Il giurista reputa superflua la *mentio certi heredis* nella promessa di dare dieci, poiché ridondante se esistesse un solo erede, mentre se ne esistessero molti sarebbero tenuti tutti *pro parte*; egli rifiuta anche la riconduzione della fattispecie entro lo schema del *pactum de non petendo*, con tanta energia da far sospettare l'esistenza di una siffatta posizione giurisprudenziale<sup>107</sup>.

Da tale regime discende anche la possibilità di limitare a uno solo dei

---

in «ZSS», XLV, 1925, p. 231, SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 344 nt. 18, e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 286 ss. Si veda *supra*, nt. 88.

<sup>105</sup> Prob., *fr. Einsidl.* 37: 'H.Q.M. = *heredemque meum*'; 53: H. 'COG. = *herede cognitore*'; 72: 'O.A.Q. = *omnes ad quos (scil. ea res pertinet)*': cfr. SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 338, che dà per certo il riferimento a una stipulazione almeno della seconda delle sigle elencate. Si veda anche PASTORI, *Appunti*, cit., p. 128, e *Il negozio*, cit., p. 142.

<sup>106</sup> Cfr. KOROŠEC, *Die Erbenhaftung*, cit., p. 69, SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 340, BETTI, *La struttura*, cit., p. 61, e BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 93. Non fanno eccezione le stipulazioni di *dare* generiche e alternative con scelta allo stipulante, in quanto l'erede di quest'ultimo vi sarebbe citato soltanto con riferimento alla trasmissione della facoltà di *electio*. Infatti, se la scelta fosse invece spettata al promittente, non sarebbe occorsa alcuna *mentio heredis* ai fini della trasmissibilità del contratto: si veda SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 352, che rimanda a D. 45.1.117 (Pap. 12 *quaest.*: '*Si centum homines, quos ego heresve meus eligerem, stipulatus, antequam eligerem, duos heredes reliquero, numero dividitur stipulatio: diversum erit, si iam electis hominibus successerint*'), e D. 45.1.93 (Paul. 3 *ad Vitell.*: '*Si sic stipulatus fuero: per te non fieri, quo minus hominem ex his, quos habes, sumam?*' *electio mea erit*'). Lo studioso colloca siffatte stipulazioni entro la categoria giustinianea delle *stipulationes mixtae ex dando et faciendo*, ma tale classificazione non pare giustificata, in quanto esse prevedono più semplicemente una sola prestazione di *dari*.

<sup>107</sup> Lo nota FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 193. Esamina il testo anche RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 289.

coeredi il passaggio dal lato attivo delle *stipulationes in faciendo*<sup>108</sup>, mentre le obbligazioni nascenti da *stipulationes in dando* si sarebbero ripartite tra costoro immediatamente, in virtù della divisibilità e, si può supporre, anche dell'automaticità della trasmissione<sup>109</sup> di queste ultime<sup>110</sup>:

D. 45.1.137.8 (Venul. 1 *stipul.*): Praeterea sciendum est, quod dari stipulemur, non posse nos uni ex heredibus adquiri, sed necesse esse omnibus adquiri: at cum quid fieri stipulemur, etiam unius personam recte comprehendendi.

E' plausibile che della stessa opinione sarebbe stato Venuleio con riguardo al lato passivo del negozio, concordando così con Giuliano e uniformandosi alla regola delle XII tavole (V.9) '*nomina hereditaria ipso iure dividuntur*'<sup>111</sup>.

Un lacerto di Ulpiano, però, sembra consentire allo stipulante di trasmettere il contratto dal lato attivo a uno solo dei coeredi, attraverso la concessione pretoria di un'*actio utilis* alla figlia menzionata nella stipulazione '*mibi et post mortem meam filiae meae dari?*':

D. 45.1.45.2 (Ulp. 50 *ad Sab.*): Si ita quis stipulatus sit: '<mibi et><sup>112</sup> post mortem meam filiae meae dari?' vel ita 'post mortem filiae meae mihi dari?', utiliter erit stipulatus: sed primo casu filiae utilis actio competit, licet heres ei non existat.

Se la donna non fosse stata erede, non le sarebbe comunque stata esperibile l'azione *ex stipulatu*, perché essa compete appunto ai successori; essendo invece costei erede, il giurista attesta che le sarebbe parimenti spettata una sola *actio utilis* e, dunque, che lo stretto *ius civile* non avrebbe riconosciuto la sua pretesa. Lasciando da parte i problemi che involgono la contrattazione a fa-

---

<sup>108</sup> Sull'utilità pratica di un siffatto espediente al momento della divisione ereditaria e per le obbligazioni indivisibili si sofferma FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 187 ss. Lo studioso ritiene il passo inconciliabile con D. 45.1.131.pr. (Scaev. 13 *quaest.*), poiché non reputa che le stipulazioni *in non faciendo* seguissero un regime di trasmissione ereditaria differente dalle stipulazioni *in faciendo*.

<sup>109</sup> Si veda *supra*, § I.1.

<sup>110</sup> Per questa interpretazione del testo seguente, cfr. SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 339 e 340 nt. 4, ove l'autore sottolinea l'eccezione rispetto alle regole della trasmissibilità delle obbligazioni che il passaggio a un solo erede comporta. Si vedano anche DE FRANCESCO, *Note sulle obbligazioni*, cit., p. 325, e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 188 ss.

<sup>111</sup> Di questa opinione FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 193. Sul precetto, si veda D. 10.2.25.9 e 13 (Paul. 23 *ad ed.*), C.I. 3.36.6, C.I. 8.35.1, C.I. 8.31.1 e C.I. 4.16.7.

<sup>112</sup> Sull'integrazione proposta e sui sospetti di interpolazione di questo passo si è già discusso *supra*, nt. 23.

vore del terzo non erede, la fonte in esame prova quindi che, qualora la figlia fosse stata coerede del padre, egli avrebbe potuto farsi promettere di ‘dari’ a quella specifica discendente, ma soltanto grazie alla tutela pretoria: il testo infatti lascia intendere che costei non sarebbe stata l’unica erede del padre, trattandosi al contrario di una sorta di divisione anticipata.

Di conseguenza, l’ammissione di Ulpiano potrebbe essere indice di un’evoluzione tardo-classica che tempera la rigida negazione di Giuliano e Venuleio della possibilità di attribuire a uno solo tra i coeredi la trasmissione di una stipulazione *in dando*<sup>113</sup>.

Uno stratagemma della pratica volto a evitare questa automatica ripartizione tra gli eredi di debiti e crediti derivanti da stipulazioni *in dando* potrebbe essere attestato dal passo seguente, se è corretta l’interpretazione secondo la quale vi si discorrerebbe della formulazione *in faciendo* di una stipulazione di fatto *in dando*:

D. 23.4.23 (Afric. 7 *quaest.*): Pater cum filiae suae nomine dotem daret, pactus est, ut mortua <in matrimonio> filia uno pluribusve liberis superstitibus deducta parte tertia reliqua dos sibi aut post mortem suam illi aut illi filiis quos in potestate habebat reddatur: deinde haec ita fieri stipulatus est: post mortem eius mulier in matrimonio decesserat relictis filiis: quaesitum est, an ex stipulationis hanc esse, ut, si in matrimonio mortua esset, dos patri redderetur, et perinde habendum, ac si talis stipulatio interposita fuisset: ‘si navis ex Asia venerit, mihi aut post mortem meam Lucio Titio dari spondes?’ Nam et si post mortem stipulatoris navis venisset, heredi deberi.

Un padre, nel dotare la figlia a suo nome, si fa promettere dal genero che sia fatto (*ita fieri stipulatus est*) che, nel caso in cui costei muoia lasciando prole, la dote sia restituita per due terzi al padre stesso o, se premorto, ai figli di quest’ultimo che si trovino sotto la sua potestà. Dopo la morte del padre, muore anche la figlia in costanza di matrimonio, lasciando due discendenti. La *quaestio* verte sulla possibilità per questi ultimi di domandare le due parti e la risposta è affermativa, perché il contratto in esame sarebbe assimilabile alla stipulazione condizionata di dare allo stipulante o al suo erede, tale dovendo intendersi il *Lucius Titius* della stipulazione paradigmatica finale<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup>) Cfr. ancora FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 205 ss.

<sup>114</sup>) Si veda l’esegesi del testo di FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 195 ss., nonché la letteratura citata *supra*, nt. 25. La difficoltà interpretativa, benché non costituisca un argomento sufficiente, ha condotto a ritenere il frammento interpolato RICOBONO, *Formazione del domma della trasmissibilità*, cit., p. 353 ss. (contestato da OCHSENBEIN, *La transmissibilità*, cit., p. 44), nonché W. FLUME, *Die Vererblichkeit der suspensiv bedingten*

Il caso sembra testimoniare inoltre che la trasfusione di una promessa di *dare* in una stipulazione *in faciendo* con clausola ereditaria avrebbe consentito allo stipulante di far succedere nel credito soltanto alcuni dei propri eredi, espressamente menzionati<sup>115</sup>. Il testo sembra riferirsi a siffatto espediente come a cosa comune e nota, vista la brevità del cenno ‘*deinde haec ita fieri stipulatus est*’, che dunque l’autore non reputa bisognoso di spiegazione<sup>116</sup>.

Qualora si fosse voluto far trapassare il vincolo a un solo determinato erede e non a tutti i coeredi, in particolare, sarebbe stata necessaria la sua indicazione nominativa. Infatti, una piana norma interpretativa avrebbe ritenuto inclusi nel singolare *heres* tutti gli *heredes* del *de cuius*, in assenza di esplicita disposizione contraria<sup>117</sup>:

D. 50.16.158 (Cels. 25 *dig.*): In usu iuris frequenter uti nos Cascellius ait singularem appellationem, cum plura generis eiusdem significare vellemus: nam ‘multum hominem venisse Romam’ et ‘piscem vilem esse’ dicimus. Item in stipulando satis habemus de herede cavere ‘si ea res secundum me heredemve meum iudicata erit’ et rursus ‘quod ob eam rem te heredemve tuum’: nempe aequae sint plures heredes sint, continentur stipulatione.

Potrebbe trattarsi però di una regola esegetica da applicarsi concretamente caso per caso, visto che sopra si è rilevato che sarebbe bastato riferirsi alla propria figlia per trasmettere solo a costei il contratto: ciò che sarebbe connotato sarebbe stata l’inequivocabilità dell’espressione, il che fa supporre che il *pater* in D. 45.1.45.2 abbia una sola figlia.

I rapporti interni tra i coeredi, infine, sarebbero stati regolati attraverso l’*actio familiae erciscundae*, che avrebbe ristabilito i reciproci equilibri di giustizia sostanziale. Paolo si preoccupa di specificarlo in due diversi luoghi:

D. 45.1.2.5 (Paul. 12 *ad Sab.*): Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipula-

---

*Obligation nach klassischem römischem Recht*, in «T.», XIV, 1926, p. 80 ss., C. SANFILIPPO, *Studi sull’hereditas*, in «AUPA.», XVII, 1937, p. 299, e VOGLI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 281. Per l’autenticità, invece, si dichiarano RABIE, *L’acte juridique ‘post mortem’*, cit., p. 330 s., MASI, *Studi sulla condizione*, cit., p. 49 ss., STAGL, *Favor dotis*, cit., p. 144 ss., e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 195 ss., che esclude altresì la dipendenza da Giuliano della soluzione prospettata in D. 23.4.23, spiegando così le divergenze del passo con D. 45.1.131.pr.

<sup>115</sup>) Così FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 195 ss.

<sup>116</sup>) Forse allo stesso tipo di stipulazione si riferisce D. 23.4.9 (Pompon. 16 *ad Sab.*): ‘*Si ita conveniat, ut, si vivo socero mortua sit filia, ipsi socero, si mortuo, filio eius, si filio quoque defuncto totum suo heredi reddatur, benigna interpretatione potest defendi utilem stipulationem esse*’: cfr. FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 203 ss.

<sup>117</sup>) Cfr. RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 288, e *supra*, nt. 100.

tus fuero: 'per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat?' et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes eius, sed familiae erciscundae iudicio ab eo repetent quod praestiterint. Hoc et Iulianus et Pomponius probant.

D. 45.1.85.3 (Paul. 75 *ad ed.*): Quod si stipulatus fuero: 'per te heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam: si adversus ea factum sit, tantum dari?' et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri, quoniam, licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor: sed ceteri familiae erciscundae iudicio sarcient damnum.

Si è visto quindi che la presenza di una clausola ereditaria, sotto forma di *mentio heredis* oppure di più ampio riferimento ai *successores* o a coloro a cui '*ea res pertinet*' / '*pertinebit*', è massicciamente attestata dalle fonti, anche se espresamente dichiarata inutile da Giustiniano (C.I. 8.37.13.pr.: '*... sive specialis heredum fiat mentio, sive non ...*') nella costituzione di riforma che precede la redazione del Digesto.

In particolare, essa è spesso riferita alla trasmissibilità passiva di stipulazioni *in faciendo*, ma se ne è chiara la precisa funzione di trasmettere il debito a un solo preciso erede in caso di *mentio certi heredis*, non si sono riscontrate esplicite e certe attestazioni di una funzione costitutiva del riferimento all'intero novero degli eredi o successori, ossia di una categorica intrasmissibilità a cui la presenza della clausola ovvierebbe.

Soltanto nello speciale caso del *compromissum*<sup>118</sup>, infatti, è affermato indubitabilmente che in mancanza di *mentio heredis* il contratto non sarebbe trasmissibile, mentre tale aggiunta più spesso pare volta solamente a esplicitare la volontà delle parti ed evitare fraintendimenti nell'interpretazione della promessa, soprattutto nel caso di *conceptio* personale del contratto.

La sua presenza persino in stipulazioni *in dando*<sup>119</sup>, tuttavia, lascia scorgere la necessità di tale chiarimento e, pertanto, un dubbio interpretativo in assenza di siffatta precisazione, che avrebbe potuto estrinsecarsi in quelle *altercationes* giurisprudenziali a cui allude Giustiniano.

#### 4. Stipulazioni assolutamente intrasmissibili

Per una particolare categoria di stipulazioni *in faciendo*, ossia quelle aventi a

---

<sup>118</sup>) Esaminato *supra*, § I.3.

<sup>119</sup>) Di cui saranno forniti altri esempi *infra*, § I.5.2.

oggetto la realizzazione di un *opus*, la prassi dell'*heredis mentio* non è attestata.

Astrattamente, si potrebbe anche azzardare la spiegazione che tali contratti fossero stati assimilati alle stipulazioni *in dando* e dunque considerati automaticamente trasmissibili agli eredi, visto che lo scopo pratico delle parti sembra consistere proprio nella consegna di una cosa.

Tale ipotesi, però, è smentita dalle fonti e deve pertanto essere abbandonata: Ulpiano infatti qualifica espressamente come stipulazioni *in faciendo* le promesse di un *opus* come '*fossam fodiri*' e '*domum aedificari*'<sup>120</sup>:

D. 45.1.75.7 (Ulp. 22 *ad ed.*): Qui id, quod in faciendo aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur: in faciendo, veluti '*fossam fodiri*', '*domum aedificari*', '*vacuam possessionem tradi*': in non faciendo, veluti '*per te non fieri, quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat*', '*per te non fieri, quo minus mihi hominem erotem habere liceat*'.

In un altro testo, lo stesso giurista si concentra sull'importanza delle qualità soggettive del promittente della prestazione di costruire una nave, edificare una casa o eseguire uno scavo. Dalla spiccata personalità della prestazione, allora, Ulpiano fa discendere la mancata liberazione del debitore se provvede all'esecuzione il fideiussore senza il consenso del creditore.

Egli estende addirittura simili conclusioni alla stipulazione '*per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat*', asserendo che il fideiussore che impedisca il passaggio non commetterebbe la stipulazione né che la *patientia* da lui prestata inciderebbe sull'obbligazione principale. Si noti che in quest'ultimo caso il passo ha riguardo a una stipulazione *in non faciendo*, in cui il rilievo della soggettività del promittente è assai meno evidente: verrà dunque preso in esame anche a proposito della trasmissibilità di quest'altro tipo di contratto<sup>121</sup>.

D. 46.3.31 (Ulp. 7 *disp.*): Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturae et doctrinae et institutionis. Ideo si navem a se fabricandam quis promiserit vel insulam aedificandam fossamve faciendam et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fideiussor ipse aedificans vel fossam fodiens non consentiente stipulatore non liberabit reum. Quare etiam si illis stipulationibus fideiussor accesserit: '*per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?*', prohibens ire fideiussor stipulationem non committit et, si patientiam praestet, non efficiet, quo minus committatur stipulatio<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 354 e nt. 44.

<sup>121</sup>) Cfr. *infra*, § 1.5.3.2.

<sup>122</sup>) Sul brano, si veda FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 40 ss., e la recensione positiva di CANNATA, cit., p. 301.

La critica interpolazionistica ha scorto una eco della costituzione C.I. 8.37.13 nelle parole *'et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat'*, che costituirebbero una ripetizione rispetto alla già specificata precisazione *'si navem a se fabricandam quis promiserit'* e che sarebbero state inserite per evocare una normale trasmissibilità delle stipulazioni *in faciendo* e presentare come eccezione l'espressa volontà delle parti<sup>123</sup>; il passo dunque avrebbe invece presupposto una normale intrasmissibilità.

Sembra più convincente, però, la lettura di chi sostiene la riferibilità all'autore del testo integrale, in quanto la supposta interpolazione in realtà costituirebbe un riferimento al criterio di interpretazione del contratto dell'*'id quod actum est'*<sup>124</sup>.

Ciononostante, non pare di poter dedurre dall'autenticità del passo una piana regola generale e assoluta vigente in età classica di trasmissibilità delle stipulazioni *in faciendo* attive salvo che le parti avessero convenuto la speciale personalità della prestazione – come fa invece Finkenauer –, poiché i compilatori potrebbero semplicemente aver selezionato e inserito nella raccolta una particolare posizione emersa in una situazione di *ius controversum*, trascurando invece quelle più lontane dalla soluzione giustiniana.

In altre parole, la fonte in commento è atta a provare l'esistenza in età classica di una siffatta posizione interpretativa e, se letta alla luce della costituzione C.I. 8.37.13, può dimostrare altresì più in generale che il dibattito tra i *veteres* si sarebbe imperniato sul problema del rilievo delle caratteristiche soggettive del debitore di una prestazione di *facere*; l'assenza di ulteriore documentazione specificamente focalizzata sul trapasso all'erede delle stipula-

---

<sup>123</sup> F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen. Vierter Beitrag*, in «ZSS», XVIII, 1897, p. 36, BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, cit., p. 164 nt. 1, SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 89, F.M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946, p. 163, FADDA, *Concetti fondamentali*, cit., p. 271, BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 99, VASSALLI, *Di talune clausole*, cit., p. 261 nt. 3, P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, I, *Le garanzie personali*, Padova, 1962, p. 42, VOGLI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 232 nt. 86, O. BEHREND, *Die Rechtsformen des römischen Handwerks*, in «Das Handwerk in vor- und frühgeschichtlicher Zeit, I, Historische und rechtshistorische Beiträge und Untersuchungen zur Frühgeschichte der Gilde», Göttingen, 1981, p. 144, G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milano, 1973, p. 186 nt. 27, A. METRO, *La sublocazione dell'opus faciendum*, in «Études H. Ankum», I, Amsterdam, 1995, p. 342, C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II.1, Torino, 2003, p. 278 e nt. 677, e C. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum. Studien zur befreienden Drittleistung im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2007, p. 316 ss.

<sup>124</sup> FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 41 ss., il cui ragionamento si diparte da D. 45.1.38.21, in cui si sostiene la validità della stipulazione a favore del terzo di colui che *'insulam faciendam promiserit aut conduxerit deinde ab aliquo insulam stipulatori fieri'*, poiché vi è un interesse dello stipulante.

zioni *in faciendo* attive e, nel dettaglio, della stipulazione di *facere* un *opus*, non sembra però consentire di trarre la conclusione dell'esistenza certa e indiscussa di una regola di trasmissibilità.

Infatti, all'argomento *e silentio* circa la mancanza di attestazioni della *heredis mentio* in questo tipo di stipulazioni si può altresì aggiungere la constatazione che le fonti non parlano di eredi con riferimento alla categoria di contratti in esame<sup>125</sup>; allo stesso modo, pur costituendo il paradigma delle stipulazioni indivisibili, non ne è esaminata neppure la questione della divisibilità tra i coeredi<sup>126</sup>, ma i giuristi indagano soltanto il problema della divisibilità dell'*opus* con riferimento al legato<sup>127</sup>.

Osservando nell'insieme tutti questi indizi, essi paiono a chi scrive convergere, al contrario, nel senso di una normale intrasmissibilità, la cui giustificazione teorica sembra data per condivisa e diffusa in età classica nella costituzione giustiniana (C.I. 8.37.13) che ha aperto il presente capitolo<sup>128</sup>:

§ 1: (...) illa subtili et supervacua scrupolositate explosa, per quam putabant non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est.

L'opinione criticata dall'imperatore riguarda la prestazione di un *factum*, che grammaticalmente è il compimento di un *facere*, ossia potrebbe riferirsi addirittura a qualsiasi prestazione diversa dal *dare*, ma senza dubbio all'*opus*, la cui realizzazione non può che integrare un *factum*.

Quale ne sia l'estensione dell'ambito applicativo, questa posizione giurisprudenziale avrebbe ritenuto non indifferente la persona di colui che avesse adempiuto e, di conseguenza, la persona del debitore, cioè avrebbe qualificato la prestazione come infungibile rispetto agli interessi del creditore.

Ma è possibile anche un'altra interpretazione del lacerto: l'impossibilità cui esso fa cenno, invero, potrebbe essere proiettata anche sul versante passivo del rapporto giuridico tra le parti e, quindi, la preoccupazione dei giureconsulti avrebbe potuto piuttosto riguardare la posizione del successore. Nell'incapacità di compiere l'*opus* promesso dal *de cuius*, infatti, l'erede non avrebbe potuto

---

<sup>125</sup> Cfr. SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 354, la cui argomentazione sul punto qui si riporta e condivide.

<sup>126</sup> SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 354 e nt. 45 lo fa notare con riferimento a D. 45.1.2 (Paul. 12 *ad Sab.*), D. 10.2.25 (Paul. 23 *ad ed.*) e 44 (Paul. 6 *ad Sab.*) e D. 45.1.72.pr. (Ulp. 20 *ad ed.*).

<sup>127</sup> SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 354 e nt. 46, in cui sono citati D. 45.1.85.2 (Paul. 75 *ad ed.*), D. 10.2.44 (Paul. 6 *ad Sab.*), D. 32.11.23 e 24 (Ulp. 2 *fideic.*) e D. 35.2.80.1 (Gai. 3 *de legatis ad ed. pr.*).

<sup>128</sup> Si veda ancora SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 354.



che subire le conseguenze dell'inadempimento di un'obbligazione da lui non assunta originariamente in prima persona, il quale effetto avrebbe potuto essere reputato sostanzialmente ingiusto dai giurisperiti.

Il legislatore sembra insomma censurare l'esistenza di una sorta di presunzione di personalità della prestazione di compiere un *factum*, che gli appare un eccesso interpretativo assunto a rango di regola generale: egli ne dimostra l'assurdità limitandosi a riportarne il presupposto di impossibilità di compimento del *factum* da parte di qualcun altro, che, se inteso in senso assoluto, appare al senso comune facilmente smentibile nella gran parte dei casi.

Ulpiano, seppur in un frammento non incentrato sul problema della trasmissione all'erede della stipulazione di *facere un opus*, testimonia invece la presenza di un principio interpretativo del contratto più attento all'intenzione delle parti, che ravvisa la centralità soggettiva del debitore soltanto qualora nell'assetto di interessi delle parti e nella particolare fattispecie la prestazione sia davvero infungibile: di qui i presumibili problemi interpretativi dei negozi di questo tipo, la cui soluzione avrebbe probabilmente diviso la giurisprudenza tra chi avrebbe scorto la personalità della prestazione soltanto in caso di inequivoca ed espressa volontà delle parti in tal senso e chi, al contrario, avrebbe ritenuto che di norma la realizzazione di un *opus* avrebbe dovuto considerarsi infungibile.

Stando a Giustiniano, quest'ultima posizione sarebbe probabilmente prevalsa tra i *veteres*.

### **5. Testi che sembrano smentire la ricostruzione finora tracciata**

A onor del vero, sono presenti nella compilazione testi che sembrano contrastare con la ricostruzione appena tracciata circa la trasmissibilità *mortis causa* delle stipulazioni *in dando* e *in faciendo*.

Essi saranno elencati e analizzati di seguito per gruppi omogenei, per giungere a verificare se le contraddizioni siano reali o soltanto apparenti e per tentare infine di ricomporle entro un panorama unitario.

In primo luogo si dimostrerà che alcuni attengono soltanto illusoriamente al tema della trasmissibilità ereditaria delle stipulazioni *in faciendo* (§ 5.1); secondariamente, si proporrà la spiegazione delle occorrenze di clausole ereditarie in stipulazioni pianamente *in dando* (§ 5.2); infine, ci si soffermerà più lungamente sulle ipotesi di trasmissibilità automatica di stipulazioni *in (non) faciendo* riportateci dalle fonti (§ 5.3). Nelle considerazioni conclusive (§

6) si giungerà dunque a coordinare questi dati con quelli già ricavati dalla presenza di clausole ereditarie in numerose e diverse stipulazioni *in faciendo*.

### 5.1 Testi solo apparentemente attinenti alla questione della trasmissibilità ereditaria delle stipulazioni *in faciendo*

Scherillo ha individuato, innanzitutto, un lungo elenco di testi che riportano stipulazioni *in faciendo*, tra cui quelle sopra esemplificate, prive della *mentio heredis*. Tali testimonianze, però, non smentiscono affatto la ricostruzione suesposta circa l'applicazione di quest'ultima prassi, in quanto esse non trattano di eredi e di trasmissione del contratto e, quindi, non dimostrano interesse verso la succitata prassi<sup>129</sup>.

In secondo luogo, lo studioso ha sottolineato che un paio di passi di Paolo riguardanti stipulazioni *in faciendo* prive di menzione dell'erede prendono però in esame la responsabilità di quest'ultimo<sup>130</sup>.

D. 2.11.10.pr. (Paul. 1 *ad Plant.*): Si eum iudicio sisti promiserō, qui iam tempore liberatus esse dicebatur, quia iam actione forte non tenebatur: actio in me danda est, ut vel exhibeam eum vel defendam, ut veritas inquiratur.

§ 1: Homo sisti promissus ante diem dolo promissoris periit: certo iure utimur non ante poenam peti posse, quam dies venerit: tota enim stipulatio in diem collata videtur.

§ 2: Qui iniuriarum acturus est, stipulatus erat ante litem contestatam ut adversarius suos iudicio sistat: commissa stipulatione mortuus est. Non competere heredi eius ex stipulatu actionem placuit, quia tales stipulationes propter rem ipsam darentur, iniuriarum autem actio heredi non competit. Quamvis enim haec stipulatio iudicio sistendi causa facta ad heredem transeat, tamen in hac

---

<sup>129</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 356 e nt. 48, ove sono citati D. 45.1.83.pr. (Paul. 72 *ad ed.*) e D. 45.1.75.7 (Ulp. 22 *ad ed.*) a proposito della *stipulatio habere licere*; sempre D. 45.1.75.7, D. 45.1.50 (Ulp. 50 *ad ed.*), 111 (Pompon. 5 *ad Q. Muc.*) e 130 (Paul. 15 *quaest.*), D. 8.1.20 (Iavol. 5 *ex Post. Lab.*) e D. 19.1.3.2 (Pompon. 9 *ad Sab.*) riguardo alla *stipulatio dare agere licere*; D. 45.1.121.pr. (Pap. 11 *resp.*), D. 45.1.135.4 (Scaev. 5 *resp.*), D. 45.1.83.pr. (Paul. 72 *ad ed.*), D. 45.1.53 (Iulian. 16 *dig.*), D. 36.3.1.pr. (Ulp. 79 *ad ed.*), D. 35.3.1.pr. (Ulp. 79 *ad ed.*), D. 46.8.19 (Paul. 13 *ad Sab.*), D. 46.4.13.5 (Ulp. 50 *ad Sab.*), D. 44.4.4.15 e 16 (Ulp. 76 *ad ed.*), D. 4.3.1.4 e D. 4.3.7.3 (Ulp. 11 *ad ed.*) con riferimento alla *stipulatio doli*; Gai., *inst.* 4.88, 98, 112, Vat. fragm. 333, 335, 336, D. 46.8, D. 46.1.73 (Paul. 76 *ad ed.*), D. 3.3.36 (Paul. 8 *ad ed.*), D. 3.3.39 e 40 (Ulp. 9 *ad ed.*), D. 3.3.45.2 (Paul. 9 *ad ed.*), D. 3.3.65 (Mod. *l.s. de beuremat.*), D. 3.3.75 (Iulian. 3 *dig.*), D. 4.4.26.pr. (Paul. 11 *ad ed.*), D. 16.2.9.1 (Paul. 32 *ad ed.*), D. 36.1.68.1 (Paul. 2 *fideic.*) in materia di *stipulatio ratam rem haberi*; D. 43.20.7 (Paul. 5 *sent.*), D. 39.1.15 (Afric. 9 *quaest.*), D. 7.1.60.1 (Paul. 5 *sent.*), D. 6.1.13 (Ulp. 16 *ad ed.*), D. 6.1.69 (Paul. 13 *ad Sab.*), D. 12.4.3 (Ulp. 26 *ad ed.*), e D. 35.2.15.1 (Pap. 13 *resp.*) per altre stipulazioni.

<sup>130</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 356 e nt. 49.

causa danda non est: nam et defunctus si vellet omnia iniuriarum actione ex stipulatu agere, non permetteretur ei. Idem dicendum esse et si is, cum quo iniuriarum agere volebam, stipulatione tali commissa decesserit: nam non competit mihi adversus heredem eius ex stipulatu actio, et hoc Iulianus scribit. Secundum quod et si fideiussores dati erant, minime dabitur in eos actio mortuo reo. Idem Pomponius, si non post longum tempus decesserit: quia si ad iudicium venisset, litem cum eo contestari actor potuisset.

D. 45.1.134.pr. (Paul. 15 *resp.*): Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habente familiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta<sup>131</sup>.

La responsabilità in capo all'erede analizzata nel primo testo, però, costituisce pianamente una responsabilità per il fatto del defunto, che ha pacificamente già commesso la stipulazione (*'commissa stipulatione mortuus est'*). Non si tratta dunque di un caso di responsabilità dell'erede per fatto proprio e, dunque, di un'ipotesi in cui si pone il problema della trasmissione del contratto attraverso la *mentio heredis*<sup>132</sup>.

Nel secondo brano, Tizia e Gaio Seio promettono in matrimonio i rispettivi figli e concordano una *poena* per il caso in cui una delle parti contravenga al contratto; in seguito, Gaio Seio non concede la mano della figlia o costei rifiuta le nozze<sup>133</sup> e si pone il quesito se il suo erede sia tenuto in forza della stipulazione a pagare la somma prefissata, risolto ragionando sul diverso

---

<sup>131</sup>) Ai fini della presente analisi non rileva il rigetto o l'accoglimento dell'opinione di P. VOGLI, *Le obbligazioni romane (corso di Pandette)*, I.1, Parte 1. *Il contenuto dell'obligatio*, Milano, 1969, p. 174, secondo il quale l'ultima parte (*'quia inhonestum visum ...'*) sarebbe stata aggiunta dai commissari giustiniani: il senso del discorso infatti non cambia. Si vedano R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*<sup>3</sup>, Padova, 1994, p. 44 nt. 82 (secondo il quale al massimo il passo potrebbe essere stato interpolato per ragioni formali), A.S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale e stipulatio poenae*, in «SDHL», LXVI, 2000, p. 153 nt. 19, e C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, II, *Sponsalia matrimonio dote*, Roma, 2005, p. 56 nt. 140.

<sup>132</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 356.

<sup>133</sup>) Il passo si presta a entrambe le interpretazioni: si vedano E. VOLTERRA, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali*, in «Scritti A.C. Jemolo», Milano, 1962, p. 653 s., ora in *Scritti giuridici. Famiglia e successioni*, II, Napoli, 1991, p. 505 s., e FAYER, *La familia*, II, cit., p. 56 nt. 141.

tema della contrarietà ai *boni mores* del vincolo alla libertà matrimoniale<sup>134</sup>.

Tutte le fonti appena prese in considerazione, in conclusione, non riguardano la questione che la scrivente intende investigare e non possono contraddire quanto finora sostenuto circa la trasmissibilità delle stipulazioni aventi a oggetto un *facere*, dato che attengono a problemi giuridici del tutto diversi e distinti.

## 5.2. *Mentio heredis in stipulazioni in dando*

Di più difficile inquadramento entro il sistema che si sta tentando di delineare risultano invece altre stipulazioni, che Scherillo classifica tra le *stipulationes mixtae ex dando et faciendo*, ma che paiono a chi scrive qualificabili in base al loro oggetto più semplicemente come stipulazioni *in dando*<sup>135</sup>.

In materia di mutuo, ad esempio, il mutuatario si impegna attraverso il contratto verbale a versare, in caso di mancata restituzione del capitale nei termini, il capitale o delle *usurae* al mutuante o al suo erede, oppure ancora è prevista una *poena* nel caso in cui non sia restituito nei termini il capitale al mutuante o al suo erede: la menzione di quest'ultimo sul lato attivo, dunque, figura all'interno di una stipulazione di *dare* o con riferimento a una stipulazione di *dare*, la cui trasmissibilità ereditaria si è ritenuta finora automatica.

D. 12.1.40 (Paul. 3 *quaest.*): *Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani praefecti praetorio iuris consulti cautio huiusmodi: 'Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo et haec quindecim proba recte dari kalendis futuris stipulatus est Publius Maevius, sponondi ego Lucius Titius. Si die supra scripta summa Publio Maevio eive ad quem ea res pertinebit data soluta satisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius, quo post solvam, poenae nomine in dies triginta inque denarios centos denarios singulos dari stipulatus est Publius Maevius, sponondi ego Lucius Titius. Conventique inter nos, uti pro Maevio ex summa supra scripta menstruos refunde-*

---

<sup>134</sup>) Oltre agli studi citati nelle note che precedono, si rinvia a C. BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, Roma, 1894, p. 25 s., G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, Camerino, 1989, p. 137, P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano, 2000, p. 23 ss., J.F. GERKENS, R. VIGNERON, *The Emancipation of Women in Ancient Rome*, in «RIDA», 2000, p. 114 s., B.W. FRIER, TH.A.J. MCGINN, *A Casebook on Roman Family Law*, Oxford, 2004, p. 96 s., e a P. CERAMI, *Eccezione di dolo generale in materia di persone e famiglia*, in «L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica» (cur. Garofalo), Padova, 2006, p. 139 ss.

<sup>135</sup>) Alcuni esempi di stipulazioni *in dando* in cui tuttavia compare la clausola ereditaria si sono già presentati *supra*, § I.3 (*cautio ex operis novi nuntiatione* e *cautio damni infecti*, nonché clausola *'ob rem non defensam'* della *stipulatio pro praede litis et vindictiarum*).

re debeam denarios treceos ex omni summa ei heredive eius.' (...)

D. 45.1.126.2 (Paul. 3 *quest.*): 'Chrysogonus Flavii Candidi servus actor scripsit, coram subscribente et adsignante domino meo, accepisse eum a Iulio Zosa, rem agente Iulii Quintilliani absentis, mutua denaria mille. Quae dari Quintilliano heredive eius, ad quem ea res pertinebit, kalendis novembribus, quae proximae sunt futurae, stipulatus est Zosas libertus et rem agens Quintilliani, spondit Candidus dominus meus. Sub die supra scripta si satis eo nomine factum non erit, tunc quo post solvetur, usurarum nomine denarios octo praestari stipulatus est Iulius Zosas, spondit Flavius Candidus dominus meus' ...<sup>136</sup>.

LX qua die petierit, probos recte dari fide rogavit Iulius Alexander, dari fide promisit Alexander Caricci et se eos LX qui supra scripti sunt, mutuos numeratos accepisse et debere se dixit; et eorum usuras ex hac die in dies XXX centesimas singulas dari Iulio Alexandro eive ad quem ea res pertinebit, fide rogavit Lucius Alexander, dari fide promisit Alexander Caricci (...)<sup>137</sup>

Nel primo testo, sembra essere data per presupposta la trasmissibilità automatica all'erede del contratto di mutuo, in quanto Lucio Tizio letteralmente avrebbe promesso di restituire la somma al mutuante Publio Mevio, senza che vi sia menzione dell'erede. Nella separata *stipulatio* prevista per il caso di inadempimento nel termine prefissato, invece, è prevista la condizione della mancata restituzione al mutuante '*eive ad quem ea res pertinebit*'.

Il secondo estratto dal medesimo libro di Paolo riguarda un rapporto giuridico molto simile, ma la clausola '*heredive eius, ad quem ea res pertinebit*' è espressamente riferita alla promessa di restituzione del capitale, che a sua volta costituisce la condizione negativa dedotta nella collegata *stipulatio usurarum*<sup>138</sup>.

Trattandosi di testimonianze provenienti dal medesimo giurista, è logico dunque inferire che la trasmissibilità della stipulazione riguardante la somma data a mutuo fosse presunta anche nel primo brano e dunque considerata un effetto naturale di questo tipo di contratto. Anche la *stipulatio usurarum*, del resto, sarebbe stata automaticamente trasmissibile senza bisogno della clausola '*eive ad quem ea res pertinebit*' che compare nella terza fonte sopra trascritta, come

---

<sup>136</sup>) Sul presente brano e sul precedente, si vedano R. KNÜTEL, *Stipulatio und pacta*, in «Festschrift M. Kaser», München, 1976, p. 201 ss., e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 28 s.

<sup>137</sup>) BRUNS, «Fontes Iuris Romani Antiqui», I, cit., § 153.2, p. 352, e ARANGIO-RUIZ, «Fontes Iuris Romani Antejustiniani», III, cit., § 122, p. 394. Cfr. FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 29 s.

<sup>138</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 353, riporta anche la simile *conceptio* attestata dalla cosiddetta «Formula Baetica» (BRUNS, «Fontes Iuris Romani Antiqui», I, cit., § 135, p. 334): '*si pecunia sua quaque die L. Titio heredive eius data soluta non erit, tum uti eum fundum ...*'.

il *Corpus Iuris Civilis* conferma in più luoghi<sup>139</sup>.

Di conseguenza, è possibile ritenere che la menzione dell'erede, sia che riguardasse la restituzione del capitale, sia che fosse dedotta nella condizione per l'ulteriore debenza di una *poena*, sia che attenesse alla trasmissibilità della *stipulatio usurarum*, fosse essenzialmente pleonastica e volta esclusivamente a meglio esplicitare alla controparte gli effetti del contratto.

Infatti, si può notare che queste puntualizzazioni provengono dallo stipulante e che tutti i negozi ora in esame non costituiscono casi di scuola elaborati astrattamente dai giuristi, ma fattispecie concrete tratte dalla realtà dei traffici giuridici. Come giustamente nota Scherillo, in siffatte applicazioni pratiche «le parti potevano non essere esatte»<sup>140</sup>, poiché il loro interesse primario sarebbe consistito nel conseguimento di un determinato risultato e nel perfezionamento di un preciso e chiaro accordo sul punto con la controparte.

In tal senso, quindi, sarebbe stato utile precisare che un determinato contratto sarebbe stato trasmissibile all'erede, anche se da un punto di vista strettamente giuridico non sarebbe stato affatto necessario e, anzi, ridondante. In particolare, nel primo testo paolino la *conceptio verborum* potrebbe essere influenzata da quella della *stipulatio poenae*, assai applicata nella prassi e dunque probabilmente ben presente alle parti<sup>141</sup>.

In conclusione, insomma, neppure i contratti esemplificati dai tre testi in commento smentiscono le considerazioni già svolte sul regime di trasmissibilità delle stipulazioni *in dando* e *in faciendo*, confermando anzi quanto detto a proposito delle prime e ribadendone pleonasticamente i principii.

### ***5.3 Testi in cui è attribuita la trasmissibilità a stipulazioni in (non) faciendo prive di mentio heredis***

1. Il caso più spinoso è invece costituito dai testi in cui è attribuita la trasmissibilità automatica all'erede a stipulazioni *in faciendo* nella cui *conceptio* non compare alcuna menzione dell'erede.

In una prima testimonianza, incentrata sulla questione della divisibilità,

---

<sup>139</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 353 nt. 43, elenca: D. 22.1.9 (Pap. 11 *resp.*) e 13 (Scaev. 1 *resp.*), D. 33.2.24 (Pap. 7 *resp.*), D. 36.1.46.1 (Marcell. 15 *dig.*), D. 36.1.60.2 (Pap. 9 *resp.*) e C.I. 4.32.9.

<sup>140</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 353. Lo studioso però non si sofferma sulla questione dell'apparente contrasto di questi testi con il sistema di trasmissibilità ereditaria delle stipulazioni sopra descritto.

<sup>141</sup>) Su questa stipulazione, si veda *infra*, § II.1.

Paolo afferma che alcune stipulazioni (*'iter fieri'*, *'amplius non agi'*, *'per te non fieri quo minus mihi ire agere liceat'*) si riferirebbero sia al comportamento del promittente sia a quello del suo erede, senza che in esse quest'ultimo sia menzionato:

D. 45.1.4.1 (Paul. 12 *ad Sab.*): Cato libro quinto decimo scribit<sup>142</sup> poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria aut ab uno pro portione sua: ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti *'iter fieri'*, quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur: at si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti *'amplius non agi'*, tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere. Differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipulationem *'per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?'* sed videamus, ne non idem hic sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione *'Titium heredemque eius ratum habiturum'*<sup>143</sup>: nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum: idque et Marcello videtur, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.

Scherillo dubita dell'autenticità del brano per una serie di ragioni<sup>144</sup>.

Innanzitutto, lo studioso nota che la locuzione *'iter fieri'* costituisce un ἄπαξ λεγόμενον<sup>145</sup> e indicherebbe la stipulazione *'ire agere licere'*, poco oltre richiamata<sup>146</sup>. A conferma di quanto detto, il romanista rileva inoltre che anche in un altro estratto dalla medesima opera – già addotto quale esempio di

---

<sup>142</sup> Cat., *comm. iur. civ.* 2 (CATONE, *Opere – cur.* P.Cogusi e M.T. Sblendorio Cogusi –, Torino, 2001, II, p. 460 ss.). A. GUARINO, *Catone giureconsulto*, in «Index», XV, 1987, p. 41 ss., osserva che non è detto che la citazione provenga da Catone figlio né dai *Commentarii iuris civilis*, ma potrebbe anche essere tratta, ad esempio, dai *Libri ad Marcum filium* di Catone il censore, che avrebbero contenuto anche non pochi insegnamenti di carattere giuridico.

<sup>143</sup> Su questa stipulazione, esaminata insieme a D. 10.2.44.6 (Paul. 6 *ad Sab.*), si veda FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 229 ss.

<sup>144</sup> SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 357 s.

<sup>145</sup> *Contra*, FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 182, cita D. 44.7.5.5 (Gai. 3 *aur.*) e *Iust. inst.* 4.5.1: *'... cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet quod potest, si ceciderit, alicui nocere ...'*. Tuttavia, anch'egli concorda nel ritenere che la locuzione descriva il contenuto della stipulazione senza rispecchiare esattamente la sua *conceptio*.

<sup>146</sup> Si vedano anche LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., c. 1284, *Paul.* n. 1841, nt. 2, F.E. VASSALLI, *Dies vel condicio. Lineamenti della dottrina romana della condizione*, in «BIDR.», XXVII, 1914, p. 249 nt. 2, e GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili*, cit., p. 256.

ricorso alla *mentio heredis* nella *stipulatio de dolo* – Paolo avrebbe contrapposto quest'ultima stipulazione e la stipulazione '*dolum abesse*' alla stipulazione '*Titium heredemque eius ratum habiturum*'. In questo testo, al contrario, compare però la menzione dell'erede:

D. 10.2.44.5 (Paul. 6 *ad Sab.*): Quod ex facto suo unus ex coheredibus ex stipulatione hereditaria praestat, a coherede non repetet: veluti si a se heredeque suo dolum malum a futurum defunctus spondit vel neque per se neque per heredem suum fore, quo minus quis eat agat. Immo et si reliqui propter factum unius teneri coeperint, quasi condicio stipulationis hereditariae extiterit, habebunt familiae erciscundae iudicium cum eo, propter quem commissa sit stipulatio.

§ 6: Si quis stipulatus fuerit Titium heredemque eius ratum habiturum et Titium pluribus heredibus relictis decesserit, eum solum teneri qui non habuit ratum et solum ex heredibus stipulatoris acturum a quo fuerit petitum.

Scherillo sottolinea poi che nel libro XII *ad Sabinum* il passo in esame avrebbe immediatamente seguito quello riportato in D. 45.1.2 e, in particolare, evidenzia che le stipulazioni in commento avrebbero fatto parte delle stipulazioni '*in facto*' di cui il giurista severiano parla in D. 45.1.2.5<sup>147</sup> considerandole complete di *mentio heredis*:

D. 45.1.2.5 (Paul 12 *ad Sab.*): Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero: 'per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat?' et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes eius, sed familiae erciscundae iudicio ab eo repetent quod praestiterint. Hoc et Iulianus et Pomponius probant.

L'interprete esclude anche l'ipotesi di un'influenza della pena, poiché la stessa fattispecie sarebbe considerata da Paolo anche in D. 45.1.85.3 (Paul. 75 *ad ed.*), concludendo dunque per l'intervento dei compilatori circa la trasmissibilità della stipulazione '*ire agere licere*' indipendentemente dalla *heredis mentio*, così come per la stipulazione '*amplius non agi*'.

Per dimostrare che quest'ultima non avrebbe potuto essere concepita impersonalmente, Scherillo compie un ragionamento che prende le mosse dalla seguente clausola della *cautio* pretoria '*ratam rem haberi*'<sup>148</sup>: '*(eo nomine) amplius*

---

<sup>147</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 358, nota anche che il paragrafo successivo avrebbe trattato proprio della stipulazione '*ire agere licere*' con riferimento alla trasmissibilità attiva.

<sup>148</sup>) Su questa *cautio*, che doveva essere prestata da coloro che avessero agito in giudizio *alieno nomine*, salvo talvolta *cognitores*, tutori e curatori, si veda Gai., *inst.* 4.98 ('*Procurator vero si agat, satisfacere iubetur ratam rem dominum habiturum, periculum enim est ne iterum domi-*



non acturum eum, cuius de ea re actio petitio persecutio est erit'<sup>149</sup>. Egli fa dunque notare al lettore che l'ipotesi contenuta nel testo di Paolo è diversa dalla stipulazione pretoria, poiché commessa contro l'erede che ha agito e non contro il procuratore.

Lo studioso trasferisce quindi le medesime osservazioni a proposito della stipulazione '*Titium heredemque eius ratum habiturum*', anch'essa non coincidente con quella pretoria, e infine ne deduce che anche la stipulazione '*amplius non agi*' non avrebbe potuto essere concepita impersonalmente, essendo così formulata: '*neque per te neque per heredem tuum amplius acturum*'<sup>150</sup>.

Occorre però tenere a mente che il passo è incentrato sulla divisibilità, non sulla questione che interessa la presente ricerca<sup>151</sup>. Le stipulazioni, dunque, potrebbero esservi richiamate per *genus* sinteticamente, ma essere state considerate da Paolo complete di *mentio heredis*, implicitamente ricompresa dal giurista stesso nel *nomen* o omessa dai compilatori nel contesto di trasmissibilità generale delle stipulazioni di diritto giustiniano.

Questa tesi non appare tuttavia convincente, poiché se la clausola ereditaria fosse stata così essenziale per il trapasso del contratto il giurista non avrebbe mancato di precisarne la presenza e, di conseguenza, occorrerebbe postulare la sua espunzione bizantina.

Se invece si rigettano in quanto tali<sup>152</sup> le congetture ricostruttive sopra

---

*nus de eadem re experiat, quod periculum iam non intervenit si per cognitorem actum fuerit quia de qua re quisque per cognitorem egerit de ea non magis amplius actionem habet quam si ipse egerit*') e 4.99 ('*Tutores et curatores eo modo quo et procuratores satisfacere debere verba edicti faciunt, sed aliquando illis satisfactio remittitur*').

<sup>149</sup>) La *cautio* è stata così ricostruita da LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 541: '*Quo nomine mecum acturus es, eo nomine amplius non esse petiturum eum, cuius de ea re actio petitio persecutio est erit, ratamque rem habiturum esse Lucium Titium heredemque eius eumve ad quem ea res pertinebit dolumque malum huic rei abesse afuturumque esse, quod si ita factum non erit sive quid adversus ea factum erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondesne? Spondeo*'. Cfr. MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 94, M. DE FILIPPI, *Ratibabitio*, Bari, 2002, p. 77, e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 213 ss., che ne spiega compiutamente il meccanismo di funzionamento. Come si può notare, dunque, si tratta di una stipulazione *in dando*.

<sup>150</sup>) Si sono qui riportate le considerazioni di SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 356 ss.

<sup>151</sup>) Insiste su questo punto anche FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 175, il quale però ritiene che se la menzione dell'erede fosse stata necessaria per la trasmissione della stipulazione, il giurista avrebbe insistito sul punto, in quanto precondizione per ogni questione sulla divisibilità. Potrebbe però essere probabile che tale presupposto fosse così scontatamente noto che l'autore non avrebbe ritenuto necessario neppure farvi cenno.

<sup>152</sup>) E' quanto fa FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 182, asserendo che Scherillo tenderebbe a dimostrare al più dove sia visibile la mano dei compilatori, ma non la fondatezza delle proprie premesse teoriche.

riferite circa il testo delle stipulazioni prese in considerazione da Paolo, si può facilmente constatare che il contenuto di tutte queste promesse è un comportamento negativo, la cui trasmissione all'erede non menzionato non dovrebbe stupire tanto più di quella delle stipulazioni *in dando*, essendo piana- mente indifferente la persona dell'obbligato ai fini dell'esatto adempimento.

L'esistenza di testimonianze in cui compare invece la *mentio heredis* potrebbe al contrario essere dettata dallo stato di *ius controversum* evocato da Giustiniano e riflettere uno scrupolo della prassi in vista di una maggiore chiarezza circa la proiezione nel tempo dell'obbligazione, rivestendo una certa utilità soprattutto in materia di servitù come proprio in D. 45.1.2.5, laddove avrebbe potuto sorgere il dubbio che le parti avessero inteso vincolare il solo promittente: in altre parole, all'inserimento dell'erede nel testo di una stipulazione *in non faciendo* è possibile attribuire anche una mera funzione dichiarativa del consenso in vista della corretta interpretazione del contratto, senza doversi per forza scorgere un indice di un'assoluta intrasmissibilità delle promesse prive di *mentio* e, quindi, dell'interpolazione o inaffidabilità dei passi che attribuiscono invece la trasmissibilità ereditaria anche alle stipulazioni *in non faciendo* che non presentano tale clausola.

A conferma dell'interpretazione di D. 45.1.4.1 come traccia della trasmissibilità automatica delle stipulazioni *in non faciendo* si può riportare un altro lacerto dello stesso autore, in cui parimenti si discetta della divisibilità di stipulazioni aventi a oggetto *viam iter actus*:

D. 10.2.25.9 (Paul. 23 *ad ed.*): An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc iudicium, dubitatur: veluti si is qui *viam iter actus stipulatus* erat decesserit, quia talis stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur, quia nec potest. Sed verius est non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem et, si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet.

§ 10: Contra si promissor viae decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio nec dubium est quin duret, quoniam *viam* promittere et is potest, qui fundum non habet. Igitur quia singuli in solidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debere, si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur.

Il brano è stato inteso dalla critica interpolazionistica<sup>153</sup> come riferentesi a una stipulazione di '*viam iter actus dari*', cosicché non dovrebbe stupire la trasmissione agli eredi e la mancata problematizzazione sul punto da parte del giurista.

---

<sup>153</sup>) GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili*, cit., p. 23 nt. 1, e SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 341.

Finkenauer<sup>154</sup> però, condivisibilmente, dubita che si tratti di stipulazioni realmente *in dando*, poiché questa ricostruzione riposerebbe su una erroneamente supposta contrapposizione tra i §§ 9-10 e il § 12 del medesimo frammento:

§ 12: In illa quoque stipulatione prospiciendum est coheredibus, si testator promiserat 'neque per te neque per heredem suum fieri, quo minus ire agere possit', quoniam uno prohibente in solidum committitur stipulatio, ne unius factum ceteris damnosum sit.

Al contrario, secondo lo studioso tedesco, nei § 9-10 il discorso avrebbe un tono generico, senza che sia riportata precisamente alcuna *conceptio* stipulatoria, e concernerebbe la promessa di '*non fieri quo minus ire agere liceat*'. Tale tesi troverebbe conferma in D. 45.1.111 (Pompon. 5 *ad Q. Muc.*), laddove Pomponio usa i sostantivi '*via*', '*iter*' e '*actus*' nella stipulazione '*per te non fieri, quo minus mihi via itinere actu uti liceat*', e in D. 45.1.4.1 (Paul. 12 *ad Sab.*), in cui Paolo abbrevia in '*iter fieri*' una *stipulatio in faciendo*.

Vero è che al § 12 si tratta di un contratto in forma personale con *heredis mentio*, ma i paragrafi precedenti paiono riguardare la stipulazione di '*via itinere actu uti licere*' in generale, potendosi dunque ben riferire anche alla sua forma impersonale: anzi, il rimando indiretto al contenuto dell'obbligazione appena rilevato potrebbe proprio servire allo scopo di includere nella trattazione entrambe le forme attraverso cui il contratto sarebbe trapassato agli eredi.

2. Un altro passo analizzato da Scherillo attiene alla stipulazione '*mibi heredique meo habere licere*'. Il frammento seguente, infatti, prende in considerazione anche l'erede del promittente, nonostante nella *conceptio* sia espressamente menzionato soltanto quello dello stipulante:

D. 45.1.3.pr. (Ulp. 49 *ad Sab.*): Idem iuris est et in illa stipulatione: 'mibi heredique meo habere licere?'

§ 1: Sed haec differentia illam habet rationem, quod, ubi unus ex heredibus prohibetur, non potest coheres ex stipulatu agere, cuius nihil interest, nisi poena subiecta sit: nam poena subiecta efficit, ut omnibus committatur, quia hic non quaerimus, cuius intersit. Enimvero ubi unus ex heredibus prohibet, omnes tenentur heredes: interest enim prohibiti a nemine prohiberi.

Contro la tesi di Lenel, che ritiene interpolato il *principium* e genuino il § 1<sup>155</sup>,

---

<sup>154</sup>) FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 183 s.

<sup>155</sup>) O. LENEL, *Palingsenesia iuris civilis*, II, Leipzig, 1889, c. 1192, *Ulp.* n. 2967.

Scherillo avanza la tesi opposta, concordando con Guarneri Citati e Beseler<sup>156</sup>. Ne sarebbe prova lo stile contorto del § 1, ma anche la considerazione logica che la stipulazione verrebbe commessa in solido non in base all'interesse del creditore, ma in dipendenza della divisibilità dell'oggetto dell'obbligazione: a livello sistematico tale rilievo concorderebbe con il nesso tra solidarietà e indivisibilità dell'obbligazione tracciato da Paolo in D. 45.1.4.1 (Paul. 12 *ad Sab.*) – riportato in apertura del presente paragrafo – e con le regole generali enunciate in D. 45.1.5 e 6, che sarebbero attribuibili alla stessa mano e, dunque, ai compilatori<sup>157</sup>.

Al contrario, se si postula che il brano non fosse interpolato, esso sarebbe invece facilmente conciliabile con D. 45.1.4.1, osservando che la trasmissibilità automatica all'erede di una stipulazione *in faciendo* è in entrambi i casi presupposta con riferimento a contratti in cui il promittente si obbliga a un comportamento negativo, ossia a un *non facere*.

Un certo inquadramento sistematico delle stipulazioni *in non faciendo* che può confortare quest'ultima ipotesi è del resto proposto dagli stessi Paolo e Ulpiano, di cui il Digesto riporta opinioni molto simili.

Innanzitutto, in un testo già preso in considerazione a proposito della *heredis mentio*, Paolo individua un risvolto attivo dell'obbligazione negativa, ossia un comportamento positivo (*'curaturum'*) volto a rendere possibile la realizzazione dell'interesse del creditore<sup>158</sup>:

---

<sup>156</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 358 s., che rimanda a GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili*, cit., p. 219 ss., e a BESELER, *Romanistische Studien*, cit., p. 100.

<sup>157</sup>) Si veda ancora SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 359.

<sup>158</sup>) E. RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, Leipzig, 1902, p. 60 ss., contrappone la portata generale della stipulazione *'habere licere'* nella visione di Paolo con l'esclusione dalla garanzia del fatto di terzi che lo studioso scorge in Giuliano (D. 19.1.11.15), ravvisando traccia della controversia anche in D. 45.1.38.pr. (Ulp. 49 *ad Sab.*). In questi testi, l'interprete individua un indizio dell'evoluzione dell'originaria proprietà relativa in diritto reale assoluto. A questa teoria però si oppone la considerazione che la promessa di *'habere licere'* non attiene al trasferimento della proprietà: cfr. R. MONIER, *Étude comparée des obligations du vendeur dans la vente consensuelle, du promettant dans la stipulation de dare et de l'héritier dans le legs per vindicationem*, diss. Paris, 1942-1943, p. 15 ss., ID., *Cours de Pandectes*, Paris, 1953-1954, p. 7 ss., V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*<sup>2</sup>, I, Napoli, 1987, p. 336 ss., COUDERT, *Recherches sur la stipulation*, cit., p. 85 ss., 153 ss. (il quale concilia D. 45.1.83.pr. con gli escerti sopra citati), e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 112 ss. Secondo quest'ultimo, la soluzione di Paolo non contrasterebbe con la posizione di Ulpiano (D. 45.1.38.2) e Venuleio (D. 46.7.19.1), in quanto l'uno interpreta la stipulazione priva di clausola penale, gli altri ne propugnerebbero l'inserzione. Ulpiano avrebbe infatti condiviso in D. 45.1.81.pr. (77 *ad ed.*) e in D. 45.1.50.pr. (50 *ad ed.*) la posizione di Paolo: si vedano P.F. GIRARD, *Les stipulations de garantie*, in «Humanitas: la Nouvelle Revue des Humanités», VII, 1983, p. 563 s., COUDERT,

D. 45.1.83.pr. (Paul. 72 *ad ed.*): Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur. Itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum non obligatur: nam de se quemque promittere oportet. Et qui spondet ‘dolum malum abesse afuturumque esse’, non simplex abnutivum spondet, sed curaturum se, ut dolus malus absit: idemque in illis stipulationibus ‘habere licere’ item ‘neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat’.

Il ragionamento parte dall’enunciazione del divieto della promessa del fatto altrui, per poi sostenere che chi prometta ‘*dolum malum abesse afuturumque esse*’ impegni soltanto se stesso per il fatto proprio. Quest’ultimo, però, è individuato da Paolo non soltanto in un comportamento strettamente astensivo, ma anche nello sforzo attivo di fare in modo che non si verifichi il ‘*dolus malus*’, cioè che neppure un altro soggetto lo commetta.

L’estensione dei medesimi principii alle stipulazioni ‘*habere licere*’ e ‘*neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat*’ rende il discorso più chiaro, prospettando due casi in cui è probabile che la preoccupazione dello stipulante investa la condotta di terzi, più ancora che quello del promittente.

Ulpiano impiega poi la medesima espressione ‘*curaturum*’ per interpretare il significato della stipulazione ‘*per te non fieri*’:

D. 45.1.50.pr. (Ulp. 50 *ad ed.*): In illa stipulatione: ‘per te non fieri?’ non hoc significatur nihil te facturum, quo minus facere possis, sed curaturum, ut facere possis <sup>159</sup>.

La prestazione negativa sarebbe stata dunque concepita come comprensiva di un risvolto positivo volto a consentire la piena realizzazione dell’interesse del creditore e tale visione non avrebbe intaccato il divieto di promettere il fatto del terzo, individuando il vincolo obbligatorio soltanto in capo al promittente. Data siffatta rappresentazione ulpiana della stipulazione *in non faciendo*, sembra che il giurista ritenga compreso nel significato di ‘*curaturum*’ anche l’adoperarsi

---

*Recherches sur la stipulation*, cit., p. 155 ss., 158, M. TALAMANCA, ‘*Obbligazioni (diritto romano)*’, in «ED.», XXIX, Milano, 1979, p. 27 nt. 179, ID., ‘*Vendita in generale (diritto romano)*’, in «ED.», XLVI, Milano, 1993, p. 391 e nt. 900, e A. SANGUINETTI, *La promessa del fatto altrui nella riflessione dei giuristi romani*, in «SDHI.», LXV, 1999, p. 200. FINKENAUER, *op. ult. cit.*, p. 112 ss. e nt. 112, dimostra altresì che la posizione di Paolo non implicherebbe la concezione dell’obbligazione del promittente come obbligazione di mezzi (come ritengono invece TALAMANCA, ‘*Vendita in generale*’, cit., p. 390, e SANGUINETTI, *La promessa del fatto altrui*, cit., p. 186), poiché resterebbe comunque una obbligazione di risultato.

<sup>159</sup> Cfr. KASER, *Die Stipulationsklausel*, cit., p. 184 ss., anche a proposito del passo precedente, e RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 280 e nt. 4.

affinché i terzi non impediscano il soddisfacimento del creditore.

Con riferimento alla stipulazione *'habere licere'*, invece, sempre Ulpiano affronta un'ipotesi di concreta applicazione della nozione di obbligazione di *non facere* concludendo per una più circoscritta estensione del comportamento dovuto dal promittente<sup>160</sup>:

D. 45.1.38.pr. (Ulp. 50 *ad ed.*): Stipulatio ista: 'habere licere spondes?' hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat. Quae res facit, ut videatur reus promississe per omnes futurum, ut tibi habere liceat: videtur igitur alienum factum promississe, nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ita utimur. Sed se obligat, ne ipse faciat, quo minus habere liceat: obligatur etiam, ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat.

§ 1: Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum.

§ 2: At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere. Sed quatenus habere licere videbitur? Si nemo controversiam faciat, hoc est neque ipse reus, neque heredes eius heredumve successores.

Si è già visto che il giurista anche altrove dimostra di considerare l'estensione di un'altra obbligazione di non fare (*'per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat'*) circoscritta al fatto del promittente, senza che la stipulazione possa essere commessa dal fideiussore che contravvenga all'obbligo convenuto tra le parti e senza quindi che il giurista ponga in capo al debitore un obbligo accessorio di fare sì che i terzi non turbino il passaggio del creditore<sup>161</sup>:

D. 46.3.31 (Ulp. 7 *disp.*): Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturae et doctrinae et institutionis. Ideo si navem a se fabricandam quis promiserit vel insulam aedificandam fossamve faciendam et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fideiussor ipse aedificans vel fossam fodiens non consentiente stipulatore non liberabit reum. Quare etiam si illis stipulationibus fideiussor accesserit: 'per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?', prohibens ire fideiussor stipulationem non committit et, si patientiam praestet, non efficiet, quo minus committatur stipulatio.

Nel particolare caso della *stipulatio habere licere*, il venditore si obbliga a fare in modo che al compratore sia assicurato il pacifico godimento della merce, obbligo che Ulpiano intende quale limitato a non intentare controversie accampando diritti sul bene e che estende agli eredi e altri successori del pro-

---

<sup>160</sup>) RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 284.

<sup>161</sup>) Si veda *supra*, § I.1 e § I.4.

mittente. L'autore si discosta espressamente da un'altra posizione interpretativa – cui pare allinearsi invece Paolo – secondo la quale il venditore sarebbe obbligato in generale ad aver cura che non si verifichi l'evizione, anche quindi in conseguenza di pretese avanzate da terzi<sup>162</sup>: Ulpiano cioè circoscrive la definizione di *'habere licere'*.

Il lacerto è un'interessante attestazione della riflessione di quest'ultimo sull'oggetto dell'obbligazione nascente da questa particolare stipulazione e, più in generale, sulla nozione stessa di *'obligatio'*: è stato infatti rilevato che il testo in commento rifiuterebbe la concezione sabiniana di quest'ultima quale garanzia per un evento oggettivo<sup>163</sup>, a favore di una ricostruzione imperniata sul comportamento dovuto dal debitore, che non potrebbe perciò promettere il fatto di un terzo<sup>164</sup>. Di conseguenza, mentre Sabino avrebbe ritenuto coperta dalla garanzia ogni ipotesi di evizione, anche da parte dei terzi, Ulpiano vi ricondurrebbe soltanto le controversie mosse dal venditore, dai suoi eredi e dagli ulteriori successori<sup>165</sup>.

Per quanto interessa ai fini della presente analisi, il passo dimostra non soltanto che un'eccezione al divieto di promettere il fatto del terzo sarebbe stata integrata proprio dal fatto dell'erede, ma anche che la semplice formulazione *'habere licere'* che non lo avesse menzionato l'avrebbe ciononostante vincolato.

Quanto al coordinamento con D. 45.1.50.pr., occorre ricordare che esso riguarda una stipulazione del tipo *'per te non fieri quo minus quid fiat'*, mentre la stipulazione *'habere licere'* potrebbe costituire per Ulpiano un caso particolare

---

<sup>162</sup>) DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione*, cit., p. 293 e nt. 59, nota che dunque l'obbligazione così concepita sarebbe definibile come obbligazione di mezzi e non di risultato.

<sup>163</sup>) Cfr. COUDERT, *Recherches sur la stipulation*, cit., p. 97 ss., e R. ASTOLFI, *I 'libri tres iuris civilis' di Sabino*, Padova, 1983, p. 264 e nt. 230. Secondo M. SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana*, Milano, 1960, p. 102, e *La 'satisfatio secundum mancipium' e la 'stipulatio habere licere' nel quadro della garanzia per evizione nella compravendita romana*, in «BIDR.», LXV, 1962, p. 171, originariamente la *stipulatio habere licere* avrebbe incluso la funzione di garanzia per evizione come semplice derivato dall'obbligazione di assicurare il pacifico godimento della *merx*, il che spiega perché i giuristi più antichi non vi ravvisassero alcuna promessa del fatto del terzo.

<sup>164</sup>) DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione*, cit., p. 290 ss., specialmente p. 292 nt. 56, ove cita E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, p. 158 ss., e *La struttura*, cit., p. 155. Sul frammento, si vedano anche COUDERT, *Recherches sur la stipulation*, cit., p. 6, e KASER, *Die Stipulationsklausel*, cit., p. 184 ss.

<sup>165</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 58 ss., COUDERT, *Recherches sur la stipulation*, cit., p. 83 nt. 25 e 100, H. HONSELL, *'Quod interest' im 'bonae-fidei-iudicium'*. *Studien zum Römischen Schadenersatzrecht*, München, 1969, p. 46 nt. 126, PH. MEYLAN, *La stipulation 'habere licere'*, in «Le temps de la réflexion», XXXVIII, 1970, p. 74 ss., TALAMANCA, *'Obbligazioni'*, cit., p. 27, SANGUINETTI, *La promessa del fatto altrui*, cit., p. 164 ss., e DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione*, cit., p. 290 e nt. 43.

e diverso; l'elaborazione dell'obbligo di fare in modo che il creditore di un'obbligazione a contenuto negativo consegua il suo interesse, poi, potrebbe essere tesa a includere, ad esempio, i doveri accessori del debitore in materia di servitù, piuttosto che a formulare una norma generale di garanzia contro il fatto dei terzi.

Il paragrafo successivo del frammento 50, infatti, è imperniato sulla stipulazione di acquisto dell'eredità, inclusiva di ciò che non sia pervenuto per *dolus malus*: per argomentare quanto sostenuto nel *principium*, il giurista fa leva sull'opinione indiscussa che sia tenuto in questo caso colui che abbia fatto in modo da impedire che pervenisse qualcosa:

D. 45.1.50.1: Item stipulatione emptae hereditatis: 'quanta pecunia ad te pervenerit, dolove malo tuo factum est quo minus perveniat', nemo dubitabit quin teneatur, qui id egit ne quid ad se perveniret.

Il frammento 50 quindi appare volto a propugnare un'interpretazione del contratto verbale non strettamente letterale anziché affrontare il tema della promessa del fatto del terzo come fa Paolo in D. 45.1.83.pr.

Ulpiano riflette invece su tale questione proprio nel frammento 38, laddove contrappone i terzi agli eredi e ai '*ceteri successores*' (forse gli eredi degli eredi di cui parla il § 2) e afferma che il promittente sarebbe obbligato a fare in modo che i secondi non impediscano allo stipulante di '*habere*': il giurista delimita quindi il versante positivo dell'obbligazione negativa ad aver cura di trasmettere il contratto agli eredi e ai '*ceteri successores*'.

Ma se è possibile per lo stipulante farsi promettere anche il fatto degli eredi, anzi esso è incluso nella semplice stipulazione di '*habere licere*' (§ 2) – continua Ulpiano –, non è invece lecito obbligare attraverso il medesimo contratto altri soggetti, potendo però ottenere lo stesso risultato pratico di garanzia per il fatto di costoro promettendo una *poena*.

Il frammento 50 dunque illumina in qualche modo il frammento 38, che presuppone appunto un obbligo positivo del venditore allorquando prometta di '*habere licere*': ecco allora che si profila in controtuce una pur scarna spiegazione teorica della trasmissione ereditaria automatica delle stipulazioni *in non faciendo*, che individua in capo al promittente un vincolo a far sì che anche il proprio erede tenga fede agli impegni assunti. La doverosità del comportamento di quest'ultimo sarebbe stata inoltre così lampante che non sarebbe stato necessario per le parti citarlo espressamente nel contratto.

Scherillo ritiene invece che nel frammento 38 l'erede fosse preso in con-



siderazione soltanto al § 1, poiché il testo sarebbe stato così interpolato<sup>166</sup>:

pr.: Stipulatio ista: 'habere licere spondes?' hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat. Quae res facit, ut videatur reus promisisse per omnes futurum, ut tibi habere liceat: videtur igitur alienum factum promisisse, nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ita utimur. Sed se obligat, ne ipse faciat, quo minus habere liceat: [obligatur etiam, ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat.]

§ 1: Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum dicendum est inutiliter cum promittere factum alienum.

§ 2: At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere. Sed quatenus habere licere videbitur? Si nemo controversiam faciat, [hoc est neque ipse reus, neque heredes eius heredumve successores.]

Lo studioso giunge ad affermare che senza espressa menzione dell'erede la stipulazione non sarebbe stata a costui trasmissibile attraverso il seguente ragionamento: poiché nel § 1 il giureconsulto affermerebbe che non si può promettere il fatto di un terzo tranne nel caso dell'erede, allora tale promessa avrebbe dovuto essere formulata espressamente e, dunque, la forma impersonale della stipulazione non avrebbe ricompreso quest'ultimo<sup>167</sup>.

Sulla base di tali considerazioni, il romanista ritiene un bizantinismo l'inciso '*obligatur etiam, ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat*', anche per ragioni stilistiche ('*vel quis*' per '*neve*', la ripetizione '*ne faciat ... ne habere liceat*', la presenza del secondo '*ne*' al posto di un più elegante '*quominus*') e di coerenza interna del brano: infatti, è prima sottolineato il carattere strettamente personale dell'obbligazione, poi si fa cenno ai '*ceteri successores*', e sarebbe erroneo asserire che il promittente si obblighi anche per il fatto dell'erede, dato che a quest'ultimo in realtà si trasmette l'obbligazione sorta in capo al *de cuius*<sup>168</sup>.

Coerentemente, Scherillo reputa un'aggiunta dei compilatori anche il finale del § 2 '*hoc est neque ipse reus, neque heredes eius heredumve successores*' che esten-

---

<sup>166</sup>) Cfr. anche S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, p. 220, F. DE VISSCHER, *Le rôle de l'antoritas dans la mancipation*, p. 627 nt. 3, MONIER, *Cours de Pandectes*, cit., p. 36, e P. MEYLAN, rec. a V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, Napoli, 1954, in «Iura», VI, 1955, p. 201.

<sup>167</sup>) Lo studioso sottolinea anche altrove che la forma impersonale non avrebbe comportato effetti specifici in diritto classico, ma soltanto in diritto giustiniano: si veda G. SCHERILLO, *Sulla stipulazione del servus e del filiusfamilias*, in «Studi P. Bonfante», IV, Milano, 1930, p. 205 ss., ora in *Scritti Giuridici*, II.2, *Studi di diritto romano*, Milano-Bologna, 1995, p. 391 ss.

<sup>168</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 362.

de l'obbligo di *habere licere* all'erede del promittente e ai suoi successori, in quanto la proposizione esplicativa contrasterebbe con il precedente '*nemo*'.

Tuttavia, essa pare a chi scrive al contrario limitare la proiezione temporale della precedente protasi '*si nemo controversiam faciat*', precisando e non contraddicendo il significato di '*nemo*'. Quanto ai paragrafi precedenti, in realtà, la ricostruzione teorica proposta da Ulpiano appare coerente con il già visto obbligo positivo scorto dal medesimo giurista nelle stipulazioni di *non facere*.

Non vi è dunque motivo di postulare che il frammento non sia genuino, restando a suffragio di questa tesi le sole piuttosto deboli considerazioni stilistiche, che potrebbero spiegarsi anche con l'integrazione nel testo di glosse postclassiche che non necessariamente ne avrebbero alterato il senso<sup>169</sup>. Il riferimento ai '*ceteri successores*', inoltre, non contrasta necessariamente con il contenuto del § 1, in quanto potrebbe riguardare solamente gli eredi degli eredi di cui al § 2<sup>170</sup>.

Si potrebbe ancora obiettare che, se i compilatori avessero voluto attribuire a Ulpiano una regola vigente in diritto giustiniano, non si comprende allora perché avrebbero scelto di interpolare un testo concernente la stipulazione '*habere licere*', che non sarebbe esistita più ai tempi di Triboniano<sup>171</sup>; per giunta, in molti luoghi del Digesto non è stata invece cancellata la clausola di menzione dell'erede<sup>172</sup>.

Franco Pastori, nel sottolineare l'importanza di questi passi, fa notare in aggiunta che la regola enunciata da Paolo in D. 45.1.83.pr., oltre a non essere considerata contrastante col divieto di promettere il fatto altrui, è presentata in relazione a una *sponsio* e, dunque, si può ipotizzare fosse molto risalente<sup>173</sup>.

Altri studiosi, all'opposto, hanno dimostrato che la posizione di Ulpiano è sintomatica di un'evoluzione storica e giurisprudenziale della garanzia

---

<sup>169</sup>) Per questa teoria, cfr. G. VON BESELER, *Einzelne Stellen*, in «ZSS», XLIII, 1922, p. 544, M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Weimar, 1943, p. 212 ss., H. COING, *A Typical development in the Roman Law of Sales*, in «Seminar», VIII, 1950, p. 9 s., F. SCHULTZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 535, e J.P. LÉVY, *Les stipulations de garantie contre l'éviction dans la vente romaine (à propos d'une théorie récente)*, in «RHDFE», XXXII, 1954, p. 345 nt. 79.

<sup>170</sup>) FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 60 s., ritiene che la locuzione '*ceteri successores*' indicasse in generale qualsiasi altro successore diverso dall'erede.

<sup>171</sup>) COUDERT, *Recherches sur les stipulations*, cit., p. 97.

<sup>172</sup>) L'argomento è di FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 60 nt. 62-64, che elenca D. 19.1.11.18 (Ulp. 32 *ad ed.*), D. 45.1.3.pr. (Ulp. 49 *ad Sab.*) e D. 21.1.22 (Gai. 1 *ad ed. aed. cur.*). I passi appena enumerati sono già stati analizzati *supra*, § I.3 e § I.5.3.2.

<sup>173</sup>) PASTORI, *Appunti*, cit., p. 129 s., e *Il negozio*, cit., p. 143 s.

per evizione e della stessa concezione di *obligatio*<sup>174</sup>: l'assorbimento della tutela per l'evizione nell'alveo dell'*actio empti*, da un lato, avrebbe infirmato la necessità della stipulazione *habere licere*, mentre, dall'altro, si sarebbe andata contemporaneamente affermando quell'identificazione dell'obbligazione con un comportamento dovuto dal debitore di cui si è già detto sopra.

L'estensione di quest'obbligo che grava sul venditore in forza della *stipulatio habere licere* sembra proprio il nodo problematico su cui si interroga l'autore del testo in esame, mentre il suo trapasso automatico agli eredi del promittente non pare essere un punto analizzato con particolare attenzione, come se ritenuto di piana comprensione e non bisognoso di speciali riflessioni.

Probabilmente, l'esordio del *principium* compendia il pensiero di Sabino commentato da Ulpiano, che respinge l'idea che si possa promettere che tutti si astengano dal turbare il possesso dell'acquirente in quanto promessa del fatto altrui<sup>175</sup>.

Anche al § 4, con riferimento a un caso particolare, è ribadito che la stipulazione *habere licere* si sarebbe trasmessa agli eredi del promittente<sup>176</sup>. La questione riguarda la validità di tale contratto con riferimento a una cosa altrui e il giurista risponde affermativamente, qualora il promittente ne acquisti la proprietà. In caso contrario e fatto salvo il rimedio della *stipulatio poenae*, l'autore sostiene invece che la stipulazione non si commetta, perché nulla è compiuto né dal contraente né dal suo successore:

§ 4: Quaesitum est, utrum propriam demum rem an et alienam promittere possit habere licere. Et magis est, ut et aliena promitti possit: quae res ita effectum habeat, si propria esse promissoris coeperit. Quare si perseveraverit aliena, dicendum erit stipulationem non committi, nisi poena adiecta sit, cum neque per eum neque per successorem eius quicquam factum sit.

Scherillo considera la chiusa '*cum – factum sit*' del tutto superflua, in quanto nel brano il problema giuridico non sembrerebbe investire il fatto dell'erede: per-

---

<sup>174</sup>) M. KASER, *Das Ziel der 'actio empti' nach Eviktion*, in «ZSS.», LIV, 1934, p. 165 ss., ID., *Das römische Privatrecht*, I, cit., p. 556, ID., *Die Stipulationsklausel 'quanti ea res erit'*, in «ZSS.», XC, 1973, p. 192 ss., COUDERT, *Recherches sur les stipulations*, cit., p. 100 ss., ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, II, cit., p. 336 ss., TALAMANCA, '*Vendita in generale*', cit., p. 390, SANGUINETTI, *La promessa*, cit., p. 165 s. e nt. 33, e DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione*, cit., p. 291.

<sup>175</sup>) Così FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 57 s., che affianca a Sabino anche Varr., *r. rust.* 2.2.6.

<sup>176</sup>) COUDERT, *Recherches sur les stipulations*, cit., p. 97 s., ritiene infatti il § 4 una prova contro la tesi dell'interpolazione di D. 45.1.38.pr.-2.

tanto, il passo sarebbe interpolato<sup>177</sup>. Tuttavia, lo studioso di nuovo non prende in considerazione l'ipotesi che i commissari giustiniani o un epitomatore precedente potrebbero aver riassunto una più ampia osservazione del giureconsulto circa la possibilità che la cosa fosse acquistata dall'erede del promittente o che costui si rendesse responsabile dell'inadempimento del contratto.

Se anche ciò non fosse, comunque, la superflua menzione dell'erede in un testo che tratta di tutt'altro argomento rispetto alla trasmissibilità del contratto nulla proverebbe a favore del contrario principio di intrasmissibilità che Scherillo tende a dimostrare; inoltre, secondo un'interpretazione più condivisibile, l'ultima frase conterrebbe le ragioni della decisione e sarebbe dunque tutt'altro che inutile.

Il paragrafo successivo del frammento 38 è incentrato invece sul lato attivo del rapporto giuridico instaurato dalla stipulazione *habere licere*:

§ 5: Sicut autem ex parte rei successores eius cum ipso tenentur, ita etiam ex parte actoris committitur stipulatio ipsi stipulatori ceterisque, quicumque ei succedunt, scilicet si rem ipsi habere non licuerit. Ceterum si alii habere non licuit, certo certius est non committi stipulationem, et nihil intererit, utrum ita stipuler 'habere licere' an 'mihi habere licere'.

In apertura è tracciato un parallelo tra la trasmissibilità automatica sul lato passivo e quella sul versante creditorio, in continuità con la chiusa del paragrafo precedente; è poi esclusa la trasmissibilità a terzi, anche nel caso in cui l'impegno di *'habere licere'* non sia stato preso nei confronti di una persona particolare.

Ancora una volta, Scherillo avanza un'ipotesi di interpolazione del testo:

[Sicut autem ex parte rei successores eius cum ipso tenentur, ita etiam ex parte actoris] committitur stipulatio [ipsi stipulatori ceterisque, quicumque ei succedunt, scilicet] si rem ipsi habere non licuerit. [Ceterum si alii habere non licuit, certo certius est non committi stipulationem], et nihil intererit, utrum ita stipuler 'habere licere' an 'mihi habere licere'.

Egli reputa addirittura «ridicola», in quanto ovvia, l'affermazione che la stipulazione non si commetterebbe a favore di persona diversa dallo stipulante e dai suoi *successores*<sup>178</sup>. Tuttavia, è lo stesso studioso, come si ricorderà<sup>179</sup>, a censire passi che testimoniano l'esistenza di *altercationes* tra giuristi in materia di

---

<sup>177</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 363.

<sup>178</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 364.

<sup>179</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 345 ss.: si veda *supra*, § 1.2.

trasmissibilità attiva di stipulazioni che presentano *heredis mentio*; a maggior ragione, quindi, avrebbe potuto sembrare al giureconsulto non inutile una precisazione circa la trasmissibilità di una stipulazione *in faciendo* che ne fosse priva.

Inoltre, Scherillo stesso rileva l'impiego di un'espressione alquanto indeterminata per indicare gli eredi (*ceterisque, quicumque ei succedunt*), ponendo il dubbio che possa alludere anche ai successori a titolo particolare. Se questa proposta esegetica è fondata, la puntualizzazione di cui sopra potrebbe però anche sottendere un senso limitativo, volto a distinguere le parti e i loro successori dai terzi estranei al contratto; tuttavia, il § 2 suggerisce piuttosto un'interpretazione più ristretta.

In seguito, il romanista apporta ulteriori argomenti a sostegno della propria congettura<sup>180</sup>: innanzitutto, l'erroneità dell'affermazione che i successori sarebbero stati tenuti insieme al promittente, poiché ovviamente il vincolo in capo ai primi sorgerebbe in un momento cronologicamente successivo. Oltre a comprendersi comunque facilmente il senso dell'apertura del paragrafo, però, non è chiaro perché l'imprecisione debba necessariamente essere attribuita da Scherillo ai compilatori: al contrario, si potrebbe ipotizzare che nonostante l'infelice formulazione il frammento sia stato mantenuto invariato data l'autorevolezza dell'originale.

Infine, lo studioso adduce alcune ragioni stilistiche, quali la ripetizione '*stipulatio ipsi stipulatori*', che definisce «brutta», e il triplice impiego a distanza ravvicinata del pronome '*ipse*'. Se la presenza di ripetizioni potrebbe anche essere retoricamente spiegabile con la figura dell'anafora e si può riscontrare anche oltre (*certo certius*), più fondata invece appare la considerazione di Scherillo circa l'ultima occorrenza del pronome '*ipse*', laddove le regole della concordanza esigerebbero il plurale.

Tale contraddizione potrebbe però piuttosto essere risolta ritenendo interpolato l'inciso esplicativo '*scilicet si rem ipsi habere non licuerit*' o, meglio ancora, osservando che potrebbe trattarsi di una concordanza a senso, riferita all'opposizione tracciata in apertura del testo tra '*ex parte rei*' e '*ex parte actoris*'.

La valutazione più suggestiva del ragionamento di Scherillo è che la finale equiparazione tra la stipulazione '*habere licere*' e '*mibi habere licere*' sarebbe fondata sul presupposto che entrambe non avrebbero ricompreso gli eredi<sup>181</sup>. All'opposto, però, il contenuto complessivo del testo induce piuttosto a ritenere che Ulpiano intendesse ribadire attraverso l'equiparazione tra forma personale e forma impersonale della stipulazione la limitazione dell'impegno

---

<sup>180</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 365.

<sup>181</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 365.

assunto dal promittente verso lo stipulante e i suoi successori e mai verso altri soggetti terzi (quale ad esempio l'usufruttuario, il comodatario o il conduttore), anche qualora avesse promesso impersonalmente di *'habere licere'*<sup>182</sup>.

Lo stesso Scherillo, infatti, riporta un altro frammento<sup>183</sup>, parimenti ulpiano, nel quale ricorre la preoccupazione per la circoscrizione della responsabilità del venditore tenuto a *'habere licere'*<sup>184</sup> e che pare sintomatico dell'attenzione dei giuristi verso tale aspetto.

Ulpiano riferisce il parere di Giuliano sul caso di una vendita di uno schiavo con la garanzia del *duplum* limitata a trenta giorni qualora il venditore, ignorandolo, avesse alienato una cosa altrui<sup>185</sup>. Il giurista conferma che, decorso il termine, il venditore non vi sarebbe stato più tenuto, mentre di regola il compratore avrebbe dovuto essere garantito dalla controparte e dal suo erede. Giuliano avrebbe distinto poi l'ipotesi del dolo, nella quale avrebbe invece trovato applicazione l'*actio empti*; Ulpiano estende il limite della responsabilità per dolo all'ipotesi dell'evizione della cosa data in pegno:

D. 19.1.11.15 (Ulp. 32 *ad ed.*): Denique (Iulianus) libro decimo apud Minicium ait, si quis servum ea condicione vendiderit, ut intra triginta dies duplam promitteret, postea ne quid praestaretur, et emptor hoc fieri intra diem non desideraverit, ita demum non teneri venditorem, si ignorans alienum vendidit: tunc enim in

---

<sup>182</sup>) Di questa opinione FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 65 s.

<sup>183</sup>) Su D. 19.1.11.15-16 si vedano E. RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte. Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg*, I, Leipzig, 1902, p. 27, 69 ss. e 94, A. DE MEDIO, *Il patto di non prestare l'evizione e il dolo del venditore nel diritto romano classico*, in «BIDR.», XVI, 1904, p. 16 ss., A. GUARNERI CITATI, *Gli effetti del Pactum de non praest. evict. e la regola 'Creditorum evict. non debere'*, in «AUPA.», VIII, 1921, p. 414, KASER, *Das Ziel*, cit., p. 187, ID., *Eigentum und Besitz*, cit., p. 217, C. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, 1937, p. 216 ss., LÉVY, *Les stipulations de garantie*, cit., p. 343 ss., COUDERT, *Recherches sur la stipulation*, cit., p. 110 ss., SARGENTI, *L'evizione*, cit., p. 119, D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Graz, 1962, p. 82, G. IMPALLOMENI, *Nota sulla limitazione della garanzia per l'evizione nelle legislazioni dalla romana derivate*, in «Festgabe U. von Lübtow», Berlin, 1970, p. 601, ID., *Il Pactum de non praestanda evictione nella dottrina di Giuliano e di Ulpiano e i riflessi nelle codificazioni moderne*, in «Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano. Milano, 7-9 aprile 1987», I, Milano, 1988, p. 234 ss., M. AMAYA CALERO, *La compraventa de los esclavos manumitidos en un fideicomiso de libertad (Paul. 5 quest. D. 19.1.43, 45.2)*, in «BIDR.», XC, 1987, p. 202, S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2007, p. 204 ss., e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 72 s.

<sup>184</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 365 ss.

<sup>185</sup>) CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione*, cit., p. 204 ss., alla luce di D. 19.1.30.1 (Afric. 8 *quaest.*), chiarisce che entro i suddetti 30 giorni il compratore avrebbe dovuto esigere la prestazione della *stipulatio*, altrimenti il venditore non sarebbe stato perseguibile con l'*actio empti*.

hoc fieri, ut per ipsum et per heredem eius emptorem habere liceret: qui autem alienum sciens vendidit, dolo, inquit, non caret et ideo empti iudicio tenebitur.

§ 16: Sententiam Iuliani verissimam esse arbitror in pignoribus quoque: nam si iure creditoris vendiderit, deinde haec fuerint evicta, non tenetur, nec ad pretium restituendum ex empto actione creditor: hoc enim multis constitutionibus effectum est. Dolum plane venditor praestabit: denique etiam repromittit de dolo, sed etsi non repromiserit, sciens tamen sibi non obligatam, vel non esse eius, qui sibi obligavit, vendiderit, tenebitur ex empto, quia dolum eum praestare debere ostendimus.

L'ultima parte del § 15 (*'qui autem alienum ...'*) è stata ritenuta un'aggiunta dei compilatori e, inoltre, secondo la ricostruzione di Beseler, Ulpiano avrebbe in realtà scritto *'... non desideraverit, teneri venditorem ut per ipsum et per heredem eius emptorem habere liceret'*<sup>186</sup>.

Aderendo a questa impostazione e data la contrapposizione tra *'stipulatio habere licere'* e la *stipulatio duplae*<sup>187</sup>, pianamente *in dando* e con cui si garantisce anche per il fatto di terzi, Scherillo quindi esclude che anche la prima potesse comprendere il fatto di terzi. Di conseguenza, lo studioso nega l'esistenza dell'obbligazione *'per omnes habere licere'* a cui si riferirebbero i paragrafi successivi, relativi alla vendita di una cosa con un accessorio e ai limiti della garanzia di *habere licere*:

§ 17: Si quis rem vendiderit, et ei accessurum quid dixerit, omnia quidem, quae diximus in re distracta, in hoc quoque sequenda sint, ut tamen evictionis nomine non in duplum emptori teneatur, sed in hoc tantum obligetur, ut emptori habere liceat, et non solum per se, sed per omnes.

§ 18: Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat praestare. Et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur per se venientesque a se per-

---

<sup>186</sup>) BESELER, *Miscellanea*, cit., p. 466. Per l'interpolazione del testo da *'qui autem alienum ...'*, si vedano S. RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, in «BIDR.», VIII, 1895, p. 191 (secondo cui questa parte non sarebbe riconducibile al pensiero di Giuliano, bensì piuttosto di Ulpiano), RABEL, *Die Haftung des Verkäufers*, cit., p. 69 nt. 1, DE MEDIO, *Il patto di non prestare l'evizione*, cit., p. 16 ss., KASER, *Das Ziel*, cit., p. 187, ID., *Eigentum und Besitz*, cit., p. 217, e H. COING, *Die 'clausula doli' im classischen Recht*, in «Festschrift F. Schultz», I, Weimar, 1951, p. 109 ss. SARGENTI, *L'evizione*, cit., p. 119, reputa invece che il testo così recitasse: *'ita demum [non] teneri venditorem [-], ut per ipsum et per heredem eius emptorem habere liceret'*.

<sup>187</sup>) Ossia la promessa del doppio del prezzo in caso di evizione totale o del valore della parte evitta nell'ipotesi di evizione parziale: si vedano RABEL, *Die Haftung*, cit., p. 131 ss., P.F. GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, II, *Les stipulations de garantie*, in *Mélanges de droit romain*, II, Paris, 1923, p. 83 s. e nt. 1, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, II, cit., 341 ss., VOCI, *La responsabilità del debitore*, cit., p. 386 ss., e DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione*, cit., p. 293 ss.

sonas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat; proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex empto non tenebitur. Sed Iulianus libro quinto decimo digestorum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi ex empto cum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri (...)

A parere di chi scrive, al contrario, siffatta garanzia sarebbe qui presa in considerazione dal giurista poiché avrebbe rivestito la medesima funzione di copertura del fatto dei terzi propria anche della *stipulatio duplae*, con la fondamentale differenza del *quantum*, che Giuliano identifica nel prezzo e non nel '*quod emptoris interest*'<sup>188</sup>.

Ciò è costretto ad ammettere infatti anche Scherillo, con riferimento alla *stipulatio simplae* attestata da alcuni frammenti<sup>189</sup>:

D. 21.2.16.pr. (Pompon. 9 *ad Sab.*): Evicta re vendita ex empto erit agendum de eo quod accessit, quemadmodum ea, quae empto fundo nominatim accesserunt, si evicta sint, simplum praestatur.

D. 45.1.38.2 (Ulp. 49 *ad Sab.*): At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere ...<sup>190</sup>.

Contro la tesi dell'interpolazione di D. 19.1.11.15, poi, si potrebbe anche aggiungere che il § 18 contiene un richiamo proprio alla tesi di Giuliano enunciata nel § 15 ('*secundum a nobis relatum Iuliani sententiam*'), cosicché i bizantini si sarebbero dovuti inverosimilmente impegnare in una falsa citazione richiamata poco oltre<sup>191</sup>.

Ancor più convincente poi è il rilievo che anche Africano riporta un'analogia opinione di Giuliano, il quale avrebbe affermato che prima che si verifici l'evizione il venditore non possa essere perseguito se non nel caso in cui abbia scientemente venduto la cosa altrui<sup>192</sup>:

D. 19.1.30.1 (Afric. 8 *quaest.*): Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris,

---

<sup>188</sup>) Così infatti GIRARD, *Études historiques*, cit., p. 89, e COUDERT, *Recherches sur la stipulation*, cit., p. 77 ss., p. 110 ss. e, sullo specifico aspetto della restituzione del prezzo, p. 122 s.

<sup>189</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 368.

<sup>190</sup>) Al passo da particolare risalto RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 284.

<sup>191</sup>) COUDERT, *Recherches sur la stipulation*, cit., p. 114.

<sup>192</sup>) Il rilievo è sempre di COUDERT, *Recherches sur la stipulation*, cit., p. 114 s.



etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit: id est maxime, si manumissuro vel pignori daturato venderit.

Ammissa così la classicità delle testimonianze esaminate, sembra dunque che la promessa di *'habere licere'* avesse finito nella prassi per sovrapporsi in ultima analisi a una stipulazione *in dando*, ossia all'assunzione dell'obbligo di risarcire il danno o restituire il prezzo<sup>193</sup>. Questa, alla pari della *stipulatio duplae*, sarebbe stata pianamente trasmissibile all'erede.

Inoltre, occorre distinguere i soggetti vincolati dall'obbligazione nascente dal contratto dai diversi soggetti che possono commettere il fatto da cui scaturisce la responsabilità dei primi. In altre parole, emerge dai testi una questione circa l'estensione della garanzia di *'habere licere'* al solo fatto del promittente e aventi causa o al fatto di chiunque, come conferma l'esempio dell'evizione.

Pertanto, Ulpiano non traccia alcuna dicotomia tra una *conceptio* semplice di *'habere licere'* e una più estesa garanzia *'per omnes habere licere'*, ma specifica semplicemente l'estensione della prima. Essa, nello specifico, non avrebbe ricompresso l'ipotesi in cui il venditore avesse ignorato che la merce fosse altrui (§ 16).

In conclusione, dunque, la stipulazione *'habere licere'* sarebbe stata considerata dai giurisperiti in definitiva trasmissibile automaticamente agli eredi del promittente non soltanto perché comportante quel dovere di *'curaturum esse'* di cui si è già discusso<sup>194</sup>, ma anche perché, in ultima analisi, avrebbe implicato un obbligo di versare una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno e, quindi, non si sarebbe discostata sostanzialmente da una stipulazione *in dando*.

Si pone qui allora il problema di come conciliare con questa ricostruzione le fonti in cui la stipulazione *'habere licere'* contiene la clausola ereditaria<sup>195</sup>, poiché il suo inserimento potrebbe a questo punto sembrare inutile o

---

<sup>193</sup> KASER, *Das Ziel*, cit., p. 163 ss.

<sup>194</sup> Si veda *supra*, § I.5.3.2.

<sup>195</sup> Si sono già ricordati D. 19.1.11.18 (Ulp. 32 *ad ed.*), D. 45.1.3.pr. (Ulp. 49 *ad Sab.*) e D. 21.1.22 (Gai. 1 *ad ed. aed. cur.*). A essi devono essere aggiunti i succitati documenti della prassi raccolti in «Fontes Iuris Romani Antejustiniani», III, cit., § 87-90, p. 283-289 (*'emptio puellae'*, *'emptio pueri'*, *'emptio ancillae'*, *'emptio domus'*) G. CAMODECA, *Tabulae Herculenses: riedizione delle emptiones di schiavi (TH 59-62)*, in «Festschrift J.G. Wolf» (cur. U. Manthe, C. Krampe), Berlin, 2000, p. 53-76, ora in *Tabulae Herculenses. Edizione e commento*, I, Roma, 2017, in particolare le *tabulae* n. 59 (*'... si quis eum hominem partemve*

imputabile a mero tuziorismo.

Finkenauer<sup>196</sup>, invece, sottolinea che la stipulazione in parola avrebbe potuto essere concepita sotto due diverse forme alternative, l'una impersonale o *in rem concepta*<sup>197</sup> (*'habere licere spondesne?'*), l'altra personale o *in personam concepta* (*'neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus mihi heredique meo habere liceat spondes?'*)<sup>198</sup>: come appare evidentemente, la lettera della prima sarebbe stata facilmente atta a ricomprendere anche gli eredi, mentre l'interpretazione della seconda, se priva di *mentio heredis*, avrebbe potuto lasciar intendere che le parti avessero concordato una limitazione della garanzia al solo fatto del promittente e/o soltanto a favore dello stipulante<sup>199</sup>.

3. Anche la stipulazione *'uti frui licere'* – da non confondere con la stipulazione *in dando* del diritto reale di usufrutto, che per i fondi italici avrebbe comunque richiesto l'esecuzione attraverso una delle forme di costituzione riconosciute dal *ius civile*<sup>200</sup> – avrebbe potuto essere concepita o impersonalmente o personalmente, con le medesime incertezze esegetiche qualora le parti avessero prescelto quest'ultima<sup>201</sup>. Ulpiano, però, ritiene che neppure la prima forma avrebbe comportato il passaggio del contratto all'erede; si veda nuovamente in proposito:

---

*quam eius evicerit, quo minus Vibidiam Proculam, dominam meam heredemve eius habere possidereque recte liceat, tum quanti homo emptus est, tantam pecuniam dari stipulatus est Hamillus Vibidia Proculae servus, spondit Claudia Musa, tutore auctore M. Antonio Phileto ...)* e n. 61 (*'... et si quis, eum hominem' partemve quam eius evicerit, quo minus L. Cominius Primum heredemve eius habere uti frui possidere recte liceat, simplam pecuniam recte dari, haec, ita uti adsolet, recte praestari stipulatus est L. Cominius Primum, spondit P. Cornelius Poppaeus Erastus*), nonché R. DE RUGGIERO, *I papiri greci e la 'stipulatio duplae'*, in «BIDR.», XIV, 1901, p. 115, dove compare la dicitura *'haeredes successorumve eius eumve, ad quem ea res erit'*, e infine C. COURTOIS, L. LESCHI, C. PERRAT, C. SAUMAGNE, *Tablettes Albertini. Actes privés de l'époque Vandale*, Paris, 1952, p. 82 ss., e H. WEBEL, *Das Recht der Tablettes Albertini*, Berlin, 2003, p. 61: si veda FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 60 ss. e nt. 69.

<sup>196</sup> FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 60 ss.

<sup>197</sup> Lo studioso rimanda per questa terminologia a D. 7.9.5.pr. (Ulp. 79 *ad ed.*) e D. 36.3.3.10 (Pompon. 26 *ad Sab.*).

<sup>198</sup> Si accoglie qui il rilievo di CANNATA, *rec.* a FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 308 nt. 22, secondo il quale il paradigma completo della stipulazione *'habere licere in personam concepta'* dovrebbe menzionare non soltanto gli eredi del promittente, ma anche quelli dello stipulante, non contemplati invece da Finkenauer in questa parte della sua trattazione.

<sup>199</sup> Anche il  *pactum de non petendo* avrebbe presentato un simile problema interpretativo: si veda infatti FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 62-65.

<sup>200</sup> Cfr. CANNATA, *rec.* a FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 322 s.

<sup>201</sup> Sul punto insiste FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 167 ss.

D. 45.1.38.10 (Ulp. 49 *ad Sab.*): Si quis ita stipulatus fuerit: 'uti frui sibi licere', ad heredem ista stipulatio non pertinet.

§ 11: Sed et si non addiderit sibi, non puto stipulationem de usu fructu ad heredem transire, eoque iure utimur.

§ 12: Sed si quis uti frui licere sibi heredique suo stipulatus sit, videamus, an heres ex stipulatu agere possit. Et putem posse, licet diversi sint fructus: nam et si ire agere stipuletur sibi heredique suo licere, idem probaverimus.

Il § 10 nega che la stipulazione '*uti frui sibi licere*' si trasmetta automaticamente all'erede; il § 11 precisa che il regime resterebbe identico anche se la stipulazione fosse stata concepita nella forma impersonale '*uti frui licere*'<sup>202</sup>; infine, il § 12 ammette l'efficacia della menzione dell'erede, presentando il parere di Ulpiano quale opinione soggettiva e giustificandolo tramite due argomenti: la precisazione racchiusa nell'inciso '*licet diversi sint fructus*' e l'analogia con la stipulazione '*ire agere licere*'<sup>203</sup>.

L'interpretazione della prima delle due motivazioni pone qualche dubbio: secondo la lettura tradizionale<sup>204</sup>, infatti, il sostantivo '*fructus*' sarebbe sinonimo di '*ususfructus*', ma è qui evidente che il brano è incentrato sulla promessa di '*uti frui (sibi) licere*', atta a costituire il diritto reale soltanto sui fondi provinciali<sup>205</sup>.

Tuttavia, non è strettamente necessario ritenere che il brano fosse relativo soltanto a questa particolare ipotesi e che dunque i compilatori ne aves-

---

<sup>202</sup> La *conceptio* impersonale avrebbe costituito per le stipulazioni *in faciendo* un indizio dell'ininfluenza per il creditore delle qualità tecniche o artistiche del debitore: si veda SOLIDORO MARUOTTI, PULIATTI, LOVATO, *Diritto privato romano*, cit., p. 590. In questo caso, però, le abilità personali del debitore di certo non rilevano, dato che l'obbligazione consiste in un *non facere*: cfr. FINKENAUER, '*Diversi sint fructus*', cit., p. 243. Anche RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 285, si sofferma su questa ipotesi di intrasmissibilità della stipulazione formulata impersonalmente.

<sup>203</sup> Cfr. FINKENAUER, '*Diversi sint fructus*', cit., p. 241 ss., in risposta a CANNATA, *rec.* a FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 294-341.

<sup>204</sup> FINKENAUER, '*Diversi sint fructus*', cit., p. 247 nt. 28 e p. 248, laddove elenca D. 7.8.14.1 (Ulp. 17 *ad Sab.*), D. 41.2.52.pr. (Venul. 1 *interdict.*), D. 24.3.57 (Marcell. 7 *dig.*), D. 7.4.2.pr. (Pap. 17 *quaest.*), D. 45.3.18.3 (Pap. 27 *quaest.*), D. 11.7.43 (Pap. 8 *quaest.*) e D. 7.4.2.2 (Pap. 17 *quaest.*), in replica a CANNATA, *rec.* a FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 322 s., che sulla base della sola citazione nel volume di D. 7.8.14.1 a fondamento dell'equivalenza tra '*fructus*' e '*ususfructus*' aveva obiettato il riferimento del passo ai peculiari criteri di interpretazione del testamento, diversi da quelli del lessico tecnico del giurista. Nella sua risposta, Finkenaueer critica invece la traduzione di Cannata di '*fructus*' con «frutti» e la sovrapposizione da costui operata tra gli aggettivi '*diversus*' e '*alienus*'.

<sup>205</sup> CANNATA, *rec.* a FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 322 s., rifiuta la lettura prescelta dallo studioso tedesco (p. 152) della locuzione impiegata al § 11 '*de usu fructu*' come indicante la stipulazione del diritto reale.

sero generalizzato la soluzione, poiché è possibile altresì ipotizzare che, per breviloquio, il giurista intenda riferirsi con *'fructus'* a due diversi diritti di credito costituiti in capo allo stipulante e al suo erede, ai quali si promette appunto di *licere uti frui*.

Anche la locuzione *'stipulatio de usu fructu'* potrebbe integrare soltanto un'espressione brachilogica indicante in realtà un contratto meramente a effetti obbligatori<sup>206</sup>.

In altre parole, Ulpiano avrebbe inteso la *mentio heredis* come costitutiva di un nuovo e diverso diritto di credito in capo a quest'ultimo, anziché quale mezzo di passaggio del medesimo diritto dallo stipulante al suo erede, come anche nel caso della stipulazione *'ire agere licere sibi heredique suo'*.

Il paragone pare fondato proprio sulla contiguità alla materia dei diritti reali, ma la questione sottoposta a Ulpiano riguarda la possibilità per l'erede di agire *ex stipulatu*: e la sfera semantica coinvolta in tutti e tre i paragrafi è quella delle obbligazioni<sup>207</sup>.

Propendere per la lettura della fattispecie come relativa soltanto al piano obbligatorio apre tuttavia un problema di non poco conto: come mai il giurista nega la trasmissione automatica di una obbligazione a contenuto negativo (*'licere'*) e, soprattutto, si trova a dover rispondere a dei dubbi persino con riguardo al caso dell'espressa menzione dell'erede nel contratto?

La soluzione si potrebbe ravvisare nella sovrapponibilità di fatto del diritto di *uti frui* nascente da quest'ultimo con il corrispondente diritto reale intransmissibile, già rilevata in ordine all'adattabilità a entrambi del termine *'fructus'*, che ne indica l'identico contenuto. Nel silenzio delle parti, insomma, la disciplina del diritto di credito si sarebbe ricalcata su quella del diritto reale, tenuto anche conto che la stipulatio *'uti frui licere'* avrebbe rivestito una funzione analoga a quella della stipulatio *'habere licere'* in caso di vendita dell'usufrutto<sup>208</sup>; il ricorso alla *stipulatio* anziché ai modi di costituzione del diritto reale di usufrutto, tuttavia, avrebbe lasciato alle parti una flessibilità di disciplina altrimenti impossibile, in grado di superare proprio il dogma dell'intransmissibilità.

Scherillo, accogliendo una ricostruzione già avanzata da Vassalli<sup>209</sup>, ipotizza che Ulpiano, al posto dell'ultimo periodo, avesse sostenuto esattamente

---

<sup>206</sup>) CANNATA, *rec. a FINKENAUER, Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 322.

<sup>207</sup>) CANNATA, *rec. a FINKENAUER, Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 322.

<sup>208</sup>) Si rinvia nuovamente a CANNATA, *rec. a FINKENAUER, Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 321 e nt. 40, ove cita D. 8.1.20 (Iav. 5 *ex post Lab.*) e D. 19.1.3.2 (Pompon. 9 *ad Sab.*), ricordati anche da FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 167 nt. 3 e 348 nt. 96, in altri contesti.

<sup>209</sup>) Cfr. *supra*, nt. 44.

il contrario, scrivendo *'et puto non posse, quia diversi sunt fructus'*, e che non vi fosse dunque in seguito alcun paragone con la stipulazione *'ire agere licere'*, in quanto l'accostamento dell'usufrutto a una servitù sarebbe esclusivamente giustiniano, così come la possibilità di contemplare l'erede dell'usufruttuario al momento della costituzione. Lo studioso reputa al contrario che sarebbe stato più appropriato un confronto con l'*'habere licere'*<sup>210</sup>.

Se invece si accetta il testo tradito<sup>211</sup>, il frammento dimostrerebbe che la stipulazione non sarebbe stata automaticamente trasmissibile, ma ciò, come si è appena detto, potrebbe spiegarsi anche con il richiamo al regime giuridico generale del diritto reale di usufrutto e, in particolare, alla sua estinzione per morte dell'usufruttuario<sup>212</sup>, anziché in forza delle norme riguardanti la trasmissibilità dei contratti verbali. Nel solo specifico caso della *mentio heredis*, invece, a parere di Ulpiano si sarebbe trasferito in capo al successore il diritto attribuito al *de cuius* dalla stipulazione.

Del resto, se si considera la struttura del testo, suona più logico che esso fosse costruito opponendo l'intrasmissibilità della formulazione semplice *'uti frui sibi licere'* alla trasmissibilità del contratto che avesse contemplato l'erede, piuttosto che giustapponendo due ipotesi diverse di intrasmissibilità.

L'opinione del giurista però – si noti – è presentata come posizione personale (*'et putem ...'*) e quindi è probabile che la questione fosse passibile di pareri discordanti e, magari, fosse stata oggetto di un'evoluzione giurisprudenziale<sup>213</sup>. Il motivo di tali *altercationes*, però, potrebbe scorgersi nella seguente motivazione *'diversi sint fructus'*, che pare attenersi al problema della stretta personalità del diritto costituito con la stipulazione in commento o in sua esecuzione<sup>214</sup>.

Pur vertendo la questione sulla possibilità dell'erede di esperire l'azione *ex stipulatu* e non quella reale<sup>215</sup>, infatti, essa è condizionata inevitabilmente

---

<sup>210</sup> SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 371.

<sup>211</sup> Crede che Ulpiano propendesse davvero per la soluzione positiva PROVERA, *Servitù prediali*, cit., p. 11 s. Più decisamente si esprime per la genuinità del testo P. FREZZA, *Appunti esegetici in tema di modi pretorii di costituzione dell'usufrutto e delle servitù prediali*, in «SUC.», XXII, 1934, p. 86 nt. 5.

<sup>212</sup> Cfr. D. 33.2.8 (Gai. 3 *de leg. ad. ed. prov.*), D. 33.2.5 (Paul. 3 *ad Sab.*), D. 24.3.57 (Marcell. 7 *dig.*), D. 7.4.3.3 (Ulp. 17 *ad Sab.*), *Iust. inst.* 2.4.1 e 3, C.I. 3.33.16.pr. e *Paul. sent.* 3.6.33.

<sup>213</sup> Di evoluzione storica parla infatti FINKENAUER, *'Diversi sint fructus'*, cit., p. 245 ss.

<sup>214</sup> Così sostiene anche PROVERA, *Servitù prediali*, cit., p. 11. Sul problema dell'interpretazione delle parole *'licet diversi sint fructus'*, si veda FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 146 ss., con la relativa recensione di CANNATA, cit., p. 321 s. e risposta di FINKENAUER, *'Diversi sint fructus'*, cit., p. 241-255.

<sup>215</sup> Anche FINKENAUER, *'Diversi sint fructus'*, cit., p. 252, lo rileva, sottolineando che a Ulpiano interessa indagare soltanto il rapporto tra stipulante, suoi eredi e promittente,

dal contenuto della promessa, non soltanto se si intende il contratto come atto costitutivo di un diritto reale su un fondo provinciale, ma anche se lo si considera meramente attributivo di un diritto di credito di natura obbligatoria e dunque privo di effetti nei confronti dei terzi<sup>216</sup>.

Il paragone con la stipulazione *'ire agere licere'*, di conseguenza, non stupisce affatto, in quanto si tratta di due negozi in qualche modo inerenti alla materia dei diritti reali, mentre l'accostamento con la stipulazione *'habere licere'*, automaticamente trasmissibile per le ragioni anzidette, sarebbe risultato inappropriato o quanto meno congegnato *per differentiam* anziché *per similitudinem*.

Persino Scherillo è infatti costretto ad ammettere che, se fosse stato davvero tracciato per mano dei compilatori, il parallelo tra la stipulazione di *'uti frui licere sibi heredique suo'* e *'ire agere sibi heredique suo licere'* non sarebbe stato comunque corretto nel diritto giustiniano, per il quale tale contratto sarebbe pacificamente passato agli eredi<sup>217</sup>: perché dunque manomettere un testo in un senso comunque inconciliabile con il sistema a cui dovrebbe conferire l'*auctoritas* di Ulpiano?

Anche Marcello tratta della *mentio heredis* nella stipulazione *'uti frui licere mihi heredique meo'*:

D. 24.3.57 (Marcell. 7 *dig.*): Usus fructu in dotem dato si divortium intervenerit nec proprietas rei apud maritum vel mulierem sit, eam dotis esse restitutionem, ut maritus caveat, quamdiu vixerit, passurum se uti frui mulierem heredemque eius. Quod an verum sit circa adiectionem heredis, dubito. Interest, quemadmodum sit usus fructus in dotem datus. Si, cum haberet mulier fructum, viro, cuius erat proprietas fundi, usum fructum cessit, nihil mulier heredi suo relinquet: debebatur enim ei usus fructus, qui ad heredem non solet transire. Quod si fundi sui fructum mulier viro cessit, restitui is a viro debet: cum proprietate enim ad heredem eius transisset, si vir in reddendo eo non fecisset moram. Si vero alienata sit proprietas aut aliquis fundi sui usum fructum mulieris iussu viro eius dederit in dotem, inspiciendum est primum, quemadmodum mulieri possit restitui: potest autem vel cautionibus interpositis, ut sic ut potest vir iure suo cedat mulieri fruique eam patiat, vel, si se accomodavit dominus proprietatis, volente eo mulieri constituatur usus fructus: nam aut fructum fundi ille mulieri poterit cedere aut aliquid videlicet pro eo, ut inter eos actum fuerit, dare. Nam et finge hoc ipsum mulierem posse proprietatis domino vendere. Quo casu non inique etiam mulieris herede agente vir facere coetur: quippe si moram non fecisset, pretium fructus mulier heredi suo reliquisset. Quod si facultatem usus fructus vendendi proprietatis domino mulier non habuerit, patientiam,

---

non la rilevanza del diritto dei primi nei confronti dei terzi.

<sup>216</sup> Si vedano PEROZZI, *I modi pretorii*, cit., p. 13, e PROVERA, *servitù prediali*, cit., p. 11.

<sup>217</sup> SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 371 nt. 90.

quam percipiendi fructus praestare ipsi debuit, etiam heredi eius praestat.

Essendo stato dato in dote un diritto di usufrutto ed essendo poi intervenuto il divorzio, Marcello riporta la soluzione che, qualora la proprietà non si trovi né presso il marito né presso la moglie, il primo dovrebbe promettere di lasciare che la donna e il di lei erede usufruiscano del bene fino alla morte dell'uomo.

Il giurista esprime poi il proprio dubbio circa l'aggiunta dell'erede, precisando che occorre sapere come l'usufrutto sia stato dato in dote: se il diritto della moglie era su una cosa del marito, esso non potrà pervenire all'erede per via della sua intrasmissibilità intrinseca; se invece l'usufrutto era su una cosa della donna, il marito è tenuto alla restituzione, poiché sarebbe passato all'erede di costei insieme alla proprietà; se infine l'usufrutto era su una cosa di terzi o alienata a terzi in seguito alla sua costituzione, esso può essere restituito o mediante *cautio* di permettere il godimento o attraverso la costituzione di un nuovo diritto reale limitato, con la collaborazione del proprietario.

Il caso dell'usufrutto su cosa di terzi o alienata a terzi è ulteriormente analizzato, distinguendo l'ipotesi che la moglie avesse la facoltà di vendere tale diritto al proprietario o no: nella prima, l'erede della donna può costringere il marito a farlo, perché il prezzo gli sarebbe pervenuto se costui non fosse stato in mora nel pagamento; nella seconda, invece, il divorziato deve lasciare che l'erede della donna percepisca i frutti (*patientiam praestare*), così come avrebbe dovuto lasciarli percepire da costei.

Scherillo ritiene le parole '*circa adiectionem heredis*' interpolate, in quanto i dubbi del giureconsulto non si sarebbero limitati ad essa<sup>218</sup>. Al contrario, però, sembra invece che l'inciso sull'aggiunta dell'erede abbia un preciso ruolo nell'economia del testo, per quanto ellittico: è vero infatti che il frammento fa chiarezza sulle regole generali in tema di restituzione della dote prima che il giurista passi a trattare specificamente l'ultima fattispecie e che il finale del lacerto non si pronuncia precisamente sulla necessità della menzione dell'erede nella *cautio* di restituzione, ma il dubbio iniziale di Marcello sembra riguardare proprio il passaggio all'erede di una dote costituita da un diritto intrasmissibile, visto che l'autore pare voler tracciare un parallelo tra la piana trasmissibilità del prezzo dell'usufrutto e l'estensione dell'obbligo del marito divorziato di *patientiam praestare* anche nei confronti dell'erede della moglie, in forza di apposita *cautio*.

Il frammento dunque conferma l'esistenza di una riflessione giurisprudenziale in grado di ovviare al limite dell'intrasmissibilità del diritto reale di usufrutto.

---

<sup>218</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 371.

In conclusione, quindi, la stipulazione ‘*uti frui licere*’ sarebbe stata trasmissibile all’erede soltanto se menzionato espressamente, anche se alcuni giuristi avrebbero dubitato anche in presenza di tale aggiunta della liceità del trapasso del contratto<sup>219</sup>.

Tramite la clausola ereditaria la prassi – quanto meno tardo-classica – avrebbe di fatto reso flessibile e adattato alle esigenze delle parti il regime del diritto reale genericamente richiamato dall’espressione ‘*uti frui*’<sup>220</sup> e la modifica nel senso dell’ereditarietà è tanto più incisiva se è vero che il riferimento alla prima generazione di eredi avrebbe altresì implicato quelle successive. La norma è infatti considerata da Giustiniano una indiscussa *antiqua regula*:

C.I. 6.24.14.2 (a. 531): (...) et hoc argumentamur ex antiqua regula, quae voluit heredem heredis testatoris esse heredem.

Ce ne informano altresì Paolo con preciso riferimento alle stipulazioni ed Ulpiano e Modestino con riguardo ad altri contesti<sup>221</sup>:

D. 50.16.70 (Paul. 73 *ad ed.*): Sciendum est heredem etiam per multas successiones accipi: nam paucis speciebus heredis appellatio proximum continet: veluti in substitutione impuberis ‘quisquis mihi heres erit, idem filio heres esto’: ubi heredis heres non continetur, quia incertus est. Item in lege Aelia Sentia filius heres proximus potest libertum paternum ut ingratum accusare, non etiam si heredi heres exstiterit. Idem dicitur in operarum exactione, ut filius heres exigere possit, non ex successione effectus ...

D. 50.16.65 (Ulp. 72 *ad ed.*): Heredis appellatio non solum ad proximum heredem, sed et ad posteriores refertur; nam et heredis heres et deinceps heredis appellatio continetur.

D. 50.16.170 (Ulp. 33 *ad Sab.*): Heredis appellatione omnes significari successores credendum est, etsi verbis non sint expressi.

4. Al regime della stipulazione ‘*habere licere*’, invece, somiglia quello della *stipulatio doli* illustrato da Ulpiano, tanto che persino Scherillo è costretto ad ammettere che una tale analogia «potrebbe far dubitare della fondatezza delle interpolazioni scorte a questo proposito»<sup>222</sup>.

---

<sup>219</sup>) Si veda ancora PROVERA, *Servitù prediali*, cit., p. 11.

<sup>220</sup>) FINKENAUER, ‘*Diversi sint fructus*’, cit., p. 253 s.

<sup>221</sup>) FINKENAUER, ‘*Diversi sint fructus*’, cit., p. 246 e nt. 21-23.

<sup>222</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 372. Sul brano, si veda anche KASER, *Die Stipulationsklausel*, cit., p. 184 ss.



Finkenauer fa infatti notare che anche questa stipulazione avrebbe potuto essere concepita impersonalmente (*'dolum malum abesse afuturumque esse spondes?'*) o personalmente (*'dolum malum abesse a te heredeque tuo spondes?'*), nella quale fattispecie la menzione dell'erede si sarebbe resa necessaria per escludere l'ipotesi interpretativa di una limitazione dell'obbligazione voluta dalle parti<sup>223</sup>. La formulazione impersonale, invece, sarebbe stata trasmissibile automaticamente all'erede sia dal lato attivo che da quello passivo, preso in esame nel testo seguente<sup>224</sup>:

D. 45.1.38.13 (Ulp. 49 *ad Sab.*): Si quis dolum malum promissoris heredisque eius abesse velit, sufficere 'abesse afuturumque esse' stipulari: si vero de plurium dolo cavere velit, necessarium esse adici: 'cui rei dolus malus non abest, non a fuerit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondesne?'

§ 14: Suae personae adiungere quis heredis personam potest.

§ 15: Sed et adoptivi patris persona coniungi poterit.

Ulpiano sostiene che nella promessa di *'dolum abesse afuturum esse'* sia compreso il fatto del promittente e del suo erede, mentre per garantire lo stipulante dal dolo di altri soggetti sarebbe stato necessario stipulare una *poena*: il giurista assume quindi una posizione molto simile a quella già vista in D. 45.1.38.pr. Egli specifica poi che nel testo del contratto è possibile aggiungere la menzione dell'erede e del padre adottivo.

Le precisazioni degli ultimi due paragrafi fanno dedurre a Scherillo che al § 13 siano interpolate le parole *'heredisque eius'* e che i successivi ammettessero la menzione dell'erede e dell'arrogatore in un contesto di *altercationes* tra i giuristi, di cui sarebbe indizio l'impiego del verbo *'potest'*<sup>225</sup>.

Se il testo originario fosse così come lo immagina lo studioso, però, sembra inappropriato l'impiego del verbo *'sufficere'* e, soprattutto, non appare giustificata la struttura compositiva del brano: la contrapposizione, infatti, suona logica se rapporta una categoria di soggetti vincolati dalla stipulazione semplice alla garanzia per il dolo di terzi ottenuta mediante *stipulatio poenae*; soltanto di questa Ulpiano avrebbe probabilmente parlato, invece, se la *stipulatio de dolo* avesse pacificamente vincolato il solo promittente.

---

<sup>223</sup>) FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 97 ss., che riporta anche D. 45.1.121.3 (Pap. 11 *resp.*): *'Ex facto rei promittendi doli stipulatio heredem eius tenet, sicut ex ceteris aliis contractibus, veluti mandati depositi'*. Come si può notare, quest'ultimo passo si riferisce però alla obbligazione nata dalla stipulazione già commessa, non al trapasso dell'obbligo di *'dolum abesse'*.

<sup>224</sup>) RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 283.

<sup>225</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 372.

I paragrafi 14 e 15 dell'escerto sopra trascritto, dunque, paiono piuttosto specificare quali categorie possano essere vincolate dalla stipulazione di dolo senza ricorrere all'espedito della *stipulatio poenae* ed eventualmente esservi espressamente menzionate con la funzione pleonastica che si è già sopra ipotizzata, utile comunque a meglio specificare gli obblighi delle parti e ad esplicitarne la precisa volontà. Così si spiega quindi l'attestazione di stipulazioni di dolo contenenti la menzione degli eredi o di coloro '*ad quos ea res pertinet*'<sup>226</sup>, ritenuta invece da Scherillo una riprova della manomissione del testo.

In altre parole, la possibilità che la *conceptio* contemplasse l'erede e l'arrogatore non contrasta affatto con l'estensione naturale a questi ultimi della semplice formulazione '*abesse afuturumque esse*': il giurisperito sembra infatti intendere che quest'ultima fosse sufficiente a vincolare automaticamente anche queste figure, ma che fosse altresì possibile per maggiore chiarezza farvi espresso cenno nel contratto; al contrario, la garanzia per il dolo di terzi sarebbe stata ottenibile soltanto concordando una *poena*, a nulla valendo dunque una loro eventuale menzione nella *stipulatio*.

Giustificazione teorica di questa trasmissibilità automatica, come già si è detto, sarebbe quel dovere individuato in D. 45.1.83.pr. (Paul. 72 *ad ed.*) di '*curaturum se, ut dolus malus absit*' assunto dal promittente, che avrebbe implicato il passaggio dell'obbligo negativo di astensione da comportamenti dolosi anche agli eredi e agli arrogatori.

Un caso più dubbio sembra rappresentato da coloro '*ad quos ea res pertinet*', che sono menzionati in diverse stipulazioni di dolo riportate *supra*, § I.3, ma che paiono nel brano in commento rientrare tra i terzi inclusi nella sola garanzia della *stipulatio poenae*. E' probabile però che Ulpiano abbia fatto cenno soltanto all'ipotesi più rappresentativa, ossia gli eredi universali, forse avendo in mente una specifica fattispecie, poiché altrove il medesimo giurista afferma che la stipulazione avrebbe ricompreso il dolo dei successori in generale:

D. 7.9.5.pr. (Ulp. 77 *ad ed.*): Huic stipulationi '*dolum malum abesse afuturumque esse*' continetur, et cum in rem sit doli mali mentio concepta, omnium dolum comprehendere videtur successorum et adoptivi patris.

Si potrebbe qui convergere con Scherillo circa l'interpolazione dell'inciso '*cum in rem sit doli mali mentio concepta*': oltre alla ragione sistematica che, non comprendendo il dolo di terzi, non è classificabile quale *in rem*, lo studioso rileva che non è così definita neppure la stipulazione inclusiva del dolo di

---

<sup>226</sup> Si veda *supra*, § I.3.

terzi ‘*cui rei dolus malus non abest non afuerit, quanti ea res erit dari?*’<sup>227</sup>; inoltre, la distinzione *in rem / in personam* è considerata tipicamente giustiniana e ritenuta spuria anche nell’altro passo in cui è definita ‘*in rem concepta*’ una stipulazione (D. 36.3.10)<sup>228</sup>. In entrambi i brani, tuttavia, Finkenauer propone di intendere la locuzione ‘*in rem*’ come indicante la *conceptio* impersonale<sup>229</sup>.

Non si può di certo però concordare con il romanista milanese laddove invece egli avanza l’ipotesi che l’affermazione di Ulpiano sarebbe dipesa dall’assunto della presenza della clausola ‘*is ad quem ea res pertinet*’<sup>230</sup>, poiché si è considerato genuino D. 45.1.38.13-15 e D. 7.9.5 vi si concilia: infatti, tutti i successori sarebbero stati automaticamente vincolati dalla promessa di ‘*dolum malum abesse afuturum esse*’ senza bisogno di ricorrere a tale aggiunta, che al più avrebbe potuto essere inserita nella stipulazione concepita personalmente.

D. 45.1.38.13-15, insomma, completa D. 7.9.5 suggerendo l’espedito necessario per garantirsi per il dolo dei terzi non successori del promittente e ammettendo la menzione di questi ultimi, anche se non strettamente necessaria agli effetti della trasmissione del contratto, che avrebbe potuto verificarsi anche soltanto in forza di una formulazione impersonale<sup>231</sup>.

Una spiegazione alternativa e assai suggestiva postula che la promessa in esame fosse relativa a una *cautio usufructuaria*<sup>232</sup>: gran parte delle stipulazio-

---

<sup>227</sup>) D. 45.1.38.13 (Ulp. 49 *ad Sab.*), D. 46.7.19 (Venul. 9 *stip.*) e D. 50.16.69 (Ulp. 78 *ad ed.*): si veda SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 373 a nt. 97. Cfr. anche KASER, *Die Stipulationsklausel*, cit., p. 184 ss.

<sup>228</sup>) D. 36.3.10 (Pompon. 26 *ad Sab.*): ‘*Si a te herede legatum tibi sit sub condicione tuque, postquam adieris hereditatem, satisdederis legatorum et post mortem tuam ante aditam tuam hereditatem condicio legati extiterit, Sabinus ait fideiussores tibi teneri, quia omnimodo dari oportet legatum et in rem esset concepta stipulatio*’. Si vedano SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 373, ROTONDI, *Di alcune riforme*, cit., p. 342 nt. 2, SANFILIPPO, *Studi sull’hereditas*, cit., p. 285, COUDERT, *Recherches sur les stipulations*, cit., p. 135, S. CONDANARI-MICHLER, ‘*Pactum*’, in G. WISSOWA, W. KROLL, K. MITTELHAUS, «*Real-Encyclopädie der classischen Altertumwissenschaft*», XVIII.1, Stuttgart, 1949, c. 2139, e FLUME, *Die Vererblichkeit*, cit., p. 29, che rileva anche il passaggio di tempo e modo da ‘*quia*’ a ‘*esset concepta stipulatio*’. Come si può notare, il passo di Pomponio, relativo a una *cautio legatorum servandorum*, riguarda una prestazione di *dare* e non sarà pertanto ulteriormente preso in considerazione, come invece in FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p., 300 ss.

<sup>229</sup>) FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p., 301. In questo particolare caso, la copia di argomenti addotti dagli interpolazionisti sembra più convincente del sostegno dell’autenticità della locuzione rinvenuto da Finkenauer nella sola esistenza di quest’ultima in entrambi i brani.

<sup>230</sup>) Così anche COUDERT, *Recherches sur les stipulations*, cit., p. 135 ss.

<sup>231</sup>) RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 282 nt. 15, infatti, tratta i due testi insieme come esemplificativi della trasmissibilità della *stipulatio in faciendo* in forza della formulazione impersonale.

<sup>232</sup>) Con tale *cautio* si sarebbe promesso il godimento secondo il *boni viri arbitratu*, la

ni pretorie, infatti, avrebbe ricompreso l'impegno a *'dolum malum abesse'*<sup>233</sup> e la stretta personalità del diritto di usufrutto avrebbe comportato la necessità della restituzione della cosa al nudo proprietario da parte dell'erede e dell'arrogante, che avrebbero potuto trovarsi in possesso al momento dell'estinzione dell'usufrutto e avrebbero potuto dunque attuare dei comportamenti fraudolenti<sup>234</sup>.

Rispetto ai terzi, l'arrogante avrebbe rivestito una posizione per certi versi simile a quella dell'erede, in quanto successore universale<sup>235</sup> e in forza della *fiction* di retroattività del nuovo *status* giuridico dell'adottato<sup>236</sup>, anche se a rigore la promessa avrebbe pur sempre riguardato un fatto del terzo: accostando il padre adottivo all'erede, Ulpiano pare appunto giustificare teoricamente il passaggio all'arrogante della stipulazione *in non faciendo*, ammesso dalla prassi anche qualora non fosse stata prevista nel contratto una *poena*<sup>237</sup>.

Siffatta ricostruzione consente di conciliare con le attestazioni di trasmissione automatica delle stipulazioni *in non faciendo* anche la sopra denegata ipotesi che Ulpiano intendesse dire che sarebbe stata trasmissibile all'erede o all'adottante soltanto la promessa che li avesse espressamente menzionati, poiché l'accessorietà della *cautio* all'usufrutto quale diritto strettamente personale differenzia il caso appena discusso dalle fattispecie in cui la questione

---

restituzione e l'astensione da comportamenti connotati di *dolus malus*. Si veda, oltre a D. 7.9.5.pr., anche D. 7.9.1.pr. (Ulp. 79 *ad ed.*): *'Si cuius rei usus fructus legatus sit, aequissimum praetori visum est de utroque legatarium cavere: et usurum se boni viri arbitratu et, cum usus fructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde exstabit'*. Sulla testimonianza di Ulpiano si fonda la ricostruzione di LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 538: *'Cuius rei usus fructus testamento L. Titii tibi legatus est, ea re boni viri arbitratu usurum fructurum et, cum usus fructus ad te pertinere desinet, id quod inde exstabit restitutum iri dolumque malum abesse afuturumque esse spondesne? Spondeo'*. Cfr. anche MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 93.

<sup>233</sup>) COUDERT, *Recherches sur les stipulations*, cit., p. 128 ss., aderisce alla ricostruzione di LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 514-553, e di COING, *Die 'clausula doli'*, cit., p. 99 s., ed enumera la *cautio ratam rem dominum habiturum* (D. 46.8.23.7, D. 46.8.19), la *cautio indicatum solvi*, la *cautio usufructuaria*, la *cautio legatorum servandorum causa* (D. 36.3.1.pr.), la *cautio ex operis novi nuntiatione* (D. 39.1.21.2).

<sup>234</sup>) Cfr. COUDERT, *Recherches sur les stipulations*, cit., p. 129, e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 295.

<sup>235</sup>) Gai., *inst.* 3.82 (*'Sunt autem etiam alterius generis successiones quae neque lege XII tabularum neque praetoris edicto, sed eo iure quod consensu receptum est introductae sunt'*) e Gai., *inst.* 3.83 (*'Etenim cum pater familias se in adoptionem dedit mulierve in manum convenit, omnes eius res incorporales et corporales quaeque ei debitae sunt, patri adoptivo coemptionatorive adquiruntur ...'*)

<sup>236</sup>) Cfr. F. DESSERTAUX, *Études sur les effets de l'adrogation*, in «Revue bourguignonne de l'Enseignement Supérieur», II, 1892, p. 41 ss.

<sup>237</sup>) Si rinvia ancora a COUDERT, *Recherches sur la stipulation*, cit., p. 132 ss., che ritiene che il trapasso del contratto avvenisse in forza della menzione dell'arrogante nel testo della *stipulatio*.

giuridica consiste soltanto nel trapasso dell'obbligazione di *non facere*. Inoltre, se si interpreta D. 45.1.83.pr. nel senso che per Paolo la stipulazione di dolo garantirebbe lo stipulante anche dal fatto di terzi<sup>238</sup>, si può armonizzare tale frammento con il parere di Ulpiano, intendendo quest'ultimo come relativo soltanto a una clausola della *cautio usufructuaria*<sup>239</sup>.

Questa *cautio*, d'altronde, sarebbe stata così speciale per la natura del diritto a cui accedeva che, con riferimento alla promessa di restituzione, essa avrebbe di fatto costituito in capo agli eredi e arroganti un'obbligazione di *facere*<sup>240</sup>, descritta attraverso la forma passiva '*restitutum iri*' e atta a ricomprendere appunto il fatto di costoro impersonalmente<sup>241</sup>.

La clausola non avrebbe contrastato con la regola '*ab heredis persona obligatio incipere non potest*' grazie alla precisazione temporale '*cum usus fructus ad te pertinere desinet*', avente una funzione simile all'aggiunta '*cum morieris aut capite minueris*' nella stipulazione relativa al *quasi usufructus*<sup>242</sup>; la probabile *fictio* della trasmissione ereditaria di una stipulazione *in faciendo* però riguarda un obbligo che di fatto può essere soddisfatto soltanto dal successore e, peraltro, di contenuto assai contiguo a un «lasciar fare», ossia lasciare che il proprietario, ridivenuto pienamente tale, si riprenda la cosa usufruita.

La contrapposizione tra dolo dell'erede e dolo dei terzi vista in D. 45.1.38.13-15 è tracciata anche con riferimento alla *cautio indicatum solvi*<sup>243</sup> da

---

<sup>238</sup>) Di opposto avviso KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., p. 221 nt. 35, secondo il quale avrebbe garantito lo stipulante solo dal dolo del promittente e dei suoi eredi.

<sup>239</sup>) COUDERT, *Recherches sur la stipulation*, cit., p. 152 ss.

<sup>240</sup>) FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 295, che rimanda sul punto a G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino, 1958<sup>2</sup>, p. 287.

<sup>241</sup>) L'inclusione degli eredi risulterebbe dalla formulazione passiva '*restitutum iri*': cfr. F. VON WOESS, *Die pratorischen Stipulationen und der römische Rechtsschutz*, in «ZSS.», LIII, 1933, p. 406 s., VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 228, KASER, *Die Stipulationsklausel*, cit., p. 202 (che vi riconnette anche l'effetto liberatorio dell'adempimento del terzo), e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 295 s.

<sup>242</sup>) FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 295 s.

<sup>243</sup>) Impiegata qualora il convenuto si fosse fatto rappresentare in giudizio da un *cognitor*, è stata così ricostruita da LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 532: '*Qua de re ego tecum acturus sum, quantam pecuniam quod ob eam rem indicatum eris, tantam pecuniam dari eamque rem boni viri arbitrato defendi, quod si ita non defendetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari dolumque malum huic rei abesse a futurumque esse spondesne? Spondeo*'. Altri studiosi, sulla base dell'affinità con la *cautio pro praede litis et vindictiarum*, hanno supposto la citazione degli eredi in diversi punti della *stipulatio*: cfr. B. BRISSONIUS, *De formulis et solemnibus populi Romani verbis libri VIII*<sup>2</sup>, Frankfurt a.M., 1592, p. 393, RUDORFF, *Edicti perpetui*, cit., § 295, p. 247, J. DUQUESNE, *Contribution à l'étude de la cautio indicatum solvi*, in «Mélanges C.J. Gérardin», Paris, 1907, p. 220, ID., *La texture générale de la cautio indicatum solvi*, in «Mélanges H. Fitting», I, Montpellier, 1907, p. 352 s., LA ROSA, *La struttura*, cit., p. 176 nt. 41, e MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 92. Si veda FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 243 ss.

Venuleio Saturnio, contemporaneo di Gaio e quindi uno dei più risalenti testimoni della questione della promessa del fatto del terzo e dell'erede<sup>244</sup>. Il giurista reputa che sia ricompreso nella promessa di *'dolum abesse afuturum esse'* anche il fatto dell'erede, mentre per estendere la garanzia al fatto degli *extranei* suggerisce di stipulare una *poena*:

D. 46.7.19.pr. (Venul. 9 *stip.*): Novissima<sup>245</sup> clausola iudicatum solvi stipulationis *'dolum malum abesse afuturumque esse'* et in futurum tempus permanens factum demonstrat. Itaque et si forte decesserit is qui dolo fecerit, tenebitur heres eius: verbum enim *'afuturumque esse'* plenissimum est et ad omne tempus refertur, ut, si aliquo tempore non afuerit dolum, quoniam verum sit non afuisse, committatur haec clausula.

§ 1: Si autem adiectum sit: *'si huius rei dolum malum non aberit, quanti ea res est, dari spondes?'* et ob extranei dolum promissor poena tenebitur<sup>246</sup>.

Scherillo considera interpolata gran parte del *principium* – da *'et in futurum'* alla fine del periodo successivo – ritenendo che i due paragrafi si trovassero originariamente in un'antitesi ora assente dal testo tra promessa semplice e del *quanti ea res erit* e che il giurista affermasse che il promittente sarebbe stato tenuto soltanto per il proprio dolo, a meno che non avesse concluso una *stipulatio poenae*.

Pare invece che un contrasto vi sia anche nell'estratto così come pervenuto e che tale antitesi somigli a quella già rilevata in Ulpiano tra stipulazione *'dolum malum abesse afuturum esse'*, che avrebbe vincolato anche gli eredi, e la diversa conceptio *'si huius rei dolum malum non aberit, quanti ea res est, dari*

---

e nt. 49, che apporta a sostegno della congettura leneliana D. 35.2.32.2 (Marcian. 9 *fideic.*, riportato *supra*, nt. 98), D. 46.5.2.2 (Paul. 73 *ad ed.*, sui cui si discorrerà *infra*, § I.5.3.5) e D. 46.7.21 (Scaev. *l. sing. quaest. publ. tract.*): *'... Et si reus promittendi duobus heredibus relictis decesserit, alter rem non defendat, alter defendat: is qui non defendat ob rem non defensam conveniri potest, ille qui defendat ob rem iudicatam, quoniam in unius eiusdemque persona non posse committi has duas clausulas creditur ...'*.

<sup>244</sup>) COUDERT, *Recherches sur les stipulations*, cit., p. 138.

<sup>245</sup>) COUDERT, *Recherches sur les stipulations*, cit., p. 138, spiega chiaramente che la promessa di *'dolum malum abesse'* sarebbe *'novissima'* in quanto l'ultima di tre clausole contenute nella *cautio iudicatum solvi*, come attesta D. 46.7.6 (Ulp. 78 *ad ed.*): *'Iudicatum solvi stipulatio tres clausulas in unum collatas habet: de re iudicata, de re defendenda, de dolo malo'*.

<sup>246</sup>) Su questo paragrafo, si vedano KASER, *Die Stipulationsklausel*, cit., p. 184 ss., nonché l'*Excurs* di FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 111 s., che lo pone in confronto con D. 45.1.38.pr.-2 e conclude che quest'ultimo testo si richiama alla regola *'nemo factum alienum promittere potest'*, mentre Venuleio si limiterebbe a proporre la clausola per evitare ambiguità interpretative circa l'estensione della responsabilità del promittente anche al fatto dei terzi.

*spondes?*' per garantire lo stipulante anche dal fatto dei terzi<sup>247</sup>.

Il chiarimento circa l'inclusione del fatto dell'erede nell'ampiezza del verbo '*afuturum esse*' e la consonanza con D. 45.1.38.13 nell'interpretazione appena datane, inoltre, consentono di addivenire a una piana spiegazione della trasmissibilità della clausola in assenza di menzione del successore, senza per forza postulare che l'autore abbia inteso riferirsi ellitticamente alla stipulazione completa di tale richiamo<sup>248</sup>.

A sua volta, D. 46.7.19.pr. conferma che l'aggiunta dell'erede e del padre adottivo in D. 45.1.38.14-15 è prospettata da Ulpiano come facoltativa e lecita, ma non come necessaria alla trasmissione della promessa a costoro: in entrambi i testi, del resto, sarebbe stato quanto meno lapalissiano un esordio che avesse affermato che il contratto avrebbe vincolato il solo promittente.

Venuleio, in particolare, sembra preoccuparsi dell'estensione della copertura della promessa a tutela delle ragioni dello stipulante, a cui consiglia la *conceptio* da preferire per una più completa garanzia: nel dettaglio, il giurisperito assicura che, in caso di morte del promittente che abbia già commesso la stipulazione, sarà tenuto l'erede; tuttavia, se si desidera essere garantiti anche dal fatto dei terzi, occorre farsi promettere una *poena*.

Secondo Scherillo, inoltre, il *principium* affermerebbe che sarebbe stato possibile perseguire l'erede più di una volta, per il fatto del dante causa e per il suo proprio dolo: il romanista ritiene dunque tale asserzione di matrice giustiniana, ascrivibile a un contesto in cui sarebbe stato ammesso intentare più volte una stessa azione in forza della stessa stipulazione. Lo studioso esclude la configurabilità di una siffatta ipotesi in diritto classico sulla base della considerazione sistematica della consumazione dell'azione: essendo la stipulazione di dolo incerta<sup>249</sup>, infatti, in un eventuale giudizio si sarebbe dedotta l'obbligazione per intero<sup>250</sup>.

L'esegeta però non sembra tenere nella dovuta considerazione l'ambito di applicazione della clausola di dolo entro la *cautio indicatum solvi*: il testo si riferisce infatti alla *translatio iudicii* in capo all'erede che si sarebbe verificata alla morte del promittente, al quale si sarebbe sostituito il successore nella causa

---

<sup>247</sup>) In questo senso COUDERT, *Recherches sur les stipulations*, cit., p. 140.

<sup>248</sup>) Come fa invece COUDERT, *Recherches sur les stipulations*, cit., p. 142 s., sulla base delle ricerche di DUQUESNE, *Contribution à l'étude*, cit., p. 197-228, secondo il quale le *clausulae de re defendenda* e *de re indicata* della *cautio indicatum solvi* avrebbero elencato le persone che avrebbero potuto sostituire il convenuto nel corso del processo. Ma questi studi, appunto, nulla dimostrano circa la *clausula doli*.

<sup>249</sup>) D. 45.1.121.pr. (Pap. 11 *resp.*): '*ex ea parte cautionis 'dolumque malum huic rei promissionisque abesse afuturumque esse stipulatus est ille, spondit ille', incerti agetur*'.

<sup>250</sup>) Gai., *inst.* 4.51, 54, 131 e 131a: cfr. SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 375 e nt. 104.

in corso. Venuleio precisa che costui sarebbe stato tenuto alla medesima *cautio indicatum solvi* prestata dal defunto e, nel caso in cui sia il promittente sia l'erede avessero commesso la stipulazione, l'erede avrebbe dovuto rispondere di entrambi i fatti; tuttavia, il brano non postula l'esperibilità di due procedimenti diversi in capo alla stessa persona per le due diverse contravvenzioni all'obbligo di '*dolum malum abesse cfuturum esse*', poiché in forza della *cautio indicatum solvi* l'erede sarebbe stato chiamato una sola volta in un unico giudizio in cui il giudice avrebbe complessivamente valutato il pregiudizio causato all'attore dalle due distinte violazioni<sup>251</sup>.

Ad ogni modo, Scherillo stesso insinua il dubbio che potesse soccorrere il rimedio della *praescriptio*, anche in caso di obbligazione indivisibile, e cita un altro passo in cui un giurista afferma che una stipulazione commessa dal promittente possa essere nuovamente commessa dal suo erede<sup>252</sup>:

D. 45.1.133 (Scaev. 13 *quaest.*): Si sic stipulatus sum 'Neque per te, neque per heredem tuum vim fieri spondes?' et egi quod mihi vim feceris: recte remanere factum heredis in stipulatione; nam et ex ipsius posteriore vi potest committi stipulatio: non enim ad unam vim pertinet. Nam sicut et ipsius et heredis caput, ita ipsius vis vel saepius facta complectitur, ut condemnetur, quanti interest; aut si sic volumus factam esse stipulationem, 'Neque per te, neque per heredem tuum fieri?' ut ad unam vim primam teneat; si vim fecerit, amplius ex heredis committi non poterit: ergo si (actum) sit quasi ex ipsius vi, tota consumpta sit: quod non est verum.

Scevola si interroga sull'operatività del principio di preclusione processuale nel caso di una stipulazione *in non faciendo* con menzione dell'erede, probabilmente in materia di servitù<sup>253</sup>. Di regola<sup>254</sup>, l'azione si sarebbe consumata

---

<sup>251</sup>) COUDERT, *Recherches sur les stipulations*, cit., p. 140 s.

<sup>252</sup>) Anche in questo secondo caso è ipotizzabile l'operatività dello strumento processuale della *praescriptio*: si veda T. MASIELLO, *Le 'Quaestiones' di Cervidio Scevola*, Bari, 1999, p. 156, che cita S. RANDAZZO, *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998, p. 158. Presenta invece la tesi manifestando qualche dubbio FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 177 ss., che si pronuncia comunque per la classicità del testo e della soluzione ivi contenuta.

<sup>253</sup>) Cfr. MASIELLO, *Le 'Quaestiones'*, cit., p. 156 (che cita RANDAZZO, *Leges mancipii*, cit., p. 135 ss.), e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 178. Secondo il primo studioso, se tale stipulazione avesse fatto seguito a una costituzione della servitù tramite *pactio* estendente l'obbligo anche all'erede, sarebbe allora stato possibile opporre a una eventuale *exceptio rei indicatae* dell'erede una *replicatio pacti*.

<sup>254</sup>) MASIELLO, *Le 'Quaestiones'*, cit., p. 158, precisa che tale norma non avrebbe rivestito un carattere assoluto, richiamando Gai., *inst.* 4.112 ('*non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a pretore dantur, etiam in heredem aequo competunt aut dari solent.*



non soltanto nel caso in cui le parti fossero state le medesime persone fisiche, poiché l'identità soggettiva si sarebbe estesa ai successori a titolo particolare o universale di costoro; di qui il problema giuridico della possibile consunzione dell'azione qualora lo stipulante abbia agito contro il promittente e anche l'erede tenga successivamente il medesimo comportamento dedotto nel contratto. Il giurisperito nega che scatti tale preclusione, poiché anche l'erede potrebbe in un tempo successivo commettere la stipulazione e sono previsti due distinti soggetti quali obbligati.

Egli ricorre poi all'argomento per assurdo dell'impossibilità, in presenza di una simile stipulazione e volendo lo stipulante garantirsi soltanto per il comportamento<sup>255</sup> del promittente, di agire contro quest'ultimo affiancando nell'*intentio* della formula al suo nome quello dell'erede. Scevola, insomma, adotta un'interpretazione del contratto fondata sulla volontà delle parti anziché su una rigida applicazione del principio '*semel commissa stipulatio (poena) amplius committi non potest*'<sup>256</sup>.

Sulla base della presunzione che i compilatori avessero tenuto presente la riforma giustiniana della preclusione processuale, anche questo testo è ritenuto interpolato da Scherillo, sulla scia di Beseler<sup>257</sup> e Guarneri Citati<sup>258</sup>: nel dettaglio, l'avverbio '*recte*' sostituirebbe un originario *non* e sarebbe stato aggiunto un '*non*' davanti all'espressione '*enim ad unam vim pertinet*'. Il passo è definito nel complesso «oscuro e ambiguo», eccessivamente prolisso, contenente errori grammaticali e sintattici, autocontraddittorio tra la prima e la seconda parte, in quanto si parla delle violenze successive del promittente dopo aver parlato dell'azione per la *vis* del promittente<sup>259</sup>.

Questa contraddizione non sembra potersi scorgere, però, visto che il brano tende linearmente a dimostrare che la stipulazione '*neque per te neque per heredem tuum (vim) fieri spondes?*' può commettersi più volte, sia da parte del promittente che da parte dell'erede. All'opposto, se si accetta la ricostruzione

---

*Est enim certissima iuris regula ...*) e 4.113 ('*aliquando tamen ex contractu actio neque heredi neque in heredem competit*').

<sup>255</sup>) MASIELLO, *Le 'Quaestiones'*, cit., p. 157, sottolinea infatti l'omissione del termine '*vis*' nella seconda stipulazione, che reputa volontaria da parte dell'autore e finalizzata a enunciare una regola con valore generale.

<sup>256</sup>) Cfr. D. 4.8.34.1 (Paul. 13 *ad ed.*): '*Semel commissa poena solvi compromissum rectius puto dici nec amplius posse committi, nisi id actum sit ut in singulas causas totiens committatur*'. Si vedano KNÜTEL, *Der mehrfache Verfall*, cit., p. 158, e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 179.

<sup>257</sup>) BESELER, *Romanistische Studien*, cit., p. 102, secondo il quale Scevola avrebbe parlato della *praescriptio* e il testo a noi pervenuto sarebbe una parafrasi.

<sup>258</sup>) GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni*, cit. p. 206 ss.

<sup>259</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 375.

del testo di Guarneri Citati, difficilmente si giustifica la creazione da parte dei commissari giustiniani anche della seconda parte del testo, poiché la prima già esaurisce il contenuto della decisione e il seguito costituirebbe una problematizzazione superflua rispetto al fine della compilazione<sup>260</sup>.

Soprattutto il primo periodo, poi, si mostra al contrario piuttosto lineare e chiaro, né sembrano potersi qualificare come veri e propri errori quelli elencati da Scherillo<sup>261</sup>: «passaggio repentino dal discorso diretto all'indiretto; i quattro *'ipsius'* senza il riferimento sicuro; il verbo *'complectitur'* con due soggetti, di cui uno sottinteso – *'stipulatio'* –, ed usato una volta transitivamente e una intransitivamente; *'ut condemnetur quanti intersit'* senza soggetto, come pure poi *'tota consumpta sit'*»<sup>262</sup>.

Pare invece a chi scrive che i soggetti e i riferimenti sottintesi non siano così fumosi e che il passaggio dal discorso diretto all'indiretto marchi persino gradevolmente il passaggio dalla prospettazione della *quaestio* alla enunciazione della norma che la regola<sup>263</sup>; inoltre, l'impiego di un solo verbo (*'complectitur'*) per due soggetti potrebbe semplicemente mirare alla concisione del discorso. Infine, il preteso rimaneggiamento del testo potrebbe avere natura di epitomazione, che spiegherebbe sia il massiccio impiego del pronome dimostrativo *'ipsius'*, sia l'infinitiva *'recte remanere factum heredis'*, probabilmente in origine dipendente da una proposizione dichiarativa del tipo *'Iulianus scripsit'*, come quella contenuta in D. 45.1.131.pr.<sup>264</sup>.

Se al contrario si reputa il testo genuino o soltanto riassunto<sup>265</sup>, la fattispecie risulta invece trattata con fine sensibilità verso le esigenze dello stipulante, la giustizia sostanziale e le sfumature semantiche della congiunzione *'neque'*, a cui Scevola dedica peraltro un'altra riflessione in D. 45.1.129, attribuendole valore disgiuntivo<sup>266</sup>:

D. 45.1.129 (Scaev. 12 *quest.*): Si quis ita stipulatus fuerit: 'decem aureos das, si

---

<sup>260</sup>) L'argomento è di MASIELLO, *Le 'Quaestiones'*, cit., p. 154.

<sup>261</sup>) Si rimanda nuovamente a MASIELLO, *Le 'Quaestiones'*, cit., p. 152 ss., e a DE FRANCESCO, *Note sulle obbligazioni*, cit., p. 327.

<sup>262</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 375 nt. 104.

<sup>263</sup>) MASIELLO, *Le 'Quaestiones'*, cit., p. 159, lo considera riconducibile alla peculiare tendenza di Scevola di ispirarsi allo stile realistico tipico della fine dell'età repubblicana.

<sup>264</sup>) MASIELLO, *Le 'Quaestiones'*, cit., p. 159.

<sup>265</sup>) Cfr. KNÜTEL, *Der mehrfache Verfall*, cit., p. 150 ss., D. LIEBS, *Die Klagenkonsumption des römischen Rechts*, in «ZSS.», XCIX, 1969, p. 176, KASER, *Die Stipulationsklausel*, cit., p. 201, MASIELLO, *Le 'Quaestiones'*, cit., p. 152-160, e DE FRANCESCO, *Note sulle obbligazioni*, cit., p. 326 ss.

<sup>266</sup>) MASIELLO, *Le 'Quaestiones'*, cit., p. 155 ss., e DE FRANCESCO, *Note sulle obbligazioni*, cit., p. 326 ss.

navis venit et Titius consul factus est?’ non alias dabitur, quam si utrumque factum sit. Idem in contrarium: ‘dare spondes, si nec navis venit nec Titius consul factus sit?’ exigendum erit, ut neutrum factum sit. Huic similis scriptura est: ‘si neque navis venit neque Titius consul factus est?’ at si sic: ‘dabis, si navis venit aut Titius consul factus sit?’ sufficit unum factum. Et contra: ‘dabis, si navis non venit aut Titius consul factus non est?’ sufficit unum non factum.

Masiello e De Francesco parlano invece di valore congiuntivo di ‘neque’ in D. 45.1.133<sup>267</sup>, ma nel senso di individuare due distinti soggetti obbligati dalla medesima stipulazione, conciliabile con l’equivalenza tra ‘neque’ e ‘aut’ tracciata in D. 45.1.129: in altre parole, la disgiunzione introdotta da tale congiunzione non significherebbe che la stipulazione possa essere commessa soltanto dall’uno o dall’altro soggetto – con conseguente consumazione dell’azione –, ma traccerebbe piuttosto un mero affiancamento tra i due diversi obbligati. Essa nega dunque l’identità giuridica del promittente e del suo erede, presupposta invece dalla normale estensione a quest’ultimo della preclusione processuale e dalla loro considerazione quale unica parte, intesa come centro di interessi.

In ogni caso, il problema attinente la consumazione dell’azione, evidenziato da Scherillo per il caso della supposta trasmissibilità automatica della stipulazione ‘*dolum malum abesse afuturum esse*’, si ripresenta qui in un’ipotesi di trasmissibilità in forza di *mentio heredis*, che lo studioso ammette pacificamente anche con riguardo alla stipulazione di dolo. Tale questione, dunque, si manifesta nella concreta applicazione delle regole sulla trasmissibilità, ma non sembra costituire una prova a favore di una regola generale di intrasmissibilità del primo contratto agli eredi non menzionati: in D. 45.1.133, la presenza della clausola ereditaria potrebbe al contrario essere dettata dalle esigenze didascaliche dell’autore, senza per forza implicare la sua necessità ai fini della trasmissione del contratto<sup>268</sup>.

Sembra apparentemente presupporre una regola generale di trasmissione automatica anche la seguente testimonianza di Giuliano, secondo il quale la clausola di dolo non si commetterebbe nel caso di *cautio ratam rem haberi* soltanto qualora l’omissione dell’erede sia stata volontariamente disposta dalle parti. Nell’ipotesi in cui l’erede e coloro ‘*ad quos ea res pertineret*’ siano stati tralasciati per negligenza, invece, sarebbe stata comunque esperibile l’*actio ex doli clausula*:

---

<sup>267</sup>) MASIELLO, *Le ‘Quaestiones’*, cit., p. 155 ss., e DE FRANCESCO, *Note sulle obbligazioni*, cit., p. 326 ss.

<sup>268</sup>) Di questa opinione FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit. p. 179.

D. 46.8.22.7 (Iulian. 56 *dig.*): Si in stipulationem ratam rem haberi hactenus comprehensum fuerit 'Lucium Titium ratum habiturum', cum id aperte ageretur, ut heredis ceterorumque personae, ad quos ea res pertineret, omitterentur, <si eorum quis agat,> difficile est existimari doli clausulam committi. Sane cum per imprudentiam hae personae omittantur, actio ex doli clausula competit<sup>269</sup>.

Scherillo ritiene l'ultimo periodo un'aggiunta dei compilatori, giudicando «brusco» il cenno all'*actio ex doli clausula*, «brutta» la ripetizione '*hae personae*' – mentre pare a chi scrive efficace per ricomprendere brevemente la categoria degli eredi e degli altri successori evocati dalla locuzione '*ad quos ea res pertineret*' – e giustiniano l'impiego della congiunzione '*sane*'. Egli quindi reputa che l'estratto, depurato dal periodo in parola, rispondesse a una questione circa la ravvisabilità del dolo nell'omissione stessa dell'erede<sup>270</sup>.

Le ragioni addotte tuttavia, come si può osservare, hanno natura meramente estetica<sup>271</sup> e non appaiono particolarmente solide, così come l'opinione dello studioso che sarebbe un controsenso ritenere che non si sarebbe commessa la clausola di dolo se intenzionalmente si fosse omissa l'erede, mentre la si sarebbe potuta commettere se tale omissione fosse stata involontaria.

Il testo, invece, dimostra semplicemente che l'esclusione degli eredi del *dominus* avrebbe dovuto essere espressamente pattuita dalle parti, mentre sarebbe stata considerata naturale l'estensione della fattispecie alla ratifica di costoro<sup>272</sup>: in ogni caso, la questione giuridica considerata da Giuliano non ha

---

<sup>269</sup>) Si vedano BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 94, che esclude invece la trasmissione automatica, KNÜTEL, *Stipulatio und pacta*, cit., p. 201 ss., RESINA SOLA, *Vetus iuris alteratio*, cit., p. 281 e nt. 13, e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit. p. 223 ss.

<sup>270</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 377 ss. Sospettano dell'ultimo periodo anche ROTONDI, *Di alcune riforme*, cit., p. 317 s. nt. 3, VASSALLI, '*Dies vel condicio*', cit., p. 253, e COING, *Die 'clausula doli'*, cit., p. 115 e ss., che argomenta a partire dalla intrasmissibilità del *pactum de non petendo* e ritiene che il procuratore sappia che il *dominus* è già morto. Per la genuinità invece KASER, *Die Stipulationsklausel*, cit., p. 193 nt. 73, A. WACKE, *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli. Stillschweigender Verzicht und Verwirkung nach klassischem Recht*, in «ZSS», XC, 1973, p. 238 ss., e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit. p. 224 ss. e nt. 61, che ribatte a Coing che Giuliano sarebbe interessato agli eredi di un terzo il cui comportamento è dedotto in condizione e che sarebbe lo stipulante a predisporre la promessa, non il procuratore, e quindi sarebbe difficile ipotizzare un dolo di quest'ultimo nella formulazione della *cautio*. Egli concorda dunque con Wacke nel ravvisare il dolo del procuratore nell'eventuale rifiuto di pagare qualora gli eredi siano stati omissi per negligenza.

<sup>271</sup>) Così le definisce FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 224.

<sup>272</sup>) Si rinvia nuovamente a FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 225 ss., che si dilunga sui principii interpretativi della *cautio ratam rem haberi*: essendo un contratto verbale e imposto dal magistrato, infatti, la sua *conceptio* sarebbe certo stata par-

nulla a che vedere con la trasmissione del contratto agli eredi dell'una o dell'altra parte, poiché non discorre degli eredi del *procurator* o dello stipulante. Al massimo, ai fini della presente indagine il brano dimostra che anche nelle stipulazioni pretorie la volontà delle parti avrebbe avuto un rilievo preponderante e costituisce un'eloquente testimonianza dei criteri interpretativi della *stipulatio* normalmente impiegati dai giuristi<sup>273</sup>.

Del dolo dell'erede discorre anche Ulpiano con riferimento alla stipulazione '*emptae et venditae hereditatis*':

D. 18.4.2.4 (Ulp. 49 *ad Sab.*): Non tantum autem quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed et quod ad heredem eius ex hereditate pervenit, emptori restituendum est: et non solum quod iam pervenit, sed et quod quandoque pervenerit, restituendum est.

§ 5: Se et si quid dolo malo eorum factum est, quo minus ad eos perveniat, et hoc emptori praestandum est (...)

Il brano, però, costituisce un commento alla stipulazione, la cui *conceptio* non è riportata: esso non vale dunque a provare che essa fosse trasmissibile anche senza *mentio heredis*<sup>274</sup>.

5. Vi sono poi passi in cui Paolo discorre della divisibilità tra coeredi di alcune stipulazioni, presupponendone dunque la trasmissibilità<sup>275</sup>, senza far cenno alla presenza in esse di alcuna clausola ereditaria<sup>276</sup>:

---

ticolarmente centrale, ma ciononostante il criterio dell'*id quod actum est* avrebbe consentito di integrare e superare la lettera in ossequio alla volontà delle parti nel caso concreto, che anche il pretore avrebbe dovuto tenere in conto.

<sup>273</sup>) Le stipulazioni pretorie, infatti, avrebbero comunque mantenuto la veste formale di un contratto tra privati: cfr. FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 228 e 307 ss. Per la mancata attinenza all'oggetto della presente analisi non si prenderanno neppure in considerazione D. 10.2.44.6 (Paul. 6 *ad Sab.*) e D.45.1.4.1 (Paul. 12 *ad Sab.*), laddove esaminano questioni poste dall'esistenza di più eredi del *dominus*.

<sup>274</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 380, afferma in toni meno dubitativi che Ulpiano, nel commentare parola per parola il formulario, avrebbe avuto in mente una siffatta stipulazione: '*quanta pecunia ad te heredemve tuum pervenerit, dolove malo tuo heredisve tui factum est quominus perveniat*'. Si veda, per la *conceptio*, D. 45.1.50.1 (Ulp. 50 *ad ed.*): '*Item stipulatione emptae hereditatis: 'quanta pecunia ad te pervenerit dolove malo tuo factum est eritve, quo minus perveniat' nemo dubitabit quin teneatur, qui id egit, ne quid ad se perveniret*'.

<sup>275</sup>) Su questi passi vedasi, con riferimento alla *cautio ex operis novi nuntiatione*, FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 259 s.

<sup>276</sup>) FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 260, trova particolarmente significativa tale assenza in D. 46.5.2.1, laddove si trova un riferimento al contenuto della *cautio* (*ut opus restituatur*).

D. 45.1.4.2 (Paul. 12 *ad Sab.*): Si is, qui duplam stipulatus est, decesserit pluribus heredibus relictis, unusquisque ob evictionem suae partis pro portione sua habebit actionem. Idemque est in stipulatione quoque fructuaria et damni infecti et ex operis novi nuntiatione: restitui tamen opus ex operis novi nuntiatione pro parte non potest. Haec utilitatis causa ex parte stipulatorum recepta sunt: ipsi autem promissori pro parte neque restitutio neque defensio contingere potest.

D. 46.5.2.pr. (Paul. 73 *ad ed.*): Praetoriae stipulationes aut rei restitutionem continent aut incertam quantitatem.

§ 1: Sicuti stipulatio ex operis novi nuntiatione, qua cavetur, ut opus restituatur: ideoque sive actor sive reus decesserit pluribus heredibus relictis, uno vincente vel victo totum opus restitui debet: quamdiu enim aliquid superest, tamdiu non potest videri opus restitutum.

§ 2: Incertam quantitatem continet stipulatio iudicatum solvi et rem ratam dominum habiturum et damni infecti et his similes, in quibus respondetur scindi eas in personas heredum, quamvis possit dici ex persona heredum promissoris non posse descendente a defuncto stipulationem diversam condicionem cuiusque facere. At in contrarium summa ratione fit, ut uno ex heredibus stipulatoris vincente in partem eius committatur stipulatio: hoc enim facere verba stipulationis 'quanti ea res est'. Sed si unus ex heredibus promissoris totam rem possideat, in solidum eum damnandum Iulianus scribit: in quantum autem ipse ea stipulatione vel fideiussores an omnino teneantur, dubitari potest: et videntur ait, ne non committatur. Sed si lite contestata possessor decesserit, unum ex heredibus non maiore ex parte damnandum, licet totum fundum possideat, quam ex qua heres est.

Anche a non dar credito ai sospetti di interpolazione da più parti avanzati<sup>277</sup>, occorre comunque notare che è quanto meno opinabile fondare la dimostrazione della trasmissibilità automatica delle stipulazioni qui contemplate da Paolo sulla base di questi estratti, proprio perché incentrati sulla divisibilità: in altre parole, è quest'ultima la questione centrale, mentre la trasmissibilità è soltanto l'assunto iniziale da cui il ragionamento del giurista prende le mosse e potrebbe pertanto anche aversi in forza di *mentio heredis*. In D. 46.5.2.1, inoltre, le parti hanno già effettuato la *litis contestatio*, essendo chiamate *actor* e *reus*<sup>278</sup>, e dunque la legittimazione in giudizio degli eredi è ormai pacifica.

---

<sup>277</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 378 nt. 110, che rimanda a GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni*, cit., p. 91 ss., e a BESELER, *Romanistische Studien*, cit., p. 101 e 103: i dubbi di autenticità si fondano sull'osservazione che il testo inizialmente si riferisce a varie *cautiones*, per poi trattare soltanto la *cautio indicatum solvi*. Di essi non si preoccupa FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 245 nt. 64, volendosi concentrare proprio su tale stipulazione e ritenendo che certamente Paolo avrebbe riflettuto quanto meno su di essa. Sul passo, si veda anche KASER, *Die Stipulationsklausel*, cit., p. 184 ss.

<sup>278</sup>) FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 260.

Tuttavia, tali indizi possono giungere a costituire una prova se coordinati tra loro e con ulteriori evidenze, quale ad esempio la ricostruzione leneliana<sup>279</sup> della *cautio indicatum solvi* priva di clausole ereditarie<sup>280</sup>.

Scherillo include tra i testi in cui delle stipulazioni *in faciendo* sembrano automaticamente trasmissibili all'erede anche la seguente testimonianza paolina, relativa a un'obbligazione alternativa e all'ereditarietà della facoltà di scelta:

D. 45.1.76.pr. (Paul. 18 *ad ed.*): Si stipulatus fuerim 'illud aut illud, quod ego voluero', haec electio personalis est, et ideo servo vel filio talis electio cohaeret: [in heredes tamen transit obligatio et ante electionem mortuo stipulatore].

La parte tra parentesi quadre è difficilmente coordinabile con la precedente: la prima sezione dell'escerto, infatti, tratta della personalità dell' *'electio'*<sup>281</sup> e della conseguente sua spettanza al *filius familias* o al servo, anziché al padre o al padrone; in seguito, invece, si parla di passaggio dell'obbligazione agli eredi anche prima dell' *'electio'* nel caso di morte dello stipulante, senza neppure una congiunzione avversativa a coordinare due temi così contrastanti.

Il romanista aggiunge che non è neppure chiaro a quali eredi ci si riferisca, se del padre o *dominus* o del figlio o servo e se dello stipulante o del promittente, visto che *'in heredes transit'* è una locuzione che si ritrova per lo più con riguardo alla trasmissibilità passiva<sup>282</sup>.

Tuttavia, non è detto che l'intervento sul testo paolino non consista in una mera epitomazione o giustapposizione di considerazioni sostanzialmente attribuibili al giurista: la stipulazione in commento infatti appare *in dando*, e quindi, la manomissione del testo non sembra indice di un diverso regime rispetto a quello descritto. Semmai, è più probabile sia stata accostata alla stretta personalità dell' *'electio'* l'eccezione della trasmissione di questa facoltà all'erede dello stipulante<sup>283</sup>.

Sempre relativo a una stipulazione alternativa è il caso di cui discorre Ulpiano:

D. 30.75.3 (Ulp. 5 *disp.*): Si quis ita stipulatus: 'Stichum aut decem, utrum ego

---

<sup>279</sup>) Riportata *supra*, nt. 243.

<sup>280</sup>) FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 246, dove lo studioso si sofferma anche a precisare che D. 46.7.7 (Gai. 27 *ad ed. prov.*) non varrebbe a provare l'intrasmissibilità di tale promessa.

<sup>281</sup>) BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 95, nota che di conseguenza si può ravvisare un tratto di personalità anche in obbligazioni di *dare* di questo tipo.

<sup>282</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 378 e nt. 111, ove cita VASSALLI, *'Dies vel condicio'*, cit., p. 210 nt. 2 e p. 379 e nt. 113.

<sup>283</sup>) Sull'autenticità del passo, FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 30 s.

velim' legaverit quod ei debebatur, tenebitur heres eius, ut praestet legatario actionem electionem habituro, utrum Stichum an decem persequi malit.

Anche qui si dichiara che l'erede dello stipulante non menzionato in negozio *in dando* può compiere l'*electio* tra le due prestazioni. Ciò non stupisce se si tiene conto della precedente testimonianza di Paolo e Papiniano e di quanto già affermato circa le stipulazioni *in dando*, mentre Scherillo ritiene che il testo si riferisse alla stipulazione: '*Stichum aut decem, utrum ego heresve meus velim*'<sup>284</sup>.

Infine, si è detto che se il *de cuius* avesse voluto limitare la trasmissione passiva di una *stipulatio in faciendo* a uno solo dei coeredi, avrebbe potuto indicarlo nominativamente nel contratto. Sembra però deporre in senso contrario una citazione di Giuliano riportata da Scevola e già presa in considerazione<sup>285</sup> quale generica testimonianza della prassi della menzione dell'erede<sup>286</sup>:

D. 45.1.131.pr. (Scaev. 13 *quaest.*): Iulianus scripsit, si 'neque per te neque per heredem tuum Titium fieri, quo minus mihi ire liceat' stipuler, non solum Titium teneri, si prohibeat, sed etiam coheredes eius.

A parere di Beseler, il giurista avrebbe in realtà scritto '*solum Titium teneri, si prohibeat, non etiam coheredes eius*', in quanto, altrimenti, Venuleio in D. 45.1.137.8, nell'affermare che le stipulazioni *in faciendo* avrebbero potuto menzionare uno solo tra i coeredi e trasmettersi soltanto a costui, avrebbe stranamente ommesso di dissociarsi da una così autorevole opinione contraria<sup>287</sup>.

A ben vedere, però, i due brani potrebbero porsi in rapporto di regola ed eccezione piuttosto che di netta contrapposizione, in quanto il caso particolare esaminato da Giuliano riguarderebbe una prestazione di *non fieri*; la tesi dell'interpolazione, inoltre, non è sufficientemente provata, in quanto si sorregge soltanto sull'apparente incompatibilità con D. 45.1.137.8, e sull'osservazione che Venuleio, autore di quest'ultimo e più tardo rispetto a Giuliano, non ne cita la differente opinione<sup>288</sup>.

---

<sup>284</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 379 s. Considera invece il testo una prova dell'ereditabilità automatica del credito FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 32.

<sup>285</sup>) Si veda *supra*, § I.3 e § I.5.3.4.

<sup>286</sup>) Cfr. RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 289.

<sup>287</sup>) Cfr. *supra*, § I.1: D. 45.1.137.8 (Venul. 1 *stipul.*: '*Praeterea sciendum est, quod dari stipulemur, non posse nos uni ex heredibus adquiri, sed necesse esse omnibus adquiri: at cum quid fieri stipulemur, etiam unius personam recte comprehendit*'). Si veda BESELER, *Romanistische Studien*, cit., p. 102, con cui concordano SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 340 e nt. 6, e FREZZA, *Appunti esegetici*, cit., p. 87. BETTI, *La struttura*, cit., p. 61, interpreta il passo di Scevola come riprova dell'irrelevanza della menzione dell'erede per la trasmissibilità dell'obbligazione.

<sup>288</sup>) Cfr. FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 192, il quale però



Se si considera il testo genuino, all'opposto, allora Giuliano avrebbe reputato che, anche qualora fosse stato menzionato nominativamente uno solo dei coeredi, tale menzione sarebbe stata *supervacua*, poiché ciononostante tutti i successori universali *mortis causa* sarebbero stati obbligati dalla stipulazione in *non faciendo* contratta dal *de cuius*<sup>289</sup>.

Tale conclusione non solo meglio si accorda con l'indivisibilità dell'obbligazione in materia di servitù, ma anche pare più convincente alla luce degli studi palinogenetici: Lenel infatti colloca D. 45.1.131.pr. (n. 174) immediatamente prima di D. 45.1.133 (n. 175), che – come si è visto – nega la consumazione dell'azione relativa alla stipulazione '*neque per te neque per heredem tuum (vim) fieri spondes?*' per più commissioni successive da parte del promittente e dell'erede<sup>290</sup>.

La materia, comunque, ancora ai tempi di Scevola sarebbe stata plausibilmente oggetto di opinioni giurisprudenziali discordanti, di cui sarebbero indice il ricorso all'*argumentum ex auctoritate* della citazione di Giuliano e la trattazione tra le *quaestiones*<sup>291</sup>.

In definitiva, entrambi i passi analizzati paiono volti a estendere il novero degli obbligati, a fronte di evidenti problemi pratici inerenti alla tutela del creditore e alla trasmissibilità passiva delle stipulazioni *in faciendo*<sup>292</sup> e, in particolare, *in non faciendo*; essi potrebbero essere sintomatici di quella coesistenza di opinioni divergenti in materia di trasmissibilità ereditaria delle *stipulationes in faciendo* cui si riferisce Giustiniano nella costituzione (C.I. 8.37.13) da cui il presente capitolo ha preso le mosse, in quanto altrimenti difficilmente avrebbero avuto a oggetto le questioni suesposte, né Scevola avrebbe fatto appello all'autorevolezza di Giuliano<sup>293</sup>.

Inoltre, se si accetta il testo tradito di D. 45.1.131.pr., si potrebbe addi-

---

giunge a una diversa conclusione interpretativa, considerando le stipulazioni *in non faciendo* del tutto riconducibili al *genus* delle stipulazioni *in faciendo*.

<sup>289</sup>) BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 94.

<sup>290</sup>) MASIELLO, *Le 'Quaestiones'*, cit., p. 155 ss., e DE FRANCESCO, *Note sulle obbligazioni*, cit., p. 327.

<sup>291</sup>) Lo sottolinea acutamente FINKENAUER, *Vereerblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 192 s., dubitando che la contrapposizione possa ricondursi a quella tra scuola sabiniana e proculiana, poiché sia Scevola sia Venuleio sarebbero appartenuti alla prima. Lo studioso qualifica poi la soluzione di Giuliano come conservatrice, ponendola a confronto con la possibilità nel contratto di società di prevedere che un determinato erede succedesse a un socio e rilevando come la posizione opposta avrebbe potuto meglio rispondere agli interessi del creditore e degli eredi.

<sup>292</sup>) Si rimanda nuovamente a MASIELLO, *Le Quaestiones*, cit., p. 155 ss., e a DE FRANCESCO, *Note sulle obbligazioni*, cit., p. 327.

<sup>293</sup>) DE FRANCESCO, *Note sulle obbligazioni*, cit., p. 328.

rittura sostenere che Giuliano avrebbe ritenuto automaticamente trasmissibile la stipulazione *in non faciendo* in esame: il medesimo giurista in D. 45.1.56.1 ha infatti dimostrato l'inutilità della menzione dell'erede nelle stipulazioni *in dando*, ma ha definito espressamente *supervacua* la sola indicazione del nominativo di uno tra i coeredi. Si riporta nuovamente l'estratto per comodità espositiva:

D. 45.1.56.1 (Julian. 52 *dig.*): 'Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes?'. Titi persona supervacua comprehensa est: sive enim solus heres extiterit, in solidum tenebitur, sive pro parte, eodem modo, quo ceteri coheredes eius, obligabitur. Et quamvis convenisse videatur, ne ab alio herede quam a Titio peteretur, tamen inutile pactum conventum coheredibus eius erit.

Giuliano qui afferma che, anche se tra più coeredi il solo Tizio è menzionato espressamente nella *stipulatio* di dare dieci, ciononostante l'obbligazione si suddivide inderogabilmente e *ipso iure* tra tutti i coeredi: allo stesso modo, in D. 45.1.131.pr. il contratto '*neque per te neque per heredem tuum Titium fieri, quo minus mihi ire liceat*' non si trasmette al solo Tizio, ma parimenti a tutti i coeredi, nonostante la contraria volontà espressa dalle parti.

Sembra valere allora anche in questo caso il percorso logico già seguito nel primo capitolo per le stipulazioni *in dando*, che inferisce da un tale riparto immediato dell'obbligazione tra coeredi un meccanismo di trasmissione automatica *mortis causa* del contratto. Del resto, il contenuto astensivo della prestazione di *non facere* ben si presta a una siffatta configurazione giuridica, a maggior ragione se previsto per un obbligo a contenuto positivo quale quello di *dare*.

## ***6. Considerazioni conclusive***

Si è visto dunque che la prassi della *mentio* degli eredi o dei successori entro la *conceptio* del contratto sarebbe stata largamente impiegata nella formulazione delle stipulazioni *in faciendo* e che non avrebbe in ogni caso fatto formalmente *incipere* l'obbligazione in capo al successore, non contravvenendo dunque a quest'ultimo divieto generale. L'espedito sarebbe stato applicato sia sul versante attivo sia su quello passivo, circa il quale abbiamo più attestazioni.

Queste testimonianze, per lo più, ci informano dell'ampia diffusione di siffatta aggiunta, senza necessariamente implicarne la stretta necessità: essa compare infatti in esempi di contratti concreti, presi spesso in considerazione dai giuristi sotto aspetti decentrati rispetto alla specifica questione delle regole di trasmissibilità.

Le fonti quindi non valgono a provare del tutto l'esistenza di una norma di intrasmissibilità delle stipulazioni *in faciendo*, allo stesso modo in cui il ricorso alla clausola ereditaria nelle stipulazioni *in dando* non smentisce il loro trapasso automatico. Come in questi ultimi casi, infatti, il riferimento potrebbe rivestire una mera funzione pleonastica o esplicativa dell'estensione dei vincoli nascenti dal contratto e del loro passaggio ai successori.

Tale specificazione, inoltre, potrebbe essere sintomatica di un certo grado di diffusione di dubbi circa le ipotesi di trasmissibilità automatica: è probabile che le parti non esperte di diritto si cautelassero per tale semplice via, vista la gravità delle possibili conseguenze della dimenticanza osservate con riferimento alla stipulazione '*uti frui licere*'.

I documenti a nostra disposizione consentono anche di desumere alcuni criteri generali regolatori della materia.

Innanzitutto, le stipulazioni a cui è attribuita dai giurisperiti trasmissibilità automatica comportano per il promittente un obbligo di *non facere* dal contenuto astensivo ('*dolum abesse afuturum esse*'), spesso espresso dal verbo '*licere*' ('*ire agere licere*', '*habere licere*') o da una formulazione negativa ('*amplius non agi*', '*neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat*', '*per te non fieri quo minus mihi ire agere liceat*')<sup>294</sup>. A questa generalizzazione sfugge la stipulazione '*uti frui licere*' in forza delle norme specifiche riguardanti il diritto di usufrutto, come si è già osservato<sup>295</sup>.

Si è anche visto che Ulpiano e Paolo potrebbero aver fornito una giustificazione teorica della trasmissibilità automatica delle stipulazioni *in non faciendo* individuando in capo al promittente un obbligo accessorio rispetto a quello esplicitato dalla *conceptio verborum*, consistente nell'aver cura che questo sia rispettato<sup>296</sup>. D. 45.1.38, con riferimento alla stipulazione '*habere licere*', pare dimostrare proprio come la doverosità per il promittente di fare in modo che la condotta di questi ultimi fosse conforme al contratto si trascolorasse nella vera e propria trasmissione dell'obbligazione.

Tale spiegazione, però, pare da un punto di vista sistematico poco rigorosa, tanto quanto l'occorrenza dell'*heredis mentio* nel testo di stipulazioni che altre fonti considerano automaticamente trasmissibili: la materia, insomma, riceve nel Digesto un piuttosto scarso approfondimento speculativo, che potrebbe essere indice di quelle *altercationes* tra giuristi che Giustiniano intende chetare e della scelta dei compilatori di riportare solo i passi più in linea con la recente riforma.

---

<sup>294</sup>) BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 94.

<sup>295</sup>) Esaminata *supra*, § I.5.3.3.

<sup>296</sup>) Si veda *supra*, § I.3 e § I.5.3.2.

Occorre ancora notare che, con stretto riguardo alle stipulazioni *in faciendo* in cui il *facere* consiste in un comportamento attivo del debitore, non disponiamo di testimonianze dirette, né riferite al lato attivo del rapporto né a quello passivo, ma soltanto di indizi nel senso della trasmissibilità o intrasmissibilità ereditaria.

In questo stato delle fonti, è stato sostenuto che queste particolari stipulazioni sarebbero state trasmissibili da entrambi i versanti tranne nel caso di stretta personalità della prestazione, sulla base di un'analogia con i testi riguardanti il contratto di *locatio* e, in particolare, la *locatio operarum*<sup>297</sup>. La struttura della *locatio*, però, è ben diversa da quella della *stipulatio* per la presenza necessaria del corrispettivo in denaro che quantifica il valore attribuito dalle parti alla prestazione<sup>298</sup>; inoltre, se si presta fede alla posizione dottrinarica secondo la quale le *operae* per molti aspetti sarebbero state considerate dalla mentalità romana alla stregua di beni fungibili<sup>299</sup>, il confine tra prestazione di

---

<sup>297</sup>) FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 35 ss., che prende in considerazione, insieme al § 613 del «BGB.», D. 12.6.26.12 (Ulp. 26 ad ed.: «... et Celsus libro sexto digestorum putat eam esse causam operarum, ut non sint eadem neque eiusdem hominis neque eidem exhibentur: nam plerumque robur hominis, aetas temporis opportunitasque naturalis mutat causam operarum, et ideo nec volens quis reddere potest. Sed hae, inquit, operae recipiunt aestimationem ...») e D. 19.2.19.8-10 (Ulp. 32 ad ed.: «Ex conducto actionem etiam ad heredem transire palam est. Cum quidem exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conducxerat decessisset, imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: 'cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est. Papinianus quoque libro quarto responsorum scripsit diem functo legato Caesaris salarium comitibus residui temporis praestandum, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt').»

<sup>298</sup>) CANNATA, *rec. a FINKENAUER, Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 298.

<sup>299</sup>) Cfr. J. THÉLOHAN, *De la stipulatio operarum*, in «Études P.F. Girard», I, Paris, 1912, p. 355 ss., U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in «RISG.», II, 1927, p. 543 ss., J. LAMBERT, *Les operae liberti: contribution à l'histoire des droits de patronat*, Paris, 1934, p. 46 ss. e 189 ss., DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro*, cit., p. 17 s., per la sola età classica, C. COSENTINI, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, I, Catania, 1948, p. 118, J. MACQUERON, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*<sup>2</sup>, Aix-en-Provence, 1964, p. 17 ss., ID., *Réflexions sur la locatio operarum et le mercenarius*, in «RHD.», XXXVII, 1959, p. 606 ss., L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in «BIDR.», LXII, 1959, p. 60 ss., C. ALZON, *Réflexions sur l'histoire de la locatio-conductio*, in «RHD.», XLI, 1963, p. 554 nt. 8, H. KAUFMANN, *Die altrömische Miete. Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft und staatlicher Vermögensverwaltung*, Köln-Graz, 1964, p. 331 s., C.S. TOMULESCU, *Nexum bei Cicero*, in «Iura», XVII, 1966, p. 66 s., M. KASER, *'Perpetuari obligationem'*, in «SDHI.», XLVI, 1980, p. 135, W. WALDSTEIN, *Operae libertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*, Stuttgart, 1986, p. 209 ss., ID., *Zur Frage der 'conductio' bei irrtümlicher Leistung nichtgeschuldeter operae*, in «Festgabe M. Kaser», p. 321, A. ALEMÁN, *El arrendamiento de servicios en derecho romano*, Almería, 1996, p. 27 ss., Y. THOMAS, *L'usage et les 'fruits' de l'esclave*, in «Enquête», VII, 1999, p. 12 s., G. MANCINETTI, *'Et ideo nec volens quis reddere potest': osservazioni sulla 'causa operarum'*, in «BIDR.», CIII-CIV, 2000-

*facere* e dazione di un bene sembra in questo caso farsi assai labile.

Un elemento che potrebbe invece fare propendere l'interprete per l'opposta congettura della generale intrasmissibilità delle stipulazioni che obbligano il promittente a un comportamento attivo prive di *mentio heredis* si potrebbe scorgere nella già ricordata costituzione giustiniana riformatrice della materia, che si rammenta nuovamente:

C.I. 8.37.13.pr. (Imp. Iustinianus A. Iuliano p.p.): Veteris iuris altercationes decedentes generaliter sancimus omnem stipulationem, sive in dando, sive in faciendo, sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et ad heredes et contra heredes transmitti, sive specialis heredum fiat mentio, sive non; cur enim, quod in principalibus personis iustum est, non ad heredes et adversus eos transmittatur?

§ 1: Et sic existimantur huiusmodi stipulationes, quasi tantummodo in dandum fuerant conceptae, cum nihilo minus et heredes factum possint adimplere: illa subtili et supervacua scrupolositate explosa, per quam putabant non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est.

§ 2: Et quare, cum paene similis omnium natura est, non et facta omnes vel plus vel paulo minus adimplere possint, ne ex huiusmodi subtilitate cadant hominum voluntates? D.K. Aug. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons. (a. 530)

Innanzitutto, il *principium* reca traccia di una dicotomia tra stipulazioni *in dando* e stipulazioni *in faciendo* in materia di trasmissibilità ereditaria, entro cui si colloca una categoria intermedia di stipulazioni *mixtae ex dando et faciendo*: dato per pacifico che le prime sarebbero passate automaticamente agli eredi, è logico inferire che le seconde avrebbero seguito un regime diverso.

Il primo paragrafo, poi, con speciale riguardo al lato passivo del rapporto, assimila il nuovo trattamento di tutte le stipulazioni a quello classico delle stipulazioni *in dando* ed enuncia, rifiutandola, la giustificazione teorica della differenza di regime, cioè *'non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est'*.

La scelta di Giustiniano si fonda sulla considerazione espressa nella proposizione *'cum nihilo minus et heredes factum possint adimplere'*, cioè che anche gli

---

2001, p. 397-447, escludendo i profili qualitativi dell'idoneità professionale e soggettiva del prestatore. Secondo un'altra posizione interpretativa, la prestazione di *operae* costituirebbe invece un'obbligazione di *facere incerta*: cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin, 1841, trad. it. – *Il sistema del diritto romano attuale* – Torino, 1893 (cur. V. Scialoja), p. 564 ss., B. BIONDI, *Iudicium operarum*, in «Annali della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia», XXVIII, 1914, p. 58 ss., DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro*, cit., p. 20 ss. (con riferimento all'età avanzata e postclassica), R. MARTINI, *'Mercenarius'*. *Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano*, Milano, 1958, p. 18 s., e M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis*, Padova, 1979, p. 85 ss.

eredi possano adempiere e, dunque, soddisfare il creditore eseguendo la prestazione di *facere*. La fungibilità delle prestazioni di *facere* è ribadita anche nella chiusa della costituzione, che ridimensiona – se non minimizza – il problema delle qualità soggettive del debitore nell’assetto di interessi dei contraenti.

Proprio su quest’ultimo punto l’imperatore insiste con tanta forza da non contemplare neppure il problema dei casi in cui le caratteristiche personali del debitore sono considerate essenziali dal creditore, eccesso che pare radicarsi proprio nella ferma volontà di estirpare una convinzione generalizzata di infungibilità delle prestazioni di *facere*: infatti, nel titolo ‘*De solutionibus et liberationibus*’ del XLVI libro del Digesto è collocato un temperamento alla totale fungibilità enunciata nella costituzione in commento<sup>300</sup>:

D. 46.3.31 (Ulp. 7 *disp.*): Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturae et doctrinae et institutionis. Ideo si navem a se fabricandam quis promiserit vel insulam aedificandam fossamve faciendam et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fideiussor ipse aedificans vel fossam fodiens non consentiente stipulatore non liberabit reum. Quare etiam si illis stipulationibus fideiussor accesserit: ‘Per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?’, prohibens ire fideiussor stipulationem non committi et, si patientiam praestet, non efficiet, quo minus committatur stipulatio.

Se questo è vero, allora non si può concordare con l’interpretazione di Finkenauer secondo la quale la costituzione dimostrerebbe che in età classica tutte le stipulazioni *in faciendo* sarebbero state trasmissibili all’erede anche in assenza di cenni a quest’ultimo nell’interrogazione, con la sola eccezione delle prestazioni assolutamente infungibili<sup>301</sup>: siffatta disciplina, semmai, rispecchia l’esito delle innovazioni giustiniane, anche se lo studioso ha certamente ragione a sottolineare i rischi metodologici di dedurre la regolamentazione classica del fenomeno da un testimone così tardo e critico.

Finkenauer fonda la propria posizione sull’osservazione che per le stipulazioni *in non faciendo* il Digesto riporterebbe dispute giurisprudenziali e formulazioni con *mentio heredis*, non rispettando dunque la disposizione del 530; egli rammenta poi il già evidenziato silenzio della compilazione sulle stipulazioni *in faciendo*. Da tali dati lo studioso trae la convinzione che non vi fossero a maggior ragione *altercationes* tra i giuristi classici a proposito della trasmissibilità di queste ultime.

Si potrebbe ribattere, però, che l’attestazione della summenzionata clau-

---

<sup>300</sup>) BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni di diritto privato romano*, III, cit., p. 206. Sul testo, si veda *supra*, § I.1, § I.4 e § I.5.3.2.

<sup>301</sup>) FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 38 ss.

sola financo in stipulazioni *in dando* e i dubbi di cui si è discorso circa la trasmissione automatica delle stipulazioni *in non faciendo* fanno supporre al contrario che un punto ancor più controverso fosse in età classica la trasmissibilità ereditaria delle stipulazioni *in faciendo* attive, essendo da valutarsi caso per caso l'interesse del creditore e l'essenzialità per costui delle qualità soggettive del debitore.

Dalla costituzione si deduce quindi, ricapitolando, che le opinioni giurisprudenziali rigettate da Giustiniano si sarebbero incentrate su due principii generali, l'uno relativo al divieto di obbligare un terzo a una prestazione di *facere*, l'altro alla personalità di questo tipo di prestazione; la *mentio heredis* avrebbe in precedenza garantito il trapasso del contratto aggirando soprattutto quest'ultimo ostacolo, poiché avrebbe manifestato espressamente l'indifferenza per il creditore circa la persona del *de cuius* o dell'erede ai fini dell'adempimento.

Una manifestazione meno inequivocabile di tale indifferenza è poi identificabile nella formulazione impersonale<sup>302</sup>, pur sempre però attestata quale mezzo di trasmissione del contratto in stipulazioni *in non faciendo*: è probabile dunque che la particolare natura di tali obbligazioni, insieme alla manifestazione della volontà delle parti circa l'ininfluenza dell'autore della prestazione, avesse finito per consolidare una sorta di regola generale di trasmissibilità delle stipulazioni *in non faciendo* se non altrimenti espressamente precisato.

---

<sup>302</sup>) Si veda *supra*, nt. 197.





## II.

### *Il ricorso alla stipulatio poenae*

#### *1. Le stipulazioni penali*

Oltre alla prassi della *heredis mentio*, un ulteriore rimedio pratico alla intrasmissibilità delle stipulazioni *in faciendo* sarebbe stato costituito dal ricorso alla *stipulatio poenae*, ossia la stipulazione astratta attraverso cui il promittente si obbliga a dare allo stipulante una somma di denaro per il caso di mancata o ritardata esecuzione della prestazione condizionale, che può essere un comportamento sia commissivo sia omissivo<sup>303</sup>.

L'istituto avrebbe rivestito in sintesi la funzione di garanzia di un vincolo obbligatorio<sup>304</sup> e avrebbe ovviamente costituito un efficace mezzo di pressione sul debitore<sup>305</sup>:

---

<sup>303</sup> Cfr. D. 18.7.6.1 (Pap. 27 *quaest.*): ‘*Nobis aliquando placebat non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniae ratione venditoris interesset, veluti quod poenam promississet: ceterum viro bono non convenire credere venditoris interesse, quod animo saeventis satisfactum non fuisset. Sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur*’. Si veda A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari, 2001, p. 25 e nt. 5, p. 143 ss.

<sup>304</sup> M. SCOGNAMIGLIO, *Profili ricostruttivi della stipulatio poenae nell'esperienza giuridica romana*, in «Teoria e storia del diritto privato», V, 2012, p. 7, evocando il problema generale della funzione della pena trattato da M. TALAMANCA, ‘*Pena (diritto romano: a) pena privata*’, in «ED.», XXXII, Milano, 1982, p. 732, e la questione dello scopo afflittivo o risarcitorio della *stipulatio poenae*.

<sup>305</sup> Cfr. F. C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, II, Berlin, 1853, rist. Aalen, 1973, trad. it. – *Il diritto delle obbligazioni* – Torino, 1915 (cur. Pacchioni), p. 252, A. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo allo studio delle clausole penali*, in «Studi Senesi», LX, 1947, p. 589, ora in *Actio pecuniae traiecticiae*<sup>2</sup>, Torino, 1974, p. 25, E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova, 1960, rist. Padova, 1987, p. 61 e 141 ss., K. VISKY, *La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del Principato*, in «Studi E. Volterra», I, Milano, 1971, p. 597, VOCI, *La responsabilità del debitore*, cit., p. 373 e nt. 32, KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 10 ss., e SICARI, *Pena convenzionale*, cit., p. 26 ss. L'effetto deterrente sul debitore sarebbe stato tanto più efficace in quanto non sarebbe stata consentita al giudice la riduzione ad equità della penale, salvo il caso in cui fosse preordinata ad aggirare il limite delle *usurae legitima*e: si vedano K. VISKY, *L'applicazione del limite delle*

C.I. 2.55.1: (...) poena promittitur, ut metu eius a placitis non recedatur.

La *stipulatio poenae*, in aggiunta, avrebbe offerto un mezzo di tutela indiretta a rapporti non altrimenti o imperfettamente riconosciuti dal diritto<sup>306</sup> e avrebbe consentito di aggirare il divieto della promessa del fatto del terzo e la nullità del contratto a favore di terzi<sup>307</sup>.

Inoltre, questa particolare stipulazione avrebbe permesso alle parti di quantificare in anticipo il danno derivante dall'inadempimento<sup>308</sup>, sollevando così il creditore dallo spesso gravoso onere della prova ed eliminando l'incertezza della discrezionalità del giudice<sup>309</sup>:

*Iust. Inst.* 3.15.7: Et in huiusmodi stipulationibus optimum erit poenam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare, quid eius intersit.

D. 46.5.11 (Venul. 8 *act.*): In eiusmodi stipulationibus, quae 'quanti ea res est' promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit, et ad exiguam summam deducitur.

Tale predeterminazione si sarebbe dunque rivelata specialmente utile nell'ipotesi di inadempimento di una stipulazione *incerta*, quali sarebbero state defi-

---

*usure alla pena convenzionale in diritto romano*, in «Iura», XIX, 1968, p. 67 ss., L. SOLIDORO MARUOTTI, *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, in «Index», XXV, 1997, p. 565, e SCOGNAMIGLIO, *Profili ricostruttivi*, cit., p. 27.

<sup>306</sup> BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae*, cit., p. 26, E. BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, p. 160 ss., ID., *Istituzioni*, cit., p. 130 ss. e 148, VOGLI, *La responsabilità del debitore*, cit., p. 373, KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 53, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundation of the civilian Tradition*<sup>2</sup>, Cape Town – Wetton – Johannesburg, 1992, p. 97, SICARI, *Pena convenzionale*, cit., p. 27 s., e SCOGNAMIGLIO, *Profili ricostruttivi*, cit., p. 7.

<sup>307</sup> Sottolinea con particolare attenzione questo profilo SCOGNAMIGLIO, *Profili ricostruttivi*, cit., p. 7.

<sup>308</sup> Cfr. SAVIGNY, *Il diritto delle obbligazioni*, cit., II, p. 254, C. BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, in «Studi e documenti di storia e diritto», XV, 1894, p. 225 s. e 228 s., P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1895, trad. it. – *Manuale elementare di diritto romano* – Milano, 1909 (cur. C. Longo), p. 673, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli, 2006, p. 404, BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae*, cit., p. 26 s., VISKY, *La pena condizionale*, cit., p. 597 s., KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 10, SICARI, *Pena convenzionale*, cit., p. 29 s., e SCOGNAMIGLIO, *Profili ricostruttivi*, cit., p. 7.

<sup>309</sup> Insiste in particolare su questo punto RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 285, citando proprio *Iust. inst.* 3.15.7 e D. 46.5.11 (Venul. 8 *act.*).

nite da Ulpiano le stipulazioni *in faciendo* e *in non faciendo*<sup>310</sup>:

D. 45.1.75.7 (Ulp. 22 ad ed.): Qui id, quod in faciendo aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur: in faciendo, veluti ‘fossam fodiri’ ‘domum aedificari’ ‘vacuam possessionem tradi’: in non faciendo, veluti ‘per te non fieri, quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat’ ‘per te non fieri, quo minus mihi hominem erotem habere liceat’.

Papiniano distingue due diversi tipi di stipulazione penale, ossia un’unica stipulazione condizionata, da cui sorge una sola obbligazione<sup>311</sup>, oppure due distinte stipulazioni collegate, fonti di due diversi obblighi per il promittente, l’una principale e l’altra (*quae non a condicione coepit*) penale e condizionata<sup>312</sup> all’inadempimento della prima<sup>313</sup>:

---

<sup>310</sup> Si veda anche D. 45.1.121.pr. (Pap. 11 resp.): ‘Ex ea parte cautionis ‘dolumque malum huic rei promissionique abesse afuturumque esse stipulatus est ille, spondit ille’, incerti agetur’.

<sup>311</sup> Anche se, a onor del vero, alcuni giuristi avrebbero ricostruito questo particolare contratto come un’obbligazione *cum facultate alternativa*, con un approccio sensibile alla sostanza del rapporto tra le parti: cfr. – oltre all’opinione di Sabino riportata in D. 45.1.115.2 (Pap 2 quaest.) – D. 44.7.44.5 (Paul. 74 ad ed.: ‘Si ita stipulatus sim: ‘si fundum non dederis, centum dare spondes?’ sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus’) e D. 17.1.46 (Paul. 74 ad ed.: ‘Si quis pro eo sponderit, qui ita promisit: ‘Si Stichum non dederis, centum milia dabis?’ Et Stichum redemerit vilius et solverit, ne centum milium stipulatio committatur, constat posse eum mandati agere. Igitur commodissime illa forma in mandatis servanda est, ut, quotiens certum mandatum sit, recedi a forma non debeat: at quotiens incertum vel plurium causarum, tunc, licet aliis praestationibus exsoluta sit causa mandati, quam quae ipso mandato inerant, si tamen hoc mandatori expedierit, mandati erit actio’). Si vedano A. MARCHI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in «BIDR.», XXI, 1909, p. 100, KASER, *Die Stipulationsklausel*, cit., p. 184 ss., N. SCAPINI, *Appunti per la storia del mandatum incertum*, in «Studi G. Donatuti», III, Milano, 1973, p. 1201 nt. 23, e SICARI, *Pena convenzionale*, cit., p. 82 ss., 120 ss.

<sup>312</sup> Il nesso tra i due contratti è infatti di natura condizionale piuttosto che accessoria: cfr. BETTI, *Istituzioni*, II.1, cit., p. 143, e SICARI, *Pena convenzionale*, cit., p. 32 e nt. 35.

<sup>313</sup> Cfr. BETTI, *Istituzioni*, II.1, cit., p. 142, SICARI, *Pena convenzionale*, cit., p. 31 ss., e SCOGNAMIGLIO, *Profili ricostruttivi*, cit., p. 2 s. Le fonti attestano inoltre stipulazioni penali in struttura duplice condizionate all’inadempimento di un contratto consensuale: D. 19.1.28 (Iul. 3 ad Urs. Fer.), D. 17.2.41 (Ulp. 20 ad ed.), D. 17.2.42 (Ulp. 45 ad Sab.), sui quali si vedano KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 320 ss., TALAMANCA, ‘Pena’, cit., p. 715 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» (cur. I. Piro), Catanzaro, 1999, p. 74 ss., M. SCOGNAMIGLIO, ‘Stipulatio poenae’: concorso di azioni e poteri del giudice, in «Actio in rem’ e ‘actio in personam’. In ricordo di Mario Talamanca» (cur. Garofalo), II, Padova, 2011, p. 764 ss., EAD., *Profili ricostruttivi*, cit., p. 23 ss. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht*, cit., II, p. 251, accomuna quali clausole penali insieme alla *stipulatio poenae* anche le pene convenzionali fissate senza ricorrere al contratto di *stipulatio*, ma entro patti aggiunti a negozi di buona fede: si vedano D. 18.7.6.1 (Pap. 27 quaest.), D. 18.7.7 (Pap. 10 quaest.), D. 19.1.47 (Paul. 6 resp.) e D. 19.1.13.26 (Ulp. 32 ad ed.). Tale inquadramento, però, è stato criticato da S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928, p. 171 nt. 5, SICARI, *Pena convenzionale*,

D. 45.1.115.2 (Pap. 2 *quaest.*): 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 contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamen 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 stipulatio non a condizione 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 ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur<sup>314</sup>.

Con riferimento alla promessa: ‘*Si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?*’, Papiniano riporta l’opinione di Pegaso, secondo il quale la stipulazione non potrebbe essere commessa finché esiste la possibilità che Panfilo sia dato, e quella opposta di Sabino, per cui, conformemente all’intenzione dei contraenti, si potrebbe agire invece non appena il servo possa essere dato, mentre non si potrebbe far valere in giudizio il contratto finché il promittente non sia in potere di dare il bene.

Il parere di Sabino è sorretto dall’esempio della *penus legata*<sup>315</sup>, a cui Mu-

---

cit., p. 25 s. nt. 7, e SCOGNAMIGLIO, *Profili ricostruttivi*, cit., p. 4 s.

<sup>314</sup>) Sul passo, si vedano TALAMANCA, *Ricerche in tema di ‘compromissum’*, cit., p. 60 nt. 54 e 61 ss., ID., ‘*Conventio*’ e ‘*stipulatio*’ nel sistema dei contratti romani, in «Les actes du colloque organisé par la Faculté de Droit et d’Administration de l’Université de Varsovie en collaboration avec L’Accademia Nazionale dei Lincei le 8-10 octobre 1973», Varsovie, 1978, p. 210 ss., ID., ‘*Pena*’, cit., p. 715 ss., BETTI, *Istituzioni*, II.1, cit., p. 142 nt. 4 e 144 s., FREZZA, *La clausola penale*, cit., p. 322 ss., A. ORMANNI, ‘*Penus legata*’. *Contributi alla storia dei legati disposti con clausola penale in età repubblicana e classica*, in «Studi E. Betti», IV, Milano, 1962, p. 653 ss. e 716 ss., P. VOCI, *Una ‘quaestio’ di Papiniano in tema di ‘stipulatio poenae’: D. 45.1.115*, in «Scritti A. Giuffrè», I, Milano, 1967, ora in *Studi di diritto romano pubblicati a cura della Facoltà*, I, Padova, 1985, p. 348 ss. e 358 ss., VISKY, *La pena convenzionale*, cit., p. 611 ss., KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 122 ss., SACCONI, *Ricerche*, cit., p. 26 ss., SICARI, *Pena convenzionale*, cit., p. 68 ss. (che concorda con Betti, Voci e Frezza nel ritenere l’ultimo periodo inautentico, ma avanzando l’originale congettura che si tratti di un’annotazione paolina, sulla base del raffronto con la posizione sabiniana assunta da Paolo in D. 17.1.46 [Paul. 74 *ad. ed.*]), M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002, p. 71 ss., e SCOGNAMIGLIO, *Profili ricostruttivi*, cit., p. 8 ss.

<sup>315</sup>) Il termine ‘*penus*’ avrebbe designato originariamente «il raccolto conservato nel luogo più interno della casa (*penetralia*), con le cose necessarie al culto e in particolare ai

cio attribuisce un siffatto regime e che sarebbe fondato sul rispetto della volontà del testatore e sulla natura della cosa stessa.

Papiniano accoglie la tesi sabiniana soltanto per le stipulazioni che non iniziano con la condizione, come invece quella sopra riportata, ma sono così concepite: *‘Pamphilum dare spondes? Si non dederis, tantum dari spondes?’*.

Il giurista distingue infine l'ipotesi che i contraenti abbiano inteso che, se non sarà dato il servo, saranno dovuti sia il servo sia la somma, dalla diversa volontà che sia in tal caso dovuto solo il denaro.

Nel lacerto, dunque, si affianca quest'attenzione alla volontà delle parti alla diversità di conseguenze giuridiche derivante dalla scelta redazionale della promessa, a seconda che si sia adottata l'opzione di un'unica stipulazione condizionata o di due distinte stipulazioni, di cui la seconda condizionata all'adempimento della prima.

La dottrina ha descritto tale dicotomia facendo ricorso a una terminologia alquanto varia, differenziando stipulazione penale condizionale e stipulazione penale in funzione di garanzia<sup>316</sup>, propria e impropria<sup>317</sup>, astratta e accessoria<sup>318</sup>, principale (o semplice) e congiunta<sup>319</sup> (o concatenata)<sup>320</sup>, auto-

---

sacrifici degli dei domestici (*penates*)», per poi identificarsi nella definizione di Quinto Mucio e Sabino (D. 33.9.3.pr., Ulp. 22 *ad Sab.*, Gell., *noct. Att.* 4.1.17) con cose edibili e potabili (*penus esculenta* e *penus poculenta*: cfr. D. 33.9.3.1-5, Ulp. 22 *ad Sab.*, e D. 33.9.5.pr., Paul. 4 *ad Sab.*), mentre una discussione tra i giuristi si registra sulle cose *‘per quae penus conficeretur’* (D. 33.9.3.9-11, Ulp. 22 *ad Sab.*): cfr. A. DELL'ORO, *Le cose collettive nel diritto romano*, Milano, 1963, p. 169 ss. Il romanista ricorda anche la distinzione tra *‘penus urbana’* e *‘penus non urbana’* (D. 33.9.4.5, Paul. 4 *ad Sab.*) ed elenca varie attestazioni della presenza di una clausola penale nel legato di *penus*, che ricollega alla natura consumabile dei beni compresi: oltre a D. 45.1.115.2, D. 36.2.19.pr.-1 (Iulian. 70 *dig.*), D. 35.2.1.8 (Paul. *l.s. ad leg. Falcid.*), D. 36.2.24.pr.-1 (Paul 6 *ad l. Iul. et Pap.*), D. 33.9.1 (Ulp. 24 *ad Sab.*). Sulla vicinanza del legato penale alla *stipulatio poenae* e sulla normale equivalenza di valore tra *penus legata* e *poena* prevista a tutela del legatario insiste SCOGNAMIGLIO, *Profili ricostruttivi*, cit., p. 30 s. Sulla *penus legata*, si vedano anche O. CLERICI, *Sul legato della ‘penus’* (D. 33.9), in «AG.», LXXIII, 1904, p. 128 ss., A. MARCHI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in «BIDR.», XXI, 1909, p. 5 ss., A. ORMANNI, *Penus legata. Contributi alla storia dei legati disposti con clausola penale in età repubblicana e classica*, in «Studi E. Betti», IV, Milano, 1962, p. 581 ss., R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, Padova, 1964, p. 122 ss., U. JOHN, *Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten im römischen Recht bis Labeo*, Karlsruhe, 1970, p. 38 ss., A. WATSON, *The Law of Successions in the Later Roman Republic*, Oxford, 1971, p. 134 ss., e M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 1987, p. 317.

<sup>316</sup> G. DONATUTI, *Di un punto controverso in materia di stipulazione penale*, in «SDHI», I, 1935, p. 299-306, ora in *Scritti giuridici* (cur. P. Schlesinger), II, Torino, 1956, p. 369-581.

<sup>317</sup> FREZZA, *La clausola penale*, cit., p. 269-309. Avverte dei rischi dell'adozione di questo criterio nell'impostazione dei problemi giuridici presentati dalla materia TALAMANCA, *‘Pena’*, cit., p. 712-734.

<sup>318</sup> TALAMANCA, *Ricerche in tema di ‘compromissum’*, cit., p. 55 ss.

<sup>319</sup> TALAMANCA, *Ricerche in tema di ‘compromissum’*, cit., p. 41 nt. 17, ID., *‘Pena’*, cit.,

noma (o indipendente) e doppia<sup>321</sup> o non autonoma<sup>322</sup>, a struttura unitaria e a struttura duplice<sup>323</sup>, semplice e doppia<sup>324</sup>.

Comunque la si voglia denominare, la forma *duplex* avrebbe costituito il tipo più diffuso e, come attesta Papiniano, la scelta di una siffatta *conceptio* avrebbe avuto ricadute di non poco conto anche sul piano dell'interpretazione del contratto e, dunque, del conseguente regime giuridico: ad esempio, nel testo in commento sono riportate diverse opinioni giurisprudenziali sulla scadenza della penale in assenza di precise disposizioni delle parti, nonché si fa cenno alla possibilità di un concorso dell'azione *ex stipulatu* per la pena con l'azione per la prestazione principale nel caso di *stipulatio poenae* a struttura duplice<sup>325</sup>.

Inoltre, l'illiceità o nullità della stipulazione principale si sarebbe trasmessa anche alla stipulazione penale ad essa collegata in forma duplice<sup>326</sup>, mentre se la prestazione dedotta in condizione di una *stipulatio poenae* semplice fosse stata invalida o impossibile il negozio sarebbe stato da considerarsi puro<sup>327</sup>; al contrario, se i vizi di illiceità o nullità avessero colpito soltanto la stipulazione che determinava la *poena* in un negozio a struttura duplice, l'obbligazione principale sarebbe rimasta valida<sup>328</sup>.

Infine, anche il regime di responsabilità del debitore si sarebbe differen-

---

p. 712 s., e G.G. ARCHI, 'Condizione', in «ED.», VIII, 1961, p. 745.

<sup>320</sup>) VASSALLI, *Dies vel condicio*, cit., p. 276 ss., ID., *L'origine della trasmissibilità*, cit., p. 313 s., e PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., p. 175.

<sup>321</sup>) KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit. p. 27 e 33.

<sup>322</sup>) VOGLI, *La responsabilità del debitore*, cit., p. 369 ss.

<sup>323</sup>) SICARI, *Pena convenzionale*, cit., p. 33 ss.

<sup>324</sup>) RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 284 nt. 24.

<sup>325</sup>) SCOGNAMIGLIO, 'Stipulatio poenae', cit., p. 735 ss., e *Profili ricostruttivi*, cit., p. 16 ss., in particolare nt. 41, laddove l'autrice rileva che un accordo tra le parti circa il cumulo delle azioni sarebbe contenuto nella «*Donatio Flavii Syntrophii*», su cui si veda *supra*, nt. 63.

<sup>326</sup>) D. 45.1.69 (Ulp. 7 ad ed.): 'Si homo mortuus sit, sisti non potest nec poena rei impossibilis committitur, quemadmodum si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur'.

<sup>327</sup>) D. 45.1.8 (Paul. 11 ad Sab.): 'In illa stipulatione: 'Si kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes?' mortuo homine quaeritur, an statim ante kalendas agi possit. Sabinus Proculus expectandum 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'.

<sup>328</sup>) D. 45.1.97.pr. (Cels. 26 dig.: 'Si ita stipulatus fuero: 'te sisti? Nisi steteris, hippocentaurum dari?' proinde erit, atque 'te sisti' solummodo stipulatus essem') e D. 45.1.126.3 (Paul. 3 quaest.: 'Si ita stipulatus fuero te sisti et, nisi steteris, aliquid dari, quod promittenti impossibile est: detracta secunda stipulatione prior manet utilis et perinde erit, ac si te sisti stipulatus essem'). Si veda SCOGNAMIGLIO, *Profili ricostruttivi*, cit., p. 5 s. e nt. 12, ove la studiosa, citando TALAMANCA, 'Pena', cit., p. 722 ss., avverte il lettore circa l'incoerenza dogmatica delle fonti in materia di *stipulatio poenae*, che riconduce alla funzione eminentemente pratica dell'istituto.

ziato in base alla struttura della *stipulatio poenae*: oggettivo, se semplice<sup>329</sup>, duplice – oggettivo e soggettivo – se doppia<sup>330</sup>.

Quanto alla trasmissibilità, a parere di Vassalli<sup>331</sup> le stipulazioni in forma doppia avrebbero seguito per la parte *quae non a condicione coepit* le regole generali, indipendentemente dalla trasmissibilità delle stipulazioni convenzionali; per la parte *quae a condicione coepit*, ossia la *stipulatio poenae* vera e propria, non si sarebbe verificato un passaggio all'erede dell'obbligo del promittente o del credito dello stipulante, bensì si sarebbe costituito un distinto rapporto in capo al successore quale effetto del passaggio della stipulazione

---

<sup>329</sup>) Seguendo cioè il regime della condizione: si vedano J.G. WOLF, *Zur Lehre von der Mora*, Göttingen, 1841, p. 36 ss. e 41, BERTOLINI, *Teoria generale*, cit., p. 193 ss., GIRARD, *Manuale elementare*, cit., p. 674, C. FERRINI, *Manuale di Pandette*<sup>4</sup>, Milano, 1953 (cur. G. Grosso), p. 613, PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., p. 172 s., H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928, p. 174 ss., 250 ss. e 263 s., DONATUTI, *Di un punto controverso*, cit., p. 572 ss., BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae*, cit., p. 47, TALAMANCA, 'Pena', cit., p. 712 ss., KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 81 ss., 120 ss., e SCOGNAMIGLIO, *Profili ricostruttivi*, cit., p. 14 ss. Al contrario, VOCI, *La responsabilità del debitore*, cit., p. 373 ss., isolatamente e rivedendo la posizione espressa in *Le obbligazioni*, I.1, cit., p. 255, ha sostenuto che, in quanto istituto sanzionatorio, la *stipulatio poenae* non avrebbe previsto in ogni sua forma che un criterio di responsabilità soggettiva.

<sup>330</sup>) Cfr. D. 45.1.115 (Pap. 2 *quaest.*), nonché D. 45.1.113.pr. (Procul. 2 *epist.*), D. 9.2.22.pr. (Paul. 22 *ad ed.*), D. 22.2.9 (Labeo 5 *pitb. a Paul. epit.*), D. 45.1.77 (Paul. 58 *ad ed.*) e D. 47.2.68.1 (Cels. 12 *dig.*). La dottrina ha avanzato differenti ricostruzioni del criterio di applicazione dell'uno o dell'altro regime di responsabilità in caso di *stipulatio poenae* duplice, sulla base peraltro di una situazione di *ius controversum* riflessa dalle fonti: si vedano DONATUTI, *Di un punto controverso*, cit., p. 572 ss., BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae*, cit., p. 32 ss., TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, cit., p. 55 ss., 'Pena', cit., p. 720 ss., KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 81 ss., SICARI, *Pena convenzionale*, cit., *passim*, e SCOGNAMIGLIO, *Profili ricostruttivi*, cit., p. 14 ss. Si segnala inoltre che un orientamento più risalente avrebbe invece ritenuto operante in materia di *stipulatio poenae* il solo criterio oggettivo di responsabilità: cfr. WOLF, *Zur Lehre von der Mora*, cit., p. 36 ss., SIBER, *Römisches Recht*, cit., p. 263 ss., GIRARD, *Manuale elementare*, cit., p. 674 ss.

<sup>331</sup>) VASSALLI, *Dies vel condicio*, cit., p. 276 ss., e *L'origine della trasmissibilità*, cit., p. 313 ss., nel sostenere la intrasmissibilità dei rapporti condizionali *inter vivos*. Questa tesi si ritrova anche in S. RICCOBONO, *Formazione del domma della trasmissibilità all'erede dei rapporti sotto condizione* (fr. 23 D. XXIII, 4 *Afr. VII qu. e V.F. 55*), in «Studi S. Perozzi», Palermo, 1935, p. 349 ss., E. BETTI, *La retroattività della 'condicio' ('facti' o 'iuris') in diritto giustiniano*, in «Scritti C. Ferrini», Milano, 1946, p. 477 ss., C. GIOFFREDI, *Pendenza e 'sospensione' dalle fonti romane alla dommatica odierna*, in «SDHI.», XXII, 1956, p. 113 ss., e G.G. ARCHI, *Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano*, in «Studi E. Betti», II, Milano, 1961, p. 31 ss. Di opposto avviso FLUME, *Die Vererblichkeit*, cit., p. 19 ss., G. VON BESELER, *Miszellen*, in «ZSS.», XLVII, 1927, p. 375, ID., *Bedingtes Damnationslegat und bedingte Stipulation*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», X, 1930, p. 218 ss., S. TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano, 1959, p. 170 ss., 206 ss., e MASI, *Studi sulla condizione*, cit., *passim*.

pura. Similmente avrebbe operato secondo il romanista la clausola ereditaria in stipulazioni intrasmissibili.

Per le stipulazioni penali semplici, invece, lo studioso ammette il trapasso per via ereditaria del diritto soltanto dal lato attivo, mentre dal lato passivo si configurerebbe, come per le stipulazioni penali in forma doppia, una costituzione di un autonomo rapporto condizionale in capo all'erede.

Questa tesi, però, non può condividersi<sup>332</sup>, perché si scontra con il più volte ricordato principio '*obligatio ab heredis persona incipere non potest*', rispettato invece dalla prassi della *mentio heredis* e, in generale, dalle ipotesi di trasmissione ereditaria del contratto, che attengono invece al passaggio di una medesima obbligazione da una parte al suo successore. In particolare, la congettura avanzata da Vassalli circa le stipulazioni penali a forma duplice non trova conferme nelle fonti, circostanza giustificata proprio dalla non problematicità della trasmissibilità del rapporto condizionale *inter vivos*.

Infine, una clausola integrante una *stipulatio poenae* avrebbe potuto essere aggiunta a un qualsivoglia negozio, per le funzioni pratiche sopra riportate: in questa ipotesi, sarebbe stata trasmissibile se il negozio principale lo fosse stato, in forza del principio di accessorietà<sup>333</sup>.

## ***2. L'applicazione della stipulatio poenae alle stipulazioni in faciendo***

Si è già sottolineato che il ricorso alla *stipulatio poenae* si sarebbe rivelato particolarmente utile nell'ipotesi di stipulazioni incerte, quali le stipulazioni *in faciendo* e *in non faciendo*: attraverso la prefissazione della *poena*, le parti avrebbero di fatto trasfuso la stipulazione *in faciendo* o *in non faciendo* in una stipulazione *in dando*, che si è visto essere considerata dai giuristi romani pianamente trasmissibile.

Ad esempio, nel caso della soluzione stragiudiziale delle controversie, l'obbligazione di sottostarvi – che si è detta normalmente intrasmissibile<sup>334</sup> – si sarebbe per tal via trasmessa all'erede<sup>335</sup>:

---

<sup>332</sup>) OCHSENBEIN, *La transmissibilité*, cit., p. 91 ss., e MASI, *Studi sulla condizione*, cit., p. 69 ss.

<sup>333</sup>) RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 284 s.

<sup>334</sup>) Si veda *supra*, § I.3.

<sup>335</sup>) Celso insiste sulla finalità dell'istituto anziché sulle regole in materia di trasmissibilità delle stipulazioni, come fa notare FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 128 s. Ma tale giustificazione potrebbe essere tesa a dimostrare la giustizia sostanziale e la funzionalità pratica della soluzione del caso, più che le strette argomentazioni



D. 4.8.37 (Celsus 2 *dig.*): Quamvis arbiter alterum ab altero petere vetuit, si tamen heres petit, poenam committet: non enim differendarum litium causa, sed tollendarum ad arbitros itur.

D. 45.1.122.6 (Scaev. 28 *dig.*): Duo fratres hereditatem inter se dividerunt et caverunt sibi nihil se contra eam divisionem facturos et, si contra quis fecisset, poenam alter alteri promisit: post mortem alterius qui supervixit petit ab heredibus eius hereditatem quasi ex causa fideicommissi sibi a patre relictis debitam et adversus eum pronuntiatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset: quaesitum est, an poena commissa est. Respondit poenam secundum ea quae proponuntur commissam.

Come asserisce Celso, infatti, la *poena* può essere commessa anche dall'erede: lo conferma la fattispecie esaminata da Scevola, in cui due fratelli la promettono per assistere una divisione stragiudiziale; dopo la morte dell'uno, l'altro ne chiede la quota ai suoi eredi come fedecompresso lasciatogli dal padre e la materia è giudicata coperta dalla transazione tra le parti originarie<sup>336</sup>. Scevola asserisce dunque che l'attore deve versare la *poena*.

In materia di *compromissum*, in particolare, ci sono pervenuti anche alcuni documenti della prassi già citati, che attestano la costruzione del negozio sotto forma di stipulazione penale: si vedano ad esempio le *Tabulae Herculanenses*, in cui ne è riportata la formulazione in un unico periodo complesso e,

---

giuridiche di quest'ultima; inoltre, si osservi che il giurista scioglie un dubbio circa la trasmissibilità di una stipulazione *in dando*, il che potrebbe *a fortiori* avvalorare la tesi che sulle stipulazioni *in faciendo* vi fossero ancora più questioni e che, dunque, il silenzio del Digesto sia dovuto a una selezione dei brani in linea con la riforma giustiniana e non alla pacifica trasmissibilità di tali contratti, come vorrebbe invece Finkenauer. Lo studioso non sembra inoltre presupporre nell'esegesi dei due brani riportati la trasformazione, in forza della *poena* pattuita, dell'obbligazione di *facere* in obbligazione di *dare* condizionata.

<sup>336</sup> Cfr. SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 85 nt. 1, mentre VASSALLI, *'Dies vel condicio'*, cit., p. 251, ritiene che il testo originario riguardasse una stipulazione con clausola ereditaria. FINKENAUER, *Vereblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 130 s., reputa che agli eredi si fosse trasmessa la legittimazione passiva in forza della successione nel rapporto fatto oggetto di *transactio* e del criterio di interpretazione del negozio dell'*id quod actum est*. Sembra invece a chi scrive che non si debba confondere con la successione nel rapporto sottostante la diversa questione del trapasso agli eredi delle stipulazioni reciproche circa il rispetto di una soluzione stragiudiziale, in quanto la prima fonda soltanto la legittimazione in un giudizio riguardante l'eredità del padre e non la *poena* promessa nel *compromissum*. A p. 181 s. e nt. 70, inoltre, lo studioso ipotizza che le parti avessero usato la promessa '*per te non fieri*', stipulando dunque: '*per te non fieri quo minus contra eam divisionem facias*'. Sull'interpretazione del passo di M.A. FINO, *L'origine della transactio. Pluralità di prospettive nella riflessione dei giuristi antoniniani*, Milano, 2004, p. 297 ss., si veda F. ZUCCOTTI, *Della transazione purtroppo*<sup>2</sup>, Milano, 2018, p. 50, 53, 58, 157 ss. e 162.

dunque, sotto forma di *stipulatio poenae* semplice<sup>337</sup>.

TH 76 (68/69 d.C.): ... De ea controversia ita stipulati sunt itaque pacti: quod Ti. Crassius Firmus arbiter ex compromisso inter L. Cominium Primum heredemve eius et L. Appuleium Proculum heredemve eius palam coram utroque praesenti sententiam prove sententiam dicat dicive iubeat et dum ante K. Februarias primas sententiam dicat dicive iubeat diemque compromissi proferat proferrive iubeat: si quid adversus ea factum erit sive quid ita factum non erit HS M probos recte dari dolumque malum huic rei arbitrioque abesse afuturumque esse.

Senza *poena compromissa*, l'accordo sarebbe stato inoltre sprovvisto di tutela giudiziaria, accordata dal pretore soltanto in sua presenza<sup>338</sup>; tuttavia, a parere di Labeone, in assenza di *mentio heredis* la trasmissibilità si sarebbe estesa solo all'obbligazione di *dare* contenuta in tale clausola e, dunque, alla *poena*, non anche all'obbligazione di '*sententiam stare*' e, quindi, all'obbligazione di *dare* sorta in forza della pronuncia dell'arbitro<sup>339</sup>.

La recenziore soluzione opposta di Ulpiano avrebbe invece ammesso in questo caso l'erede a pagare la presumibilmente inferiore somma stabilita nel lodo<sup>340</sup>, visto che pare rifiutare la decisione di Labeone insinuando l'ingiustizia sostanziale del ravvisare la trasmissione a costui dell'obbligo di pagare la *poena* e non il minore importo determinato dall'arbitro:

D. 4.8.27.1 (Ulp. 13 *ad ed.*)<sup>341</sup>: Si heredis mentio vel ceterorum facta in compromisso non fuerit, morte solvetur compromissum: nec utimur Labeonis sententia, qui existimavit, si arbiter aliquem pecuniam dare iusserit et is decesserit antequam daret, poenam committi, licet heres eius paratus sit offerre.

L'esordio proclama l'intrasmissibilità del *compromissum* in assenza di *mentio he-*

---

<sup>337</sup>) Cfr. RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 286 nt. 31.

<sup>338</sup>) C. MAYNZ, *Cours de Droit romain*<sup>3</sup>, II, Bruxelles-Paris, 1870, p. 384 s., VISKY, *La pena convenzionale*, cit., p. 663 s., e RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 286 s., nonché la letteratura citata *supra*, nt. 69.

<sup>339</sup>) Cfr. FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 131 ss. Si vedano anche MATTHIAS, *Die Entwicklung*, cit., p. 114, TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, cit., p. 89, KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 142, e P. STEIN, *Labeo's reasoning on arbitration*, in «The South African Law Journal», XCI, 1974, p. 139.

<sup>340</sup>) KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 143, che parla però in proposito di eccezione al principio '*semel commissa poena non evanescit*'. Più correttamente, FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 133, reputa che Ulpiano asserisca che la *poena* non si commetta nella fattispecie esaminata.

<sup>341</sup>) Su questo passo si veda *supra*, § I.3.

*redis*<sup>342</sup>, ma è pacifica tra Labeone e Ulpiano la trasmissibilità ereditaria della *poena*: infatti, una volta divenuta impossibile la prestazione per morte del promittente, Labeone reputa formalisticamente commessa la *poena*, mentre Ulpiano asserisce che si trasferirebbe in capo all'erede anche la diversa obbligazione di *dare* sorta in esito al giudizio arbitrale.

Tuttavia, non sembra che Ulpiano dimostri di ritenere trasmissibile in generale l'obbligazione *in faciendo*<sup>343</sup> di '*sententiam stare*', che avrebbe peraltro potuto comportare anche una condanna a un *facere*<sup>344</sup>, vista la prima parte del suo ragionamento: la sua potrebbe essere piuttosto una risposta di buon senso alla specifica questione in esame, improntata al comune senso di giustizia e riguardante due obbligazioni di *dare*.

Si è già evidenziato anche come la forma più largamente impiegata di *stipulatio poenae* fosse però quella a struttura duplice, costituita da una stipulazione penale collegata a quella principale. Non apparendo con tutta certezza quale un unico contratto sostanzialmente *in dando* e quindi trasmissibile automaticamente all'erede, si riscontra che le parti avrebbero preferito comunque aggiungere alla stipulazione principale anche la menzione del successore universale *mortis causa* del promittente o dello stipulante, come ci attestano la «*donatio Flavi Syntrophii*» e Paolo:

6: (...) tum per te no[n fieri factumve iri neque] / per heredem tuum eumve ad quem ea res q(ua) d(e) a(gitur) pertinet pertinebit quo minus (...) 18 [absit]. Si adversus ea f(actus) e(rit) q(uanti) e(a) r(es) e(rit)] / tantam pecuniam dari, et

---

<sup>342</sup>) TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, cit., p. 88 ss., e KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 141.

<sup>343</sup>) Anche qualora la pronuncia avesse importato uno *insum* di *dare*, l'obbligazione nascente dal *compromissum* sarebbe stata comunque *in faciendo*: TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, cit., p. 87 nt. 107, RESINA SOLA, *Vetus iuris altercatio*, cit., p. 287, e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 132.

<sup>344</sup>) Come sostiene invece FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 131 ss. Lo studioso riporta anche la tesi dell'esistenza di un termine per il versamento della somma determinata dall'arbitro, contro la quale si pronunciano RICCOBONO, *Profilo storico*, cit., p. 198, e KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, cit., p. 142, che ritiene che la decisione dovesse essere adempiuta in un *modicus tempus*, già trascorso nel caso di specie. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, cit., p. 89 s., reputa che tale termine fosse certamente fissato nella *conventio compromissi*, ma giustamente Finkenauer gli obietta che avrebbe potuto anche essere stabilito nella decisione arbitrale. Talamanca rifiuta altresì l'ipotesi della morte del debitore prima della scadenza, perché presupporrebbe l'ereditarietà del dovere di adempimento del lodo. In assenza del suddetto termine, invece, a parere dello studioso il pagamento avrebbe potuto essere validamente effettuato fino alla *litis contestatio* del giudizio instaurato dal creditore per far valere il diritto, ma ciò implica parimenti la trasmissibilità degli obblighi nascenti dal lodo all'erede in assenza di clausola ereditaria: si veda FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 133.

amplius poenae nomine HS L m(ilia) n(ummum) ...

D. 45.1.85.3 (Paul. 71 *ad. ed.*): Quod si stipulatus fuero: 'per te heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam: si adversus ea factum sit, tantum dari?' et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri, quoniam, licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor: sed ceteri familiae eriscundae iudicio sarcient damnum<sup>345</sup>.

D. 45.1.2.6 (Paul. 12 *ad Sab.*): Contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi heredique suo<sup>346</sup> agere licere, et unus ex heredibus eius prohibeatur, interesse dicemus, utrum in solidum committatur stipulatio an pro parte eius, qui prohibitus est. Nam si poena stipulationi adiecta sit, in solidum committetur, sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur: si vero poena nulla posita sit, tunc pro parte eius tantum qui prohibitus est committetur stipulatio<sup>347</sup>.

La posizione di Paolo appare anzi ancora più radicale in materia di stipulazione di servitù *aquae ducendae*, in quanto egli afferma che la *poena* pattuita non debba essere considerata collegata alla *res*, bensì *ad personam emptoris (...)* *relata*.

D. 8.3.36 (Paul. 2 *resp.*): Cum fundo, quem ex duobus retinuit venditor, aquae ducendae servitus imposita sit, empto praedio quaesita servitus distractum de novo praedium sequitur: nec ad rem pertinet, quod stipulatio, qua poenam promitti placuit, ad personam emptoris, si ei forte frui non licuisset, *relata* est.

Il ragionamento del giurista, a ben guardare, sembra però fondato più sulla questione dell'accessorietà della *stipulatio poenae* alla servitù o al contratto di compravendita che non sul problema della sua trasmissibilità *mortis causa*, circa il quale quindi il brano non prova molto.

Al contrario, infatti, altri passi – tra cui uno dello stesso Paolo – presuppongono che siffatte stipulazioni penali, in quanto stipulazioni *in dando*, sarebbero state considerate automaticamente trasmissibili all'erede, anche se la stipulazione principale fosse stata *in faciendo*:

---

<sup>345</sup>) Cfr. sul testo GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni*, cit., p. 187 ss., G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913 p. 11, ID., *Einzelne Stellen*, cit., p. 544, ID., *Romanistische Studien*, cit., p. 102, e SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 346.

<sup>346</sup>) In «Digesta Iustiniani Augusti» (*cur.* Mommsen), Berlin, 1862, II, è suggerito l'emendamento '*ire*'.

<sup>347</sup>) Danno per interpolato il testo GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni*, cit., p. 43, e BESELER, *Romanistische Studien*, cit., p. 102.

D. 45.1.3.pr. (Ulp. 49 *ad Sab.*): Idem iuris est in illa stipulatione: ‘mihī heredi-que meo habere licere?’

§ 1: Sed haec differentia illam habet rationem, quod, ubi unus ex heredibus prohibetur, non potest coheres ex stipulatu agere, cuius nihil interest, nisi poena subiecta sit: nam poena subiecta efficit, ut omnibus committatur, quia hic non quaerimus, cuius intersit. Enimvero ubi unus ex heredibus prohibet, omnes tenentur heredes: interest enim prohibiti a nemine prohiberi.

D. 45.1.4.1 (Paul. 12 *ad Sab.*): Cato libro quinto decimo scribit poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria aut ab uno pro portione sua: ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti ‘iter fieri’, quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur: at si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti ‘amplius non agi’, tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere. Differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipulationem ‘per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?’ sed videamus, ne non idem hic sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione: ‘Titium heredemque eius ratum habiturum’: nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum: idque et Marcello videtur, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.

Si registrano comunque anche stipulazioni penali collegate a stipulazioni *in dando*, che dunque certamente non è possibile ritenere finalizzate a rendere trasmissibile il negozio principale<sup>348</sup>. Esse sono con ogni probabilità volte a quantificare la *poena* per il caso di inadempimento di una stipulazione *incerta*, con evidenti vantaggi pratici per le parti, oppure costituiscono un incentivo all’adempimento, rendendo più conveniente quest’ultimo rispetto al pagamento di una più ingente *poena*:

D. 10.2.25.13 (Paul. 23 *ad ed.*): Idem iuris est in pecunia promissa a testatore, si sub poena promissa sit: nam licet haec obligatio dividatur per legem duodecim tabularum, tamen quia nihilum prodest ad poenam evitandam partem suam solvere, sive nondum soluta est pecunia nec dies venit, prospiciendum est per cautionem, ut de indemnitate caveat per quem factum fuerit, ne omnis pecunia solveretur, aut ut caveat se ei qui solidum solverit partem praestaturum: sive etiam solvit unus universam pecuniam quam defunctus promittit, ne poena committeretur, familiae circundae iudicio a coheredibus partes recipere poterit.

---

<sup>348</sup>) Si veda SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 347, che adduce gli esempi che seguiranno.

D. 22.2.9 (Lab. 5 *pith. a Paul epit.*): Si traiecticiae pecuniae poena (uti solet) promissa est, quamvis eo die, qui primus solvendae pecuniae fuerit, nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet, tamen perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris.

D. 45.1.5.3a (Pompon. 26 *ad Sab.*): Si sortem promiseris et, si ea soluta non esset, poenam: etiamsi unus ex heredibus tuis portionem suam ex sorte solverit, nihilo minus poenam committet, donec portio coheredis solvatur.

D. 45.1.77 (Paul. 58 *ad ed.*): Ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas eius adita.

Curioso appare invece l'inserimento della menzione dell'erede financo nelle stipulazioni penali dalla forma *simplex*, ossia di un'unica stipulazione *in dando* condizionata: ciò conferma che il diritto applicato avrebbe contemplato prassi che secondo una corretta ricostruzione teorica dovrebbero definirsi inutili o quantomeno ridondanti, ma ciononostante adottate dalle parti per meglio definire gli obblighi reciproci e quindi il perimetro del rispettivo consenso<sup>349</sup>.

Nella fattispecie seguente, ad esempio, sono citati nel contratto i soli eredi del promittente, ma il giurisperito discute anche di quelli dello stipulante, a cui il testo solarmente assume che il contratto trapassi<sup>350</sup>: il brano costituisce l'unico esempio pervenutoci di *mentio heredis* in stipulazione di *facere* attivo, comunque assistita da stipulazione penale e quindi in definitiva *in dando*<sup>351</sup>.

D. 45.1.122.2 (Scaev. 28 *dig.*): Flavius Hermes hominem Stichum manumissionis causa donavit et ita de eo stipulatus est: 'si hominem Stichum, de quo agitur, quem hac die tibi donationis causa manumissionisque dedi, a te heredeque tuo manumissus vindictaque liberatus non erit, quod dolo malo meo non fiat, poenae nomine quinquaginta dari stipulatus est Flavius Hermes, sponondit Claudius'. Quaero, an Flavius Hermes Claudium de libertate Stichi convenire potest. Respondit nihil proponi, cur non potest. Item quaero, an, si Flavii Hermetis heres a Claudii herede poenam supra scriptam petere voluerit, Claudii heres libertatem Sticho praestare possit, ut poena liberetur. Respondit posse. Item quaero, si Flavii Hermetis heres cum Claudii herede ex causa supra scripta nolit agere, an nihilo minus Sticho libertas ex conventionem, quae fuit inter Hermetem et Claudium, ut stipulationem supra scripta ostenditur, ab here-

---

<sup>349</sup>) Cfr. *supra*, § I.5.2, circa l'*heredis mentio* in stipulazioni *in dando*.

<sup>350</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 347.

<sup>351</sup>) FINKENAUER, *Verblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 47. VASSALLI, *Dies vel condicio*, cit., p. 279, esamina il passo nell'esposizione della sua teoria sulla trasmissione della *poena* agli eredi (cfr. *supra*, nt. 331).

de Claudii praestari debeat. Respondit debere.

Nel caso della garanzia per evizione, al contrario, pare più evidente premura dello stipulante specificare che la stipulazione sarebbe passata ai propri eredi, come se la parte fosse meno sicura dell'automaticità della trasmissione attiva. A tal proposito, ci resta traccia della concreta pratica giuridica nei documenti transilvanici di vendita, che la critica pressoché unanimemente ritiene modellati su un formulario<sup>352</sup>:

7: ... et si quis eum puerum q(uo) d(e) a(gitur) / partemve quam quis ex eo evicerit, q(uo) m(inus) / emptorem s(upra) s(criptum), eunve ad quem ea res pertinebit, / uti frui habere possidereq(ue) recte liceat, / tunc quantum id erit, quod ita ex eo evic/tum fuerit, / t(antam) p(ecuniam) duplam p(robam) r(ecte) d(ari) ...<sup>353</sup>

8: ... quot si quis eam puellam, / partemve quam ex eo quis evicerit, / quominus Maximum Batonis, quo/ve ea res pertinebit, habere possi/dereque recte liceat, tum quanti / ea puella empta est, <tan>tam pecun<ia>m et alterum tantum dari ...<sup>354</sup>

7: ... et si / quis eam mulierem q(ua) d(e) a(gitur), partemve quam quis ex ea quid evicerit, q(uo) m(inus) emptorem s(upra) s(criptum) eumve ad quem / ea res pertinebit, uti frui habere possidereque recte / liceat, tunc quantum id erit, quot ita ex ea quit / evictum ablatumve fuerit, sive quot ita licitum / non erit, tantam pecuniam probam recte dari ...<sup>355</sup>

---

<sup>352</sup>) Riporta tali documenti SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 347 s., che cita GIRARD, *Les stipulations*, cit., p. 569. Si veda *supra*, nt. 64, nonché G. POPA-LISSEANU, *Tablele cerate descoperite în Transilvania*, București, 1890, e *Romanica. Studii istorice, filologice și arheologice*, București, 1925, p. 156-159, I. PERETZ, *Curs de istoria dreptului român*, I, *Originele dreptului român*, București, 1915, p. 379-388, I. BALTARIU, *Tripticele din Transilvania*, Aiud, 1930, p. 51 ss., V. HANGA, *Crestomație pentru studiul istoriei statului și dreptului R. P. R.*, I, București, 1955, p. 211-213, C.S. TOMULESCU, *Le droit romain dans les triptyques de Transylvanie (les actes de vente et de mancipation)*, in «RIDA.», XVIII, 1971, p. 691-710, E. PÓLAY, *A dáciai vászostáblák szerződése*, Budapest, 1972, p. 277-285, I. I. RUSSU, *Inscriptiunile Daciei Romane*, București, 1975, p. 212-231, e T. SAMBRIAN, *La mancipation nei trittici della Transilvania*, in «Diritto @ Storia», IV, 2005.

<sup>353</sup>) BRUNS, «Fontes Iuris Romani Antiqui», I, cit., § 130, p. 329, 'Emptio pueri', 16 maggio 142 d.C. Cfr. M. J. ACKNER, F. MÜLLER, *Die römischen Inschriften in Dacien*, Wien, 1865, p. 626, e D. TUDOR, *Istoria sclavajului în Dacia Romană*, București, 1957, p. 266.

<sup>354</sup>) BRUNS, «Fontes Iuris Romani Antiqui», I, cit., § 131, p. 330, 'Emptio puellae', 17 marzo 139 d.C. Su questo contratto, cfr. GIRARD, *Textes de droit romain*, cit., p. 850 n. 3, e TUDOR, *Istoria sclavajului*, cit., p. 266-267.

<sup>355</sup>) BRUNS, «Fontes Iuris Romani Antiqui», I, cit., § 132, p. 330-331, 'Emptio ancillae', 4 ottobre 160 d.C. Si veda ancora TUDOR, *Istoria sclavajului*, cit., p. 267-268.

5: ... eam domus partem dimidiam ... 7 habere recte liceat; / [e]t si quis eam domum partemve quam quis [e]x [ea] / evicerit, q(uo) m(inus) Andueia Batonis e(ive) a(d) q(uem) e(a) r(es) p(ertinebit) h(abere) p(ossidere) / u(suque) c(apere) r(ecte) l(iceat); qu[o]d ita licitum n[o]n erit, t(antum) / p(ecuniam) r(ecte) d(ari) (...) <sup>356</sup>

Nel secondo testo, si osservi come alla *puella* l'autore si riferisca con la locuzione 'ex eo', indice secondo Scherillo di un'imitazione pedissequa <sup>357</sup>; si noti anche la ricorrenza della formula 'is ad quem ea res pertinet' e simili, già riscontrate nella «*donatio Statae Irenes*» e nella «*donatio Flavii Syntrophii*» quali diciture che suonano stereotipate e che nei contratti in commento costituiscono, come sopra asserito, un'aggiunta pleonastica.

Si è anche già sostenuto che tali pleonasmi non devono ritenersi del tutto inutili, garantendo comunque che l'incontro dei consensi delle parti si estendesse agli effetti giuridici discendenti dal contratto anche nel silenzio dei contraenti: nelle stipulazioni *mixtae ex dando et faciendo*, dunque, la *mentio heredis* si sarebbe spesso ritrovata, ma non con la funzione di clausola necessaria a garantirne la trasmissibilità ereditaria e, pertanto, la sua presenza non costituisce prova di una regola generale di intrasmissibilità.

Al massimo, si potrebbe postulare un generale clima di dubbio circa il trapasso all'erede delle stipulazioni *in faciendo* assistite da una *poena*, confermato dalla cautela dei contratti pervenuti e nella costituzione giustiniana innovatrice della materia che sarà esaminata nel prossimo capitolo.

---

<sup>356</sup>) BRUNS, «*Fontes Iuris Romani Antiqui*», I, cit., § 133, p. 331, '*Emptio domus*', 6 maggio 159 d.C. Si veda SAMBRIAN, *La mancipatio*, cit.

<sup>357</sup>) SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 348 nt. 30.



### III.

## *La presumibile portata della riforma giustiniana*

### *1. Giustiniano e la stipulatio, Giustiniano e l'antiquitas*

L'intervento giustiniano sulla trasmissibilità ereditaria delle stipulazioni, comunemente annoverato tra le *Quinquaginta decisiones* sul diritto antico in forza della presenza nel testo del verbo 'decidere'<sup>358</sup>, si colloca in un più generale contesto di spiccato interesse del legislatore per questo particolare contratto<sup>359</sup>.

Tra le prime preoccupazioni dell'imperatore appena asceso al trono, infatti, ci fu proprio l'attenuazione del formalismo del negozio, minimo comune denominatore di tre leggi del 528<sup>360</sup>: quella riportata in C.I. 4.30.14.pr.<sup>361</sup>,

---

<sup>358</sup>) Lo ricorda FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 322 s., che rimanda sulla raccolta a WENGER, *Die Quellen*, cit., p. 573, G.L. FALCHI, *Osservazioni sulle 'L decisiones' di Giustiniano*, in «Studi A. Biscardi», V, Milano, 1984, p. 148 nt. 63, e R. LAMBERTINI, *Se ci sia stato un 'L decisiones liber'*, in «Iura», LVII, 2008-2009, p. 147 s. Sul rapporto delle *Quinquaginta decisiones* con il programma del Digesto, lo studioso rinvia invece a F. PRINGSHEIM, *Die Entstehungszeit des Digestenplanes und die Rechtsschulen*, in «Atti del congresso internazionale di diritto romano. Bologna e Roma XVII-XXVII aprile MCMXXXIII» (Roma), I, Pavia, 1934, ora in *Gesammelte Abhandlungen*, II, Heidelberg, 1961, p. 46 s. (che reputa che il progetto del Digesto fosse nato indipendentemente dalla tradizionale riforma della legislazione per costituzioni), P. JÖRS, 'Decisiones quinquaginta', in G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumwissenschaft», IV.2, Stuttgart, 1901, c. 2275 ss., WENGER, *Die Quellen*, cit., p. 572 nt. 29, T. HONORÉ, *Tribonian*, London, 1978, p. 140, G.L. FALCHI, *Sulla codificazione del diritto romano nel V e VI secolo*, Roma, 1989, p. 120 (secondo i quali questa legislazione sarebbe stata in certa misura preliminare alla creazione del Digesto), e C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle 'Quinquaginta decisiones'*, Milano, 1999, p. 106-112, 113, 118 e 120 (che avversa questa idea, propugnando invece l'ipotesi di una serie di riforme con scopi eminentemente pratici).

<sup>359</sup>) Le nove costituzioni emanate nello stesso periodo, però, riguardano altre materie: C.I. 3.33.12, C.I. 4.5.10, C.I. 4.28.7, C.I. 4.29.24, C.I. 4.38.15, C.I. 5.51.13, C.I. 6.2.20, C.I. 7.7.1, C.I. 8.21.2. Cfr. nuovamente FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 322 s.

<sup>360</sup>) DIÓSDI, *Giustiniano e la 'stipulatio'*, cit., p. 48.

riguardante tutti i contratti scritti e inclusiva dunque della *stipulatio* così documentata, limitò a due anni l'esperibilità della *querela non numeratae pecuniae*; C.I. 6.23.25<sup>362</sup> proclamò poi che l'errore nella redazione del documento non avrebbe potuto arrecare alcun danno alle parti della *stipulatio*; infine, fu riconosciuta la validità della stipulazione *post mortem*<sup>363</sup>.

Nella stessa direzione è rivolta anche la costituzione dell'anno successivo relativa al *receptum*, che quasi irride la rigidità formale della clausola stipulatoria<sup>364</sup>:

C.I. 2.55.4.6: (...) etsi non adiecerit ὁμολογῶ, et sic omnimodo per actionem in factum eum compelli ea facere quibus consensus. Qualis enim differentia est, si huiusmodi verbis etiam ὁμολογῶ adiciatur vel huiusmodi vocabulum transmittatur?

Nel 530, oltre alla proclamazione della trasmissibilità ereditaria di tutte le stipulazioni, fu estesa l'*actio ex stipulatu* in materia di dote anche nel caso di in-

---

<sup>361</sup>) C.I. 40.30.14.pr.: 'In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra quinquennium, quod antea constitutum erat, non numeratae pecuniae exceptionem obicere possit, qui accepisse pecunias, vel alias res scriptus sit, vel successor eius: sed intra solum biennium continuum ...'. Cfr. DIÓSDI, *Giustiniano e la 'stipulatio'*, cit., p. 48, J. HALLEBEEK, *Los efectos del quirógrafo según C. 4.30.14 pr.*, in «Glossae. Revista de Historia del derecho europeo», VIII, 1996, p. 111 ss., e N. COCH ROURA, *La forma estipulatoria. Una aproximación al estudio del lenguaje directo en el Digesto*, Madrid, 2017, p. 24 s.

<sup>362</sup>) C.I. 6.23.25: 'Praeposteri reprehensionem, quam novella constitutio in dotalibus instrumentis sustulisse noscitur, in aliis quoque omnibus tam contractibus quam testamentis tollimus, ut tali exceptione cessante et stipulatio et alii contractus et testatoris voluntas indubitate valeat, exactione videlicet post condicionem vel diem competente'. Su questa riforma, si vedano: TH.C. SANDARS, *The Institutes of Justinian, with English Introduction, Translation, and Notes*, London, 1893, rist. Westport, 1970, p. 350, J. B. MOYLE, *Imperatoris Iustiniani Institutionum Libri Quattuor with Introduction, Commentary, and Excursus*, Oxford, 1913, rist. Oxford 1969, A. MASI, *Stipulatio praeposteria*, in «BIDR.», LXIII, 1960, p. 200 ss., G.G. ARCHI, *Interesse privato e interesse pubblico nell'apertura e pubblicazione del testamento romano*, in «Iura», XX, 1969, p. 340, ID., *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, p. 162 ss., R. BACKHAUS, *Casus perplexus. Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz*, München, 1981, p. 102, R. EVANS-JONES, G. MACCORMACK, *Obligations*, in «A Companion to Justinian's Institutes» (cur. E. Metzger), Ithaca-New York, 1998, p. 143, R. LAMBERTINI, *Alcune riflessioni in tema di 'stipulatio praeposteria'*, in «Liber amicorum M. Bione» (cur. L. Foffani, M.C. Fregni, R. Lambertini), Milano, 2011, p. 373 ss., DI LEO, *Nullità ed inutilità*, cit., p. 219, e COCH ROURA, *La forma estipulatoria*, cit., p. 24 s.

<sup>363</sup>) C.I. 8.37.11, riportata *infra*, nt. 375. Cfr., oltre alla letteratura citata *infra*, nt. 375, FALCHI, *Studi sulle relazioni*, cit., p. 16, e BIRKS, *The Roman Law of Obligations*, cit., p. 61.

<sup>364</sup>) Si vedano in proposito S. RICCOBONO, *Stipulation and the Theory of Contract*, Amsterdam-Capetown, 1957, p. 98, DIÓSDI, *Giustiniano e la 'stipulatio'*, cit., p. 48, ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., p. 249, e G. FERRI, *La costruzione dei poteri dell'arbitro nell'età moderna*, in «Historia et ius», II, 2012, p. 11 ss. e nt. 36.

validità della *stipulatio*<sup>365</sup>, essendo rimasti alcuni dubbi dopo l'equiparazione teodosiana della *stipulatio dotis* al *pactum dotale*<sup>366</sup>.

All'anno seguente sono infine datati un nuovo intervento sulla *stipulatio post mortem*<sup>367</sup> e C.I. 8.37.14.2, che sancì la presunzione della presenza delle parti e, dunque, la validità del negozio scritto<sup>368</sup> salvo la prova contraria dell'assenza di una parte dalla città nella data riportata dal documento<sup>369</sup>.

Questa speciale attenzione verso la *stipulatio* non deve però necessariamente condurre l'interprete a ravvisare una qualche tendenza antiquaria dell'imperatore o la sua intenzione di restaurarne il regime classico: nel VI secolo, infatti, tale contratto sarebbe stato ancora assai vitale<sup>370</sup>, anche se in

---

<sup>365</sup>) C.I. 5.13.1.1: '... *Rei uxoriae itaque actione sublata sancimus omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio sive non, ut intellegatur re ipsa stipulatio esse subsecuta. Eodemque modo et si inutiliter facta est stipulatio, adiuvari enim eam magis, quam evanescere oportet ...*'. Cfr. RICCOBONO, *Stipulation and the Theory of Contract*, cit., p. 96, e DIÓSDI, *Giustiniano e la 'stipulatio'*, cit., p. 48.

<sup>366</sup>) C. Th. 3.13.4, su cui si vedano RICCOBONO, *Stipulation and the Theory of Contract*, cit., p. 50 nt. 73, A.M. HONORÉ, *Some Quaestors of the Reign of Theodosius II*, in «The Theodosian Code. Studies in the Late Imperial Law of Late Antiquity» (cur. J.D. Harries, I.N. Wood), London, 1993, p. 84 s., D. DALLA, R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Torino, 2001, p. 375, M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana: storia di un testo normativo*<sup>3</sup>, Bari, 2012, p. 189 s., F. PERGAMI, *Il ruolo e la funzione del giudice nel processo romano di età classica*, in «SDHI», LXXX, 2004, ora in *Nuovi studi di diritto romano tardoantico*, Torino, 2014, p. 83 e 153 nt. 10, U. BARTOCCI, *I comici e la 'dotis dicitio'*, in «Studi G. Nicosia», I, Milano, 2007, p. 414 s. e nt. 5-6, C. BUSACCA, *Qualche osservazione su C. 5.4.24*, in «Studi A. Metro», I, Milano, 2009, p. 252 nt. 101, J.N. DILLON, *The Justice of Constantine: Law, Communication, and Control*, Ann Arbor, 2012, p. 248, e P. LEPORÉ, *'Rei publicae polliceri'. Un'indagine giuridico-epigrafica*<sup>2</sup>, Milano, 2012, p. 161 s. nt. 43.

<sup>367</sup>) C.I. 4.11.1, riportata *infra*, § III.2.

<sup>368</sup>) Il documento, nel dettaglio, avrebbe dovuto essere considerato una fonte di obbligazione letterale, come è chiarito in *Iust. inst.* 3.21: '*Sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur: et ex ea nascitur conductio, cessante scilicet verborum obligatione*'. cfr. DIÓSDI, *Giustiniano e la 'stipulatio'*, cit., p. 49.

<sup>369</sup>) C.I. 8.37.14.2: '*Et si inter praesentes partes res acta esse dicitur, et hoc esse credendum, si tamen in eadem civitate utraque persona in eo die commanet, in quo huiusmodi instrumentum scriptum est, nisi is, qui dicit sese vel adversarium abesse, liquidis ac manifestissimis probationibus et melius quidem, si per scripturam, sed saltem per testes undique idoneos et omni exceptione maiores ostenderit sese vel adversarium suum eo die civitate afuisse: sed huiusmodi scripturas propter utilitatem contrabentium esse credendas*'. Si vedano D. SIMON, *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozeß*, München, 1969, p. 351, DIÓSDI, *Giustiniano e la 'stipulatio'*, cit., p. 49, e STEINER, *Die römischen Solidobligationen*, cit., cap. 4 § 189 e 192.

<sup>370</sup>) DIÓSDI, *Giustiniano e la 'stipulatio'*, cit., p. 39 ss., si mostra particolarmente critico verso la successione diritto classico - diritto volgare - diritto classicheggiante schematizzata da E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956, *passim*. A p. 50 nt. 55, inoltre, il primo studioso sottolinea che le fonti papirologiche smentirebbero il preteso classicismo giustiniano. Similmente, FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittvi-*

veste informale<sup>371</sup>, e dunque bisognoso di una disciplina chiara e completa. Inoltre, la *stipulatio* sarebbe stata considerata un negozio particolarmente adatto all'elaborazione e all'enunciazione delle regole generali, preservate nella compilazione<sup>372</sup>.

A riprova di quanto detto, si osservi come l'imperatore si presenti espressamente in molteplici occasioni come riformatore della materia<sup>373</sup>:

C.I. 2.55.4.7: Si enim verba consueta stipulationum et subtilis immo magis supervacua observatio ab aula concessa est, nos, qui nuper legibus a nobis scrip-

---

*rkungen*, cit., p. 314 e nt. 1, rimandando ad G.G. ARCHI, *Le classicisme de Justinien*, in «RHDfE.», XLVI, 1968, p. 579 ss., 601, rifiuta la congettura di chi individua il motivo della suddetta attenzione di Giustiniano per la *stipulatio* in un mero classicismo (F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, p. 359, SCHINDLER, *Justinians Haltung*, cit., p. 343, M. KASER, *Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen*, in «La critica del testo. Atti del II Congresso internazionale della società italiana di storia del diritto», Firenze, 1967, p. 300), arcaismo (F. PRINGSHEIM, *Die archaische Tendenz Justinians*, in «Studi P. Bonfante», I, Milano, 1930, ora in *Gesammelte Abhandlungen*, II, Heidelberg, 1961, p. 10, HONORÉ, *Tribonian*, cit., 1978, p. 251) o romanticismo (WENGER, *Die Quellen*, cit., p. 567 nt. 27).

<sup>371</sup> M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, München, 1975<sup>2</sup>, p. 381, F. BRANDILEONE, *La 'stipulatio' nell'età imperiale romana e durante il medio evo*, in *Scritti di Storia del Diritto Privato Italiano*, II, Bologna, 1931, p. 484 s., DIÓSDI, *Giustiniano e la 'stipulatio'*, cit., p. 47 ss., e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 314, dimostrano che la prassi avrebbe ormai ridotto la solennità alla documentazione della promessa. C.I. 8.37.10 e *Iust. inst.* 3.15.1 riportano infatti la costituzione di Leone del 472 che abolisce il requisito della congruenza tra domanda e risposta, mentre la costituzione C.I. 8.37.14 del 531 avrebbe introdotto la presunzione del rispetto della residua formalità necessaria in mancanza della prova che le parti non fossero presenti nello stesso luogo nel giorno della conclusione del contratto. Per la tesi di una parziale reintroduzione dell'oralità del contratto, si veda invece LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht*, cit., p. 52 ss. G.G. ARCHI, *L'Épître Gai. Studio sul tardo diritto romano di Occidente*, Milano, 1937, p. 392 s., ID., *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, in «Scritti Ferrini», Milano, 1946, p. 689 nt. 2, A. BISCARDI, *Il problema storico del diritto giustiniano*, in «Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto (Verona 1948)», II, Milano, 1951, p. 240 ss., U. BRASIELLO, *In tema di categorie contrattuali*, in «SDHL.», X, 1944, p. 105 e 117, A. GUARINO, *Diritto privato romano: lezioni istituzionali di diritto romano*<sup>12</sup>, Napoli, 2001, p. 841, KASER, *Das römische Privatrecht*, II, cit., p. 278 s., e D. SIMON, *Studien zur Praxis der Stipulationsklausel*, München, 1964, p. 91 ss., ipotizzano una scomparsa della forma orale nel corso dei secoli IV e V; di opposto avviso M. AMELOTTI, *rec. a SIMON, Studien zur Praxis*, cit., in «Iura», XVI, 1965, p. 243, A. WINKLER, *Gaius III*, 92, in «RIDA.», XIII, 1958, p. 635, e DIÓSDI, *Giustiniano e la 'stipulatio'*, cit., p. 40 ss.

<sup>372</sup> KASER, *Das römische Privatrecht*, II, cit., p. 278, e G. DIÓSDI, *Giustiniano e la 'stipulatio'*, in «Labeo», XVII, 1971, p. 50, che fa cenno ai titoli XLV.1 e XLVI.5 del Digesto e ai paragrafi 3.15-19 delle Istituzioni.

<sup>373</sup> Si mutua la rassegna delle fonti che segue da DIÓSDI, *Giustiniano e la 'stipulatio'*, cit., p. 47.

tis multa vitia stipulationum multasque ambages, scrupolososque circuitus correximus (...)

C.I. 8.37.12: Magnam legum veterum obscuritatem, quae protrahendarum litium magnam occasionem usque adhuc praebebat, amputantes, sancimus (...)

C.I. 8.37.13: Veteris iuris altercationes decedentes generaliter sancimus (...) illa subtili et supervacua scrupolositate explosa, per quam putabant (...)

C.I. 8.37.15.pr.: (...) impossibilis veteribus videbatur huiusmodi stipulatio. Sed nobis sensum contrahentium discutientibus veri simile esse videtur (...)

Certo, Giustiniano pur riconosce la *'pulchritudo'* del diritto classico, ma con una funzione meramente decorativa e proprio nell'introdurre un'innovazione<sup>374</sup>:

C.I. 5.13.1.2a: (...) ut sit et nova ista ex stipulatu quam composuimus et non propria tantum, sed etiam veteris actionis pulchritudine decorata.

Al contrario, l'*antiquitas* è avversata dall'imperatore laddove i suoi principii impediscano alle parti di conseguire il risultato voluto, dipingendola come un ostacolo dogmatico che non presidia alcuno scopo di giustizia sostanziale.

Ciò si può riscontrare, ad esempio, nella costituzione in cui è abrogato in generale l'asserto *'obligatio ab heredis persona incipere non potest'*, nella quale la *'subtilitas verborum'* dei *'veteres'* è raffigurata come un inutile e dannoso impedimento all'esplicazione della *'latitudo voluntatis contrahentium'*, rimosso per via legislativa *'pro communi hominum utilitate'*<sup>375</sup>:

---

<sup>374</sup>) DIÓSDI, *Giustiniano e la 'stipulatio'*, cit., p. 47 s. e nt. 48.

<sup>375</sup>) FINKENAUER, *Verehrlichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 316 ss., esamina C.I. 4.11.1.pr. insieme a C.I. 8.37.11 (Iustinianus A. Menae pp.): *'Scrupolosam inquisitionem, utrum post mortem an cum morietur vel pridie quam morietur stipulatus sit aliquis vel in testamento legati vel fideicommissi nomine aliquid dereliquerit, penitus amputantes omnia, quae vel in quocumque contractu stipulati vel pacti sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit, etiamsi post mortem vel pridie quam morietur scripta esse noscuntur, nibilo minus pro tenore contractus vel testamenti valere praecipimus. D. III id. Dec. Constantinopoli dn. Iustiniano pp. A. II cons. (a. 528)'*. Secondo SCHEURL, *Begründung von Obligationen*, cit., p. 110 s., RÖMER, *Über den römischen Rechtssatz*, cit., p. 23, e DIÓSDI, *Giustiniano e la 'stipulatio'*, cit., p. 49, la costituzione del 531 si limiterebbe a ribadire più incisivamente il contenuto della precedente; in effetti, entrambe si riferiscono a stipulazioni *in dando* o legati corrispondenti e ammettono la clausola *post mortem* per entrambe le parti. Per questa ragione, FINKENAUER, *op. ult. cit.*, p. 319, sostiene che la costituzione del 528 riguardasse le tre clausole *'pridie quam moriar'*, *'cum moriar'* e *'post mortem'* senza nominare però la regola generale, mentre quella del 531 avrebbe involto quest'ultima e la sola clausola *'post mortem'*. Tuttavia, il principio *'obligatio ab heredis persona incipere non potest'* sarebbe stato comunque implicato anche nella più risalente riso-

C.I. 4.11.1.pr. (Iustinianus A. Iohanni p.p.): Cum et stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recepimus, consentaneum erat etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare.

§ 1: Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes veteres non concedebant contemplatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum.

§ 2: Sed nobis necesse est, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipsam regulam e medio tollere, ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur.

D. XV k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestae vv. cc. (a. 531)

## ***2. La costituzione C.I. 8.37.13***

La disposizione appena riportata precede la sanzione di efficacia delle stipulazioni *in faciendo cum promissor morietur*<sup>376</sup> ed è di un anno successiva alla riforma della trasmissibilità ereditaria, in cui si riscontra il medesimo atteggiamento critico verso una giurisprudenza eccessivamente dogmatica e limitatrice della volontà delle parti, talmente sottile nell'interpretazione dei *'verba'* da perdere di vista proprio l'intenzione e l'interesse dei contraenti, finendo così

---

luzione imperiale, come dimostra la trattazione di Gai., *inst.* 3.100, a proposito delle tre clausole summenzionate e come rileva anche H.-E. KADEN, *rec.* a WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., in «ZSS.», LXVII, 1950, p. 553 nt. 34. VASSALLI, *Di talune clausole*, cit., p. 316 ss., nega invece la connessione tracciata da Gaio, poiché l'obbligazione sorgerebbe sempre con l'ereditando: Giustiniano proclamerebbe dunque erroneamente di aver abolito la regola. Contro la sua posizione: SANFILIPPO, *Studi sull'hereditas*, cit., p. 311 ss., SOLAZZI, *Sull'obbligazione a termine iniziale*, cit., p. 54 ss., RABIE, *L'acte juridique 'post mortem'*, cit., p. 404 nt. 29, FINKENAUER, *op. ult. cit.*, p. 319, che conclude asserendo che le due costituzioni di fatto coinciderebbero, salvo per l'espreso richiamo al principio generale contenuto nella più recente. Egli rigetta dunque anche il parere di VOGLI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 264, secondo il quale soltanto quest'ultima avrebbe consentito la formulazione *'heredi meo dari'* o *'heredem tuum daturum'*, nonché la congettura che la prima costituzione avrebbe riguardato originariamente solo il legato e la seconda solo la stipulazione (K.-H. FRITZ, *Studien zur justinianischen Reformgesetzgebung*, diss. Köln, 1937, p. 26 ss., P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette*, in «BIDR.», XXVII, 1914, p. 28, e ARCHI, *Le classicisme*, cit., p. 588, e *Giustiniano legislatore*, cit., p. 162), per avanzare infine l'ipotesi che nelle scuole di diritto non si sarebbe diffusa la consapevolezza dell'abolizione del principio nel 528, tanto da rendere necessario ribadirla nel 531.

<sup>376</sup> Cfr. *supra*, § I.1.

per dimostrarsi ingiusta:

C.I. 8.37.13.pr. (Imp. Iustinianus A. Iuliano p.p.): Veteris iuris altercationes decedentes generaliter sancimus omnem stipulationem, sive in dando, sive in faciendo, sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et ad heredes et contra heredes transmitti, sive specialis heredum fiat mentio, sive non; cur enim, quod in principalibus personis iustum est, non ad heredes et adversus eos transmittatur?

§ 1: Et sic existantur huiusmodi stipulationes, quasi tantummodo in dandum fuerant conceptae, cum nihilo minus et heredes factum possint adimplere: illa subtili et supervacua scrupolositate explosa, per quam putabant non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est.

§ 2: Et quare, cum paene similis omnium natura est, non et facta omnes vel plus vel paulo minus adimplere possint, ne ex huiusmodi subtilitate cadant hominum voluntates?

D.K. Aug. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons. (a. 530)

Un altro difetto della giurisprudenza classica è subito individuato da Giustiniano nella divisione in *altercationes*, sul cui preciso punto controverso però non si sofferma esplicitamente: a partire da questa considerazione è stato rilevato che le fonti non rifletterebero tale disputa<sup>377</sup> ed è stato addirittura ipotizzato che quest'ultima potrebbe non essere mai esistita, ma essere stata soltanto dipinta dal legislatore come giustificazione del proprio intervento di consistenza esclusivamente retorica<sup>378</sup>.

Tuttavia, se il ragionamento si mantiene sul medesimo piano meramente congetturale, è astrattamente possibile pervenire anche all'opposta conclusione della reale esistenza di visioni divergenti poi non riportate nel Digesto all'esito della selezione del materiale che lo compone<sup>379</sup>.

Per addivenire alla ricostruzione più plausibile circa l'effettiva storicità dell'asserito stato di *ius controversum* occorre dunque confortare con eventuali conferme testuali le inferenze astratte, in grado da sole di condurre l'interprete alle due soluzioni opposte appena tracciate.

Per tal via si può agevolmente smentire l'ipotesi della rimozione sistematica delle tracce del regime classico innovato da Giustiniano, in quanto in molti testi è presente proprio la clausola ereditaria dichiarata inutile dalla ri-

---

<sup>377</sup>) FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 324 e nt. 18, in cui cita FALCHI, *Osservazioni sulle 'L. decisiones'*, cit., p. 126 nt. 14 e p. 132 nt. 28.

<sup>378</sup>) SCHINDLER, *Justinians Haltung*, cit., p. 290, 305 s.

<sup>379</sup>) KASER, *Das römische Privatrecht*, II, cit., p. 35 nt. 16, ID., *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, in «Österreichische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse», V, 1972, p. 83 s.

forma<sup>380</sup>; inoltre, il Digesto non appare epurato neppure dalle *altercationes* giurisprudenziali, come possono attestare D. 45.1.38.12<sup>381</sup>, D. 45.1.56.1<sup>382</sup>, e la diversità delle soluzioni avanzate in D. 45.1.131.pr.<sup>383</sup> e D. 45.1.137.8<sup>384</sup>.

Non può dunque essere accolta l'ipotesi del perfetto coordinamento della raccolta con le *Quinquaginta decisiones*<sup>385</sup>, né quella dell'inesistenza di dibattiti dottrinari in materia. Per individuare quanto più precisamente possibile l'oggetto di questi ultimi, occorre analizzare l'intervento normativo imperiale, partendo dal *principium*.

Esso induce a ritenere che la riforma avrebbe riguardato la questione della trasmissibilità ereditaria della *stipulatio* in base alla sua natura *in dando*, *in faciendo* o *mixta ex dando et faciendo*, nonché la necessità di aggiungere la menzione dell'erede al contratto ai fini della suddetta trasmissibilità, sia che il negozio fosse *in dando*, sia che fosse *in faciendo*<sup>386</sup>.

E' tuttavia plausibile che le parti potessero accordarsi per il passaggio del negozio in capo a uno solo degli eredi di una parte, considerato che la costituzione è esplicitamente volta ad assecondare la volontà dei contraenti e non invece a limitarla: pertanto, in questi casi sarebbe stato impiegato lo strumento

---

<sup>380</sup> Si veda ad esempio *supra*, § I.2, § I.5.2.

<sup>381</sup> Riportato *supra*, § I.2: il giurista presenta infatti quale opinione personale e non quale *ius* generalmente accettato la risposta affermativa alla questione se possa agire *ex stipulatu* l'erede di chi si sia fatto promettere di '*uti frui licere sibi hereditate suo*'.

<sup>382</sup> Su cui si veda *supra*, § I.3 e § I.5.3.5, laddove si è asserito che le *altercationes* si sarebbero incentrate sulla riconduzione della fattispecie della *mentio certi heredis* in stipulazione *in dando* allo schema del *pactum de non petendo*.

<sup>383</sup> In cui Scevola ritiene necessario riferire l'opinione di Giuliano sulla trasmissione a tutti i coeredi dell'obbligo nascente da una stipulazione *in non faciendo* con *mentio certi heredis* ('*neque per te neque per heredem tuum Titium fieri, quo minus tibi ire liceat*'). Si veda *supra*, § I.3 e § I.5.3.5.

<sup>384</sup> Questi ultimi due frammenti sembrano porsi infatti in un certo contrasto, che si è ricostruito in termini di rapporto tra regola relativa alle stipulazioni *in faciendo* ed eccezione costituita dal sottoinsieme delle stipulazioni *in non faciendo*: si veda *supra*, § I.5.3.5, nonché FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 324.

<sup>385</sup> H.J. SCHELTEMA, *Les 'Quinquaginta decisiones'*, in «Subseciva Groningana», I, 1984 p. 9.

<sup>386</sup> FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 324 ss., contestando SCHERILLO, *La trasmissibilità*, cit., p. 337 ss., e l'ipotesi di partenza di tale studio, ossia la massiccia interpolazione dei testi contenuti nel Digesto, ritiene invece che le *altercationes* avrebbero riguardato solo la clausola ereditaria e, nello specifico, il problema della fungibilità delle prestazioni di *facere*. BACKHAUS, *Casus perplexus*, cit., p. 87 nt. 19, riconduce il dibattito tra giuristi classici non tanto a un diverso trattamento della stipulazione *in faciendo*, quanto piuttosto alla divergenza tra promesse di *dare* e *facere*. RÖMER, *Über den römischen Rechtssatz*, cit., p. 37, richiama quale ragione della costituzione quanto espresso in D. 45.1.137.8 (riportato e commentato *supra*, § I.1 e I.3), mentre FREZZA, *Appunti esegetici*, cit., p. 86 nt. 5, D. 45.1.38.12.



della *mentio certi heredis* anche dopo la parificazione delle stipulazioni *in faciendo* alle stipulazioni *in dando* ai fini della trasmissibilità<sup>387</sup>.

La critica che la previsione della trasmissibilità per tutte le stipulazioni si sarebbe posta contro l'interesse delle parti e sarebbe stata contraddetta dalla naturale differenza nelle abilità specifiche degli individui deve dunque essere circoscritta alla eccessiva e probabilmente voluta generalizzazione: vero è infatti che non è possibile postulare in termini assoluti che chiunque possa compiere l'azione dovuta da un altro<sup>388</sup>, ma nella legislazione giustiniana<sup>389</sup> e nel Digesto<sup>390</sup> si trovano conferme del diverso trattamento delle obbligazioni di *facere* infungibile, il cui caso eccezionale è dunque preso in considerazione specificamente dall'imperatore e sottoposto a un regime differenziato<sup>391</sup>.

Quanto appena affermato è confortato peraltro dal prosieguo del testo.

Nel § 1, Giustiniano si sofferma a smentire la giustificazione teorica della tesi dell'intrasmissibilità delle stipulazioni *in faciendo*, riassunta nell'infinitiva '*non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est*'.

La proposizione suona come una regola generale espressa in forma dogmaticamente assoluta, priva di motivazioni o premesse logiche; ad essa viene obbiettato che nondimeno è concretamente possibile che anche gli eredi possano adempiere un *factum*. Il legislatore eccepisce dunque una constatazione empirica, facilmente condivisibile dal senso comune, alla rigidità astratta della vetusta norma giurisprudenziale.

Tuttavia, l'insistenza sulla questione della fungibilità o infungibilità della prestazione è evidentemente volta a minare proprio la premessa teorica di quest'ultima, poco importa se con una certa esagerazione e trascurando alcune fattispecie eccezionali: si è appena visto infatti che in realtà l'imperatore non avrebbe qualificato tutte le prestazioni di *facere* come fungibili, come

---

<sup>387</sup> K. SCHMIDT, *Über die Rechtsregel: obligationem ab herede incipere non posse*, in «Archiv für die civilistische Praxis», LII, 1869, p. 343, H. BUCHKA, *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingebung von Verträgen*, Rostock-Schwerin, 1852, p. 80, SCHEURL, *Begründung von Obligationen*, cit., p. 117, PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, cit., p. 76 nt. 1, e FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 327.

<sup>388</sup> FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 327 nt. 40 e 43, dando invece la generalizzazione di Giustiniano per valida nella maggior parte dei casi e ritenendo che egli avesse in mente solo prestazioni di *facere* fungibili, porta ad esempio B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953, p. 350, ID., *Diritto ereditario romano*, cit., p. 95, SCHEURL, *Begründung von Obligationen*, cit., p. 117, e D. LIEBS, *Gemischte Begriffe im römischen Recht*, in «Index», I, 1970, p. 144 nt. 5.

<sup>389</sup> C.I. 6.51.1.9b e 9c, riportate *supra*, § I.1.

<sup>390</sup> D. 46.3.31 (Ulp. 7 *disp.*), di cui si è discusso *supra*, § I.1.

<sup>391</sup> Si concorda sul punto con FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 328.

sembra invece fare nel § 2.

Qui egli richiama enfaticamente la simile natura di tutti uomini a rinforzo della propria posizione, opponendo il rispetto della volontà delle parti alla ‘*subtilitas*’ dell’opinione avversata e così ribadendo esplicitamente il proprio intento di smentirla, che l’attenzione verso i casi particolari avrebbe offuscato.

Occorre a questo punto sottolineare che, nel clima di *altercationes* richiamato, la tesi sconfessata dalla costituzione in commento sarebbe stata soltanto una tra più soluzioni discordanti: si è infatti dimostrata la classicità dei lacerti in cui stipulazioni *in (non) faciendo* sono ritenute trasmissibili anche in assenza di *mentio heredis*<sup>392</sup>; sembra inoltre che fosse pacificamente sufficiente l’inserzione di quest’ultima per garantire l’ereditabilità delle stipulazioni *in faciendo*<sup>393</sup> e, dunque, che il dogma ‘*non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est*’ non fosse affatto inscalfibile e assoluto, soprattutto in presenza di un esplicito segnale della mancata considerazione della prestazione come infungibile ad opera delle parti<sup>394</sup>.

Giustiniano, ovviamente, si limita a scagliarsi contro la sola teoria che intende avversare, riportata a fini retorici unicamente nel suo tratto più estremo, cosicché più facilmente appaia irragionevole e contraria alla realtà fattuale. Allo stesso modo, i compilatori del Digesto potrebbero avervi incluso soltanto gli estratti in linea con la riforma: la massiccia presenza nei testi di clausole ereditarie non smentisce tale ipotesi, poiché C.I. 8.37.13.pr. non vieta affatto tale espediente, dichiarandolo solamente superfluo, e poiché tali aggiunte si caratterizzano nei frammenti esaminati per una natura più dichiarativa che costitutiva<sup>395</sup>.

Se questo fosse vero, allora il silenzio della raccolta sulla trasmissibilità ereditaria delle stipulazioni *in faciendo* attive potrebbe far intendere una pressoché unanime convergenza dei classici sulla loro intrasmissibilità, anziché lasciarne inferire una piana trasmissibilità<sup>396</sup>. Quest’ultima congettura, peraltro, mal si concilia con il clima di incertezza che le fonti anche così selezionate sembrano echeggiare, tanto diffuso da estrinsecarsi nell’aggiunta di clau-

---

<sup>392</sup>) Si veda *supra*, § I.4.

<sup>393</sup>) Si veda *supra*, § I.1.

<sup>394</sup>) SOLIDORO MARUOTTI, PULIATTI, LOVATO, *Diritto privato romano*, cit., p. 590, ritengono che fosse sufficiente anche il ricorso alla *conceptio* impersonale, ma le fonti inducono a essere più prudenti sul punto.

<sup>395</sup>) Si veda *supra*, § I.2. Per l’eccezione del *compromissum* e della stipulazione di ‘*uti frui licere*’, legate allo speciale contenuto del contratto, si rimanda al § I.3.

<sup>396</sup>) Così ritiene invece FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 310 ss. e *passim*.

sole ereditarie persino in stipulazioni *in dando*<sup>397</sup>.

E' più probabile, in conclusione, che in uno stato di *ius controversum* si sia dispiegata una evoluzione storica, a partire dall'elaborazione dell'espedito dell'inserzione della *mentio heredis* in stipulazioni di regola intrasmissibili, con funzione costitutiva e attestante la fungibilità della prestazione per le parti. Successivo passaggio logico sarebbe poi stata l'adozione di un criterio interpretativo del contratto attento all'effettiva volontà delle parti, fino alla considerazione di alcune obbligazioni certamente fungibili – quali quelle di *non facere* – come automaticamente trasmissibili<sup>398</sup>.

Tale progressione<sup>399</sup>, però, non si sarebbe pienamente compiuta in età classica e, forse, neppure ai tempi di Giustiniano, se si è reso addirittura necessario legiferare sulla questione della trasmissibilità ereditaria. La descrizione dello stato caotico delle discussioni giurisprudenziali, infatti, potrebbe anche essere stata esageratamente accentuata, ma riesce difficile pensare che fosse totalmente immaginaria e, dunque, che l'intervento imperiale fosse un'inutile sanzione dello stato di fatto.

L'appena ricordato silenzio del Digesto sulle stipulazioni *in faciendo* attive, anzi, fa presumere che non fosse possibile inserirvi testi classici che ne proclamassero la trasmissibilità ereditaria. Ci si trova perciò costretti a dissentire dall'opposta interpretazione di Finkenauer sul punto, pur condividendo il generale metodo di approccio ai testi dello studioso e, specialmente, il suo atteggiamento di fronte alla questione della loro genuinità.

Così ricostruiti per quanto possibile il dettato e la portata della riforma, non resta ora che valutarne, per quanto possibile, l'efficacia.

Innanzitutto, si può in merito agevolmente notare che la clausola ereditaria continua a comparire in documenti ben successivi a Giustiniano, e non soltanto sotto forma di *mentio certi heredis* limitativa della trasmissione<sup>400</sup>; come poc'anzi rammentato, poi, anche il Digesto stesso sembra quasi avallare la prassi, pur riportando per lo più casi in cui la *mentio* non ha valore costitutivo.

Si può ritenere, di conseguenza, che l'impatto della costituzione in commento sulla prassi contrattuale sia stato piuttosto modesto per quanto riguarda la dichiarazione di inutilità di siffatta inserzione, ma forse più incisivo in

---

<sup>397</sup>) Si veda *supra*, § I.5.2.

<sup>398</sup>) Si veda *supra*, § I.5.3.1.

<sup>399</sup>) FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 310 ss., descrive questa evoluzione come già compiuta in età classica, reputando dunque che tutte le stipulazioni *in faciendo* fossero già allora ritenute trasmissibili automaticamente agli eredi di entrambe le parti.

<sup>400</sup>) FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen*, cit., p. 327 e nt. 38, dove rinvia a ARCHI, *Le classicisme*, cit., p. 588, e L. VON SEUFFERT, *Materialien zur Deutung von stipulatio in mittelalterlichen Urkunden*, in «ZSS.» (Germanistische Abteilung), II, 1881, p. 116 e 121.

ordine alla risoluzione dei dubbi di interpretazione del negozio e nei casi di mancato espresso affiancamento dell'erede a una o entrambe le parti. La riforma, infatti, non vieta certo la *mentio heredis*, ma la dichiara superflua ai fini della trasmissione del contratto e pare risolvere così i casi incerti, ossia quelli in cui la clausola non compare.

## IV.

### Conclusioni

C.I. 8.37.13 attesta, in conclusione, la coesistenza di due opposti principii ai tempi dei *veteres*: la prescrizione decemvirale ‘*nomina hereditaria ipso iure dividuntur*’<sup>401</sup>, dalla quale sarebbe discesa in via interpretativa la trasmissibilità ereditaria automatica delle stipulazioni *in dando*, e l’asserto secondo cui ‘*non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est*’.

L’analisi delle fonti ha dimostrato che siffatto apparentemente rigido quadro dogmatico avrebbe in realtà contemplato diversi accomodamenti, formalmente rispettosi delle norme appena enunciate, ma concretamente idonei a ridimensionarne la portata in funzione delle esigenze pratiche.

In merito alla trasmissibilità attiva delle stipulazioni *in dando*, infatti, si è constatato che il pretore avrebbe probabilmente concesso un’*actio utilis* alla figlia menzionata nella stipulazione ‘*mibi et post mortem meam filiae meae dari?*’, consentendo così di evitare che il credito si ripartisse immediatamente tra più coeredi, come invece la suddetta automaticità avrebbe comportato<sup>402</sup>.

Con riguardo invece alle stipulazioni *in faciendo*, una prima attenuazione del postulato della stretta personalità del vincolo obbligatorio – specialmente interessante sul versante passivo – è costituita dall’inserzione della clausola ereditaria, che avrebbe dimostrato l’indifferenza delle parti circa le qualità individuali del debitore<sup>403</sup>.

In secondo luogo, la trasfusione di una stipulazione *in faciendo* in una *stipulatio poenae* avrebbe di fatto trasformato la prima in un negozio *in dando*, anche ai fini del passaggio *mortis causa* dell’obbligazione<sup>404</sup>: tale rilievo rivela una notevole elasticità del sistema, che avrebbe da un lato mantenuto ferma la vigenza delle norme generali regolatrici della materia, ma, dall’altro, avrebbe ammesso

---

<sup>401</sup>) Tab. V.9, su cui si veda *supra*, § I.1 e nt. 21.

<sup>402</sup>) Si veda *supra*, nt. 23 e § I.3.

<sup>403</sup>) Si veda *supra*, § I.2, per il lato attivo, e § I.3, per il lato passivo.

<sup>404</sup>) Si veda *supra*, § II.2.

il loro lecito aggiramento tramite uno strumento giuridico pacificamente contemplato dall'ordinamento stesso.

Infine, si è sostenuta l'autenticità delle testimonianze che considerano automaticamente trasmissibili stipulazioni *in non faciendo*, plausibilmente in forza della normale indifferenza delle caratteristiche personali delle parti ai fini dell'esatto adempimento<sup>405</sup>.

Si può notare che tutti questi temperamenti al principio di intrasmissibilità delle stipulazioni *in faciendo* formalmente rispettano la sua *ratio* originale, che Giustiniano ricollega appunto alla personalità della prestazione.

La regola per cui '*non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est*', infatti, sarebbe stata in ultima analisi circoscritta identificando tale '*factum*' con un *facere* attivo, cosicché sarebbero stati ritenuti invece normalmente ereditabili i negozi *in dando* e *in non faciendo*. Inoltre, come già ricordato, avrebbero fatto eccezione i casi in cui le parti avessero manifestato la propria volontà di rendere il rapporto trasmissibile attraverso la menzione dell'erede.

Di conseguenza, sarebbero rimaste soggette alla regola dell'intrasmissibilità soltanto quelle stipulazioni *in faciendo* il cui obbligo fosse consistito in un'attività di contenuto positivo e che fossero state concepite in forma personale senza far cenno all'erede o in forma impersonale.

E' pur vero infatti che quest'ultima potrebbe anche astrattamente intendersi come dimostrativa della fungibilità della prestazione per le parti, ma l'indagine appena condotta, al contrario, ha dimostrato che l'inesistenza di fonti attestanti l'ereditabilità automatica di siffatti contratti induce a preferire la congettura ricostruttiva opposta<sup>406</sup>.

La *conceptio* impersonale, pertanto, sarebbe stata sufficiente a determinare il passaggio automatico delle sole stipulazioni *in dando* e *in non faciendo*, le cui prestazioni sono *in rerum natura* fungibili, poiché la sua indeterminatezza semantica non sarebbe stata atta da sola a manifestare inequivocabilmente la diversa volontà delle parti con riguardo alle stipulazioni *in faciendo*.

Proprio su tale residuo margine di ambiguità sarebbe quindi intervenuto Giustiniano<sup>407</sup>, sancendo l'opposta regola generale di trasmissibilità di ogni tipo di stipulazione, *in dando*, *in faciendo* o *mixta ex dando et faciendo*, con clausola ereditaria o priva di essa, a partire dal quadro appena descritto di progressiva ma non totale erosione del dogma dell'intrasmissibilità delle stipulazioni *in faciendo*.

---

<sup>405</sup>) Si veda *supra*, § I.5.3.

<sup>406</sup>) Si veda *supra*, § I.4 e I.5.4.

<sup>407</sup>) Si veda. *supra*, § III.2.

## *Indici*





## *Indice delle fonti*

### CODEX THEodosIANUS

3.13.4 133 nt. 366

### GAII INSTITUTIONES

3.82 94 nt. 235  
3.83 94 nt. 235  
3.100 20; 22 nt. 26; 24 nt.  
31; 25  
3.158 21; 24 nt. 31  
4.51 97 nt. 250  
4.54 97 nt. 250  
4.88 60 nt. 129  
4.98 60 nt. 129; 66 nt. 148  
4.99 66 nt. 148  
4.112 60 nt. 129; 98 nt. 254  
4.113 98 nt. 254  
4.131 97 nt. 250  
4.131a 97 nt. 250

### LEX DUODECIM TABULARUM (*Bruns*)

V.9 20 nt. 21; 52; 143 nt.  
401

### PAULI SENTENTIAE

3.6.33 87 nt. 212  
5.9.2 50

### VATICANA FRAGMENTA

333 60 nt. 129  
335 60 nt. 129

336 60 nt. 129

\*\*\*

### CODEX REPETITAE PRAELECTIONIS

2.55.1 116  
2.55.4.6 132  
2.55.4.7 134 s.  
3.33.16.pr. 87 nt. 212  
3.33.12 131 nt. 359  
3.36.6 52 nt. 111  
4.5.10 131 nt. 359  
4.11.1 22 nt. 26; 133 nt. 367;  
136  
4.11.1.pr. 135 nt. 375  
4.16.7 52 nt. 111  
4.28.7 131 nt. 359  
4.29.24 131 nt. 359  
4.30.14.pr. 131  
4.32.9 64 nt. 139  
4.38.15 131 nt. 359  
5.13.1.1 133 nt. 365  
5.13.1.2a 135  
5.51.13 131 nt. 359  
6.2.20 131 nt. 359  
6.23.25 132 nt. 362  
6.24.14.2 90  
6.37.26 15 nt. 6  
6.51.1.9b 27; 139 nt. 389  
6.51.1.9c 27; 139 nt. 389  
7.7.1 131 nt. 359  
8.4.13.pr. 50

8.5.7	50	7.4.2.pr.	85 nt. 204
8.21.2	131 nt. 359	7.4.2.2	85 nt. 204
8.31.1	52 nt. 111	7.4.3.3	87 nt. 212
8.35.1	52 nt. 111	7.8.14.1	85 nt. 204
8.37.10	134 nt. 371	7.9.1.pr.	93 nt. 232
8.37.11	21 nt. 23; 22 nt. 26; 132 nt. 363; 135 nt. 375	7.9.5.pr.	84 nt. 197; 92 s.
8.37.12	135	8.1.20	60 nt. 129; 86 nt. 208
8.37.13	13; 18; 24 nt. 32; 25 ss.; 55; 57 s.; 107; 111; 135; 137 ss.; 143	8.3.36	126
8.37.13.pr.	55	8.5.7	46
8.37.14	134 nt. 371	9.2.22.pr.	121 nt. 330
8.37.14.2	133 nt. 369	10.2.25	58 nt. 126
8.37.15	24 ss.	10.2.25.9	52 nt. 111
8.37.15.pr.	135	10.2.25.9-10	17 nt. 10; 68
40.30.14.pr.	132 nt. 361	10.2.25.12	32; 69
DIGESTA		10.2.25.13	52 nt. 111; 127
2.11.10.pr.-2	60 s.	10.2.44	58 nt. 126, 127
2.11.10.2	48 nt. 98	10.2.44.5	33
3.3.33.3	37 nt. 64	10.2.44.5-6	38 s.; 66
3.3.36	60 nt. 129	10.2.44.6	65 nt. 143; 103 nt. 273
3.3.39	60 nt. 129	11.7.43	85 nt. 204
3.3.39.2	37 nt. 66	12.1.40	37 nt. 64; 62 s.
3.3.40	60 nt. 129	12.4.3	60 nt. 129
3.3.45.2	60 nt. 129	12.6.26.12	26 nt. 36; 110 nt. 297
3.3.65	60 nt. 129	16.2.9.1	60 nt. 129
3.3.75	60 nt. 129	17.1.46	117 nt. 311
4.3.1.4	60 nt. 129	18.4.2.4-5	103
4.3.7.3	60 nt. 129	18.7.6.1	115 nt. 303; 117 nt. 313
4.4.26.pr.	60 nt. 129	19.1.3.2	60 nt. 129; 86 nt. 208
4.8.27.1	40; 124	19.1.11.15	70 nt. 158; 82
4.8.32.3	40	19.1.11.15-16	80 s.
4.8.32.19	39	19.1.11.17-18	81 s.
4.8.34.1	99 nt. 256	19.1.11.18	42, nt. 77; 43; 76 nt. 172; 83 nt. 195
4.8.37	123	19.1.30.1	80 nt. 185; 82 s.
4.8.47.pr.	39	19.2.19.8-10	110 nt. 297
4.8.49.2	41	21.1.22	42; 76 nt. 172; 83 nt. 195
6.1.13	60 nt. 129	21.2.16.pr.	82
6.1.69	60 nt. 129	22.1.9	64 nt. 139
7.1.60.1	60 nt. 129	22.1.13	64 nt. 139
		22.2.9	121 nt. 330; 128
		23.4.9	54 nt. 116
		23.4.23	22 nt. 25; 53; 53 nt.

	114	44.4.4.15-16	60 nt. 129
24.3.57	85 nt. 204; 87 nt. 212; 88 s.	44.7.5.5	64 nt. 145
30.75.3	105 s.	44.7.44.5	117 nt. 311
32.11.23-24	58 nt. 127	44.7.53.1	38
32.37.3	34; 37 nt. 64	45.1.2	58 nt. 126; 66
33.2.5	87 nt. 212	45.1.2.pr.-2	16 s.
33.2.8	87 nt. 212	45.1.2.1-2	17 nt. 10
33.2.24	64 nt. 139	45.1.2.5	32; 42 nt. 77; 54; 66; 68
33.9.1	118 nt. 315	45.1.2.6	28 nt. 39-40; 126
33.9.3.pr.	118 nt. 315	45.1.3	33 nt. 60
33.9.3.1-5	118 nt. 315	45.1.3.pr.	28 nt. 40; 42 nt. 77; 76 nt. 172; 83 nt. 195
33.9.3.9-11	118 nt. 315	45.1.3.pr.-1	69; 127
33.9.4.5	118 nt. 315	45.1.4.pr.	33
33.9.5.pr.	118 nt. 315	45.1.4.1	42 nt. 77; 65; 68 ss.; 103 nt. 273; 127
35.2.1.8	118 nt. 315	45.1.4.2	104
35.2.32.2	48 nt. 98; 95 nt. 243	45.1.5	70
35.2.15.1	60 nt. 129	45.1.5.3a	128
35.2.80.1	58 nt. 127	45.1.6	70
35.3.1.pr.	60 nt. 129	45.1.8	120 nt. 327
36.1.46.1	64 nt. 139	45.1.38	109
36.1.60.2	64 nt. 139	45.1.38.pr.	70 nt. 158; 91
36.1.68.1	60 nt. 129	45.1.38.pr.-2	72; 74; 77 nt. 176; 96 nt. 246
36.2.19.pr.-1	118 nt. 315	45.1.38.2	70 nt. 158; 82
36.2.24.pr.-1	118 nt. 315	45.1.38.4	77
36.3.1.pr.	60 nt. 129; 94 nt. 233	45.1.38.5	28 nt. 40; 78
36.3.1.3	48 nt. 98	45.1.38.10-11	29
36.3.1.6	48 nt. 98	45.1.38.10-12	85
36.3.3.10	84 nt. 197	45.1.38.12	30; 138 nt. 386
36.3.10	93 nt. 228	45.1.38.13	93 nt. 227; 97
39.1-2	37 nt. 64	45.1.38.13-15	91; 93; 95
39.1.8.6-7	45	45.1.38.14	33; 37 nt. 66
39.1.15	60 nt. 129	45.1.38.14-15	97
39.1.21.2	94 nt. 233	45.1.38.15	37 nt. 66
39.2.24.1	37 nt. 64	45.1.38.21	57 nt. 124
39.2.24.1a	45; 46 nt. 86; 47 nt. 89	45.1.45.2	21 nt. 23; 52; 54
39.2.24.2	45 nt. 85	45.1.46.1	25
39.2.24.6	45 nt. 85	45.1.49.2	31 s.; 42 nt. 77
41.2.52.pr.	85 nt. 204	45.1.50	60 nt. 129
43.1.3.pr.	28 nt. 39	45.1.50.pr.	70 nt. 158; 71; 73
43.8.2.18	43; 48	45.1.50.1	74; 103 nt. 274
43.8.2.37-38	48 nt. 96		
43.20.7	60 nt. 129		



53	50; 51 nt. 105	emptio pueri	37 nt. 64; 83 nt.
72	51 nt. 105	(FIRA, I.130)	195; 129 nt. 353
AULUS GELLIUS			
<i>Noctes Atticae</i>			
4.1.17	118 nt. 315	formula Baetica	63 nt. 138
		(FIRA, I.135)	
		mutui dationes	37 nt. 64; 63
		(FIRA, I.153.2)	
		TABULAE HERCULANENSES	
		<i>(ed. G. Camodeca, V. Arangio-Ruiz, G. Pugliese Carratelli)</i>	
		59	83 nt. 195
		61	83 nt. 195
		76	41; 124
		82	42
		TABULAE POMPEIANAE Sulpiciorum	
		<i>(ed. G. Camodeca)</i>	
		22	41
donatio Flavii Syn-	36 s.; 125 s.		
trophii (FIRA, I.139)			
donatio Statiae Ire-	34 ss.		
nes (FIRA, I.137)			
emptio ancillae	37 nt. 64; 83 nt.		
(FIRA, I.132)	195; 129 nt. 355		
emptio domus	37 nt. 64; 83 nt.		
(FIRA, I.133)	195; 130 nt. 356		
emptio puellae	37 nt. 64; 83 nt.		
(FIRA, I.131)	195; 129 nt. 354		



## *Indice degli Autori ( \*)*

- ACKNER, M.J.: 129 nt. 353\*.  
ALBERTARIO, E.: 21 nt. 23\*.  
ALEMÁN, A.: 110 nt. 299\*.  
ALZON, C.: 110 nt. 299\*.  
AMAYA, CALERO M.: 80 nt. 183\*.  
AMELOTTI, M.: 134 nt. 371\*.  
AMIRANTE, L.: 110 nt. 299\*.  
ANGUISSOLA, P.B.: 18 nt. 16\*.  
APPLETON, C.: 21 nt. 23\*.  
ARANGIO-RUIZ, V.: 34 nt. 62\*; 36 nt. 63\*; 37 nt. 64; 63 nt. 137; 70 nt. 158\*; 75 nt. 166\*; 77 nt. 174; 81 nt. 187; 116 nt. 308\*.  
ARCHI, G.G.: 23 nt. 28\*; 119 nt. 319\*; 121 nt. 331\*; 132 nt. 362\*; 133 nt. 370\*; 134 nt. 371\*; 135 nt. 375; 141 nt. 400.  
ASTOLFI, R.: 34 nt. 61\*; 61 nt. 131\*; 73 nt. 163\*; 118 nt. 315\*.  
  
BABUSIAUX, U.: 16 nt. 9\*.  
BACKHAUS, R.: 132 nt. 362\*; 138 nt. 386.  
BADER, K.S.: 36 nt. 63\*.  
BALTARIU, I.: 129 nt. 352\*.  
BARTOCCI, U.: 133 nt. 366\*.  
  
BASSANELLI SOMMARIVA, G.: 18 nt. 16\*; 20 nt. 22; 27 nt. 38; 112 nt. 300.  
BAVIERA, J.: 50 nt. 101\*.  
BEHREND, O.: 42 nt. 75\*; 57 nt. 123\*.  
BERGER, A.: 17 nt. 11\*.  
BERTOLINI, C.: 62 nt. 134\*; 116 nt. 308\*; 121 nt. 329.  
BESELER, G. VON: 11 nt. 2\*; 47 nt. 88; 50 nt. 104; 70 nt. 156; 76 nt. 169\*; 81 nt. 186; 99 nt. 257; 104 nt. 277; 106 nt. 287; 121 nt. 331\*; 126 nt. 345\*; 126 nt. 347.  
BETTI, E.: 19 nt. 19\*; 28 nt. 41; 30 nt. 50; 51 nt. 106; 73 nt. 164\*; 106 nt. 287; 115 nt. 305\*; 116 nt. 306\*; 117 nt. 312-313; 118 nt. 314; 121 nt. 331\*.  
BIONDI, B.: 11 nt. 1\*; 11 nt. 2; 12 nt. 5; 15 nt. 7; 26 nt. 36; 32 nt. 57; 47 nt. 88\*; 51 nt. 106; 57 nt. 123; 102 nt. 269; 105 nt. 281; 107 nt. 289; 109 nt. 294; 110 nt. 299\*; 139 nt. 388\*.  
BIRKS, P.: 20 nt. 22\*; 132 nt. 363.  
BISCARDI, A.: 115 nt. 305\*; 116 nt. 306 e 308; 121 nt. 329-330; 134 nt. 371\*.

\*) L'asterisco indica il luogo in cui un'opera viene citata per la prima volta e quindi in maniera completa.

- BONFANTE, P.: 11 nt. 2\*; 17 nt. 10\*;  
21 nt. 23\*; 40 nt. 72\*; 45 nt. 84\*;  
45 nt. 85; 50 nt. 103\*; 57 nt. 123.
- BONINI, R.: 18 nt. 16\*.
- BRANDILEONE, F.: 134 nt. 371\*.
- BRASIELLO, U.: 110 nt. 299\*; 134 nt.  
371\*.
- BRAUNE, S.R.: 36 nt. 63\*.
- BRETONE, M.: 118 nt. 315\*.
- BRISSONIUS, B.: 95 nt. 243\*.
- BRUMMER, F.: 34 nt. 62\*.
- BRUNNER, H.: 34 nt. 62\*.
- BRUNS, K.G.: 34 nt. 62\*; 36 nt. 63; 37  
nt. 64; 63 nt. 137-138; 129 nt. 353-  
355; 130 nt. 356.
- BRUTTI, M.: 23 nt. 28\*.
- BUCHKA, H.: 139 nt. 387\*.
- BUNSEN, C.: 34 nt. 62\*.
- BURDESE, A.: 16 nt. 9\*.
- BUSACCA, C.: 133 nt. 366\*.
- CAGNAT, R.: 34 nt. 62\*.
- CALDELLI, M.L.: 34 nt. 62\*; 36 nt. 63.
- CAMODECA, G.: 41 nt. 74\*; 83 nt. 195\*.
- CANNATA, C.A.: 11 nt. 4\*; 17 nt. 11\*;  
29 nt. 43; 42 nt. 76 e 78; 56 nt. 122;  
57 nt. 123\*; 83 nt. 198 e 200; 85  
nt. 203-205; 86 nt. 206-207; 87 nt.  
214; 110 nt. 298.
- CAPOGROSSI COLOGNESI, L.: 34 nt. 62\*.
- CARCOPINO, J.: 34 nt. 62\*.
- CARUSO, C.: 34 nt. 62\*; 36 nt. 63.
- CASINOS MORA, F.J.: 18 nt. 13\*; 18  
nt. 16.
- CERAMI, P.: 62 nt. 134\*.
- CHIAZZESE, L.: 47 nt. 88\*.
- CHIRASSI COLOMBO, I.: 36 nt. 63\*.
- CICALA, F.B.: 23 nt. 28\*.
- CLERICI, O.: 118 nt. 315\*.
- COCH ROURA, N.: 132 nt. 361\*; 132  
nt. 362.
- COING, H.: 34 nt. 62\*; 36 nt. 63; 76  
nt. 169\*; 81 nt. 186\*; 94 nt. 233;  
102 nt. 270.
- CONDANARI-MICHLER, S.: 92 nt. 228\*.
- COSENTINI, C.: 110 nt. 299\*.
- COUDERT, J.: 34 nt. 62\*; 36 nt. 63; 38  
nt. 67; 70 nt. 158; 73 nt. 163-165;  
76 nt. 171; 77 nt. 174 e 176; 80 nt.  
183; 82 nt. 188 e 191-192; 92 nt.  
228-230; 94 nt. 233-234 e 237; 95  
nt. 239; 96 nt. 244-245; 97 nt.  
247-248; 98 nt. 251.
- COURTOIS, C.: 83 nt. 195\*.
- COVIELLO, L.: 20 nt. 22\*.
- CREA, S.: 34 nt. 62\*; 36 nt. 63.
- CRISTALDI, S.A.: 34 nt. 62\*; 80 nt.  
183\*; 80 nt. 185.
- DALLA, D.: 133 nt. 366\*.
- DALLA MASSARA, T.: 20 nt. 22\*; 22  
nt. 24; 73 nt. 162 e 164-165; 77 nt.  
174; 81 nt. 187.
- D'AMATI, L.: 17 nt. 11\*; 23 nt. 28.
- DAZA MARTINEZ, J.: 39 nt. 69\*; 39 nt.  
70\*.
- DE FILIPPI, M.: 67 nt. 149\*; 133 nt. 366.
- DEFLERS, J.: 33 nt. 59\*.
- DE FRANCESCO, A.: 16 nt. 8\*; 29 nt.  
43; 32 nt. 55; 52 nt. 110; 100 nt.  
261 e 265-266; 101 nt. 267; 107  
nt. 290 e 292-293.
- DE FRANCISCI, P.: 135 nt. 375\*.
- DE LAS CASAS LÉON, E.: 20 nt. 22\*;  
23 nt. 28.
- DEL CASTILLO, A.: 34 nt. 62\*.
- DELL'ORO, A.: 118 nt. 315\*.
- DE MARTINO, F.: 11 nt. 2\*.
- DE MEDIO, A.: 80 nt. 183\*; 81 nt. 186.
- DE ROBERTIS, F.M.: 57 nt. 123\*; 110  
nt. 299.
- DE ROZIÈRE, E.: 19 nt. 19\*.
- DE RUGGIERO, R.: 20 nt. 22\*; 21 nt.  
23; 25 nt. 33; 83 nt. 195\*.
- DE SARLO, L.: 39 nt. 69\*.
- DESSERTAUX, F.: 94 nt. 236\*.



- DE VISSCHER, F.: 75 nt. 166\*.  
DI LEO, L.: 20 nt. 22\*; 23 nt. 28; 132 nt. 362.  
DILLON, J.N.: 133 nt. 366\*.  
DI PASQUALE, G.: 36 nt. 63\*.  
DIÓSDI, F.: 34 nt. 62\*; 131 nt. 360; 132 nt. 361; 132 nt. 364; 133 nt. 365 e 368-370; 134 nt. 371; 134 nt. 372\*; 134 nt. 373; 135 nt. 374-375.  
DI PAOLA, S.: 23 nt. 28\*.  
DONATUTI, G.: 119 nt. 316\*; 121 nt. 329-330.  
DUQUESNE, J.: 95 nt. 243\*; 97 nt. 248.
- EISELE, F.: 57 nt. 123\*.  
EMUNDS, C. : 57 nt. 123\*.  
ESMEIN, A.: 30 nt. 50\*.  
EVANGELISTI, S.: 34 nt. 62\*; 36 nt. 63.  
EVANS GRUBBS, J.: 34 nt. 62\*.  
EVANS-JONES, R.: 132 nt. 362\*.
- FADDA, C.: 40 nt. 72\*; 57 nt. 123.  
FALCHI, G.L.: 18 nt. 16\*; 131 nt. 358\*; 132 nt. 363; 137 nt. 377.  
FALCONE, G.: 20 nt. 22\*.  
FAYER, C.: 61 nt. 131\*; 61 nt. 133.  
FERRETTI, P.: 62 nt. 134\*.  
FERRI, G.: 132 nt. 364\*.  
FERRINI, C.: 121 nt. 329\*.  
FINAZZI, G.: 20 nt. 22\*.  
FINKENAUER, TH.: 11 nt. 1\*; 11 nt. 4; 15 nt. 7; 16 nt. 9; 17 nt. 10; 19 nt. 21; 21 nt. 23; 22 nt. 24; 22 nt. 25-26; 24 nt. 32; 25 nt. 33 e 35; 26 nt. 37; 29 nt. 43\*; 30 nt. 47 e 49; 31 nt. 52; 33 nt. 59; 34 nt. 62; 37 nt. 65; 39 nt. 69-70; 40 nt. 71-72; 41 nt. 73-74; 42 nt. 75-76 e 78; 44 nt. 80-82; 45 nt. 84-85; 46 nt. 86-87; 47 nt. 88-92; 47 nt. 94-95; 48 nt. 97-98; 49 nt. 99-100; 50 nt. 101-102 e 104; 51 nt. 107; 52 nt. 108 e 110-111; 53 nt. 113-114; 54 nt. 115-116; 56 nt. 122; 57 nt. 124; 63 nt. 136-137; 65 nt. 143 e 145; 67 nt. 149 e 151-152; 69 nt. 154; 70 nt. 158; 76 nt. 170 e 172; 77 nt. 175; 80 nt. 182-183; 83 nt. 195; 84 nt. 196-201; 85 nt. 202-205; 86 nt. 206-208; 87 nt. 213-215; 90 nt. 220-221; 91 nt. 223; 94 nt. 234; 95 nt. 240-243; 96 nt. 246; 98 nt. 252-253; 99 nt. 256; 101 nt. 268; 102 nt. 269-272; 103 nt. 273 e 275-276; 104 nt. 277-278; 105 nt. 280 e 283; 106 nt. 284 e 288; 107 nt. 291; 110 nt. 297-298; 112 nt. 301; 122 nt. 335; 123 nt. 336; 124 nt. 339-340; 125 nt. 343-344; 128 nt. 351; 131 nt. 358-359; 133 nt. 370; 134 nt. 371; 135 nt. 375; 137 nt. 377; 138 nt. 384 e 386; 139 nt. 387-388 e 391; 140 nt. 396; 141 nt. 399-400.  
FINO, M.A.: 123 nt. 336\*.  
FLUME, W.: 53 nt. 114\*; 92 nt. 228; 121 nt. 331.  
FRASS, M.: 36 nt. 63\*.  
FREZZA, P.: 32 nt. 55\*; 57 nt. 123\*; 87 nt. 211\*; 106 nt. 287; 118 nt. 314; 119 nt. 317; 138 nt. 386.  
FRIER, B. W.: 62 nt. 134\*.  
FRITZ, K.-H.: 135 nt. 375\*.
- GERKENS, J.F.: 62 nt. 134\*.  
GERHARD, E.: 34 nt. 62\*.  
GIOFFREDI, C.: 121 nt. 331\*.  
GIOVANNINI, A.: 36 nt. 63\*.  
GIRARD, P.F.: 34 nt. 62\*; 36 nt. 63; 70 nt. 158\*; 81 nt. 187\*; 82 nt. 188; 116 nt. 308\*; 121 nt. 329-330; 129 nt. 352; 129 nt. 354.  
GRAEVIVUS, J.G.: 34 nt. 62\*.  
GREGORI, G.L.: 34 nt. 62\*; 36 nt. 63.  
GROSSO, G.: 11 nt. 1\*; 95 nt. 240\*.  
GRUTER, J.: 34 nt. 62\*.

- GUARINO, A.: 25 nt. 33\*; 45 nt. 84\*;  
65 nt. 142\*; 134 nt. 371\*.
- GUARNERI CITATI, A.: 17 nt. 10\*; 33  
nt. 58-59; 65 nt. 146; 68 nt. 153;  
70 nt. 156; 80 nt. 183\*; 99 nt. 258;  
104 nt. 277; 126 nt. 345 e 347.
- HALLEBEEK, J.: 132 nt. 361\*.
- HANGA, V.: 129 nt. 352\*.
- HARDER, M.: 20 nt. 22\*; 22 nt. 24.
- HARKE, J.D.: 17 nt. 10\*.
- HAYMANN, F.: 31 nt. 52\*.
- HELLMANN, F.: 23 nt. 28\*.
- HELLTULA, A.: 34 nt. 62\*.
- HENZEN, G.: 36 nt. 63\*.
- HEUSLER, A.: 19 nt. 19\*.
- HIRT, M.: 36 nt. 63\*.
- HONORÉ, A.M.: 133 nt. 366\*.
- HONORÉ, T.: 131 nt. 358\*; 133 nt. 370.
- HONSELL, H.: 73 nt. 165\*.
- HUGO, G.: 36 nt. 63\*.
- HUMBERT, M.: 117 nt. 313\*.
- HUSCHKE, PH.E.: 36 nt. 63\*.
- IMPALLOMENI, G.: 80 nt. 183\*.
- JOHN, U.: 118 nt. 315\*.
- JOHNSTON, D.: 36 nt. 63\*.
- JÖRS, P.: 131 nt. 358\*.
- KADEN, H.-E.: 135 nt. 375\*.
- KARLOWA, O.: 34 nt. 62\*; 36 nt. 63.
- KASER, M.: 17 nt. 11\*; 22 nt. 25\*; 49  
nt. 100; 71 nt. 159; 73 nt. 164; 76  
nt. 169\*; 77 nt. 174\*; 80 nt. 183;  
81 nt. 186; 83 nt. 193; 90 nt. 222;  
92 nt. 227; 95 nt. 238; 95 nt. 241;  
96 nt. 246; 100 nt. 265; 102 nt.  
270; 104 nt. 277; 110 nt. 299\*;  
117 nt. 311; 133 nt. 370\*; 134 nt.  
371\*; 134 nt. 372; 137 nt. 379\*.
- KAUFMANN, H.: 110 nt. 299\*.
- KNÜTEL, R.: 39 nt. 69\*; 39 nt. 70; 42  
nt. 76\*; 63 nt. 136\*; 99 nt. 256;  
100 nt. 265; 102 nt. 269; 115 nt.  
305; 116 nt. 306 e 308; 117 nt.  
313; 118 nt. 314; 120 nt. 321; 121  
nt. 329-330; 124 nt. 339-340; 125  
nt. 342 e 344.
- KOROŠEC, V.: 11 nt. 2\*; 18 nt. 12-13;  
19 nt. 17; 19 nt. 19; 22 nt. 26; 38  
nt. 68; 45 nt. 83-84; 51 nt. 106.
- KUNST, C.: 36 nt. 63\*.
- LAMBERT, J.: 110 nt. 299\*.
- LAMBERTINI, R.: 131 nt. 358\*; 132 nt.  
362\*; 133 nt. 366\*.
- LANCELLOTTI, M.G.: 36 nt. 63\*.
- LA ROSA, F.: 49 nt. 100\*; 95 nt. 243.
- LENEL, O.: 31 nt. 52\*; 44 nt. 81\*; 44  
nt. 82; 45 nt. 84-85; 49 nt. 99-100;  
65 nt. 146; 67 nt. 149; 69 nt. 155\*;  
93 nt. 232; 94 nt. 233; 95 nt. 243.
- LEPORE, P.: 133 nt. 366\*.
- LESCHI, L.: 83 nt. 195\*.
- LEVY, E.: 133 nt. 370\*; 134 nt. 371.
- LÉVY, J.P.: 76 nt. 169\*; 80 nt. 183.
- LÉVY-BRUHL, H.: 15 nt. 7\*.
- LIEBS, D.: 100 nt. 265\*; 139 nt. 388\*.
- LINARES PINEDA, J.L.: 39 nt. 69\*.
- LONGO, C.: 40 nt. 71\*; 43 nt. 79; 45  
nt. 85; 50 nt. 104; 80 nt. 183\*.
- LOVATO, A.: 15 nt. 6\*; 23 nt. 27; 85  
nt. 202; 140 nt. 394.
- LUGLI, G.: 36 nt. 63\*.
- LUZZATTO, G.I.: 44 nt. 82\*.
- MACCORMACK, G.: 45 nt. 85\*; 132 nt.  
362\*.
- MACQUERON, J.: 110 nt. 299\*.
- MAFFEI, S.: 34 nt. 62\*.
- MAGIONCALDA, A.: 34 nt. 62\*.
- MANCINETTI, G.: 110 nt. 299\*.
- MANTOVANI, D.: 44 nt. 81\*; 45 nt. 85;  
67 nt. 149; 93 nt. 232; 95 nt. 243.

- MARCHI, A.: 117 nt. 311\*; 118 nt. 315\*.  
MARTINI, R.: 45 nt. 84\*; 110 nt. 299\*.  
MASCHI, C.A.: 18 nt. 16\*.  
MASI, A.: 11 nt. 2\*; 22 nt. 25; 23 nt. 28\*; 53 nt. 114; 121 nt. 331; 122 nt. 332; 132 nt. 362\*.  
MASIELLO, T.: 98 nt. 252\*; 98 nt. 253-254; 99 nt. 255; p 100 nt. 260-261 e 263-266; 101 nt. 267; 107 nt. 290 e 292.  
MASSA, E.: 20 nt. 22\*.  
MATTHIAS, B.: 40 nt. 72\*; 124 nt. 339.  
MAZZARELLA, F.: 18 nt. 16\*.  
MAYNZ, C.: 124 nt. 338\*.  
MCGINN, TH.A.J.: 62 nt. 134\*.  
MEDICUS, D.: 80 nt. 183\*.  
MEKACHER, N. : 34 nt. 62\*.  
METRO, A.: 57 nt. 123\*.  
MEYER, E.A.: 34 nt. 62\*.  
MEYLAN, PH.: 73 nt. 165\*; 75 nt. 166\*.  
MIGLIETTA, M.: 24 nt. 30\*.  
MITTEIS, L.: 21 nt. 23\*; 34 nt. 62.  
MOMMSEN, TH.: 36 nt. 63\*.  
MONIER, R.: 70 nt. 158\*; 75 nt. 166.  
MOYLE, J.B.: 132 nt. 362\*.  
MÜLLER, F.: 129 nt. 353\*.
- NAVARRA, M.: 118 nt. 314\*.  
NOLLÉ, J.: 34 nt. 62\*.  
NONNIS, D.: 34 nt. 62\*; 36 nt. 63.
- OCHSENBEIN, D.: 22 nt. 25\*; 53 nt. 114; 122 nt. 332.  
ORELLI, H.J.K. VON: 34 nt. 62\*; 36 nt. 63\*.  
ORLANDI, S.: 34 nt. 62\*; 36 nt. 63.  
ORMANNI, A.: 118 nt. 314\*; 118 nt. 315\*.  
ORTOLAN, J.L.E.: 20 nt. 22\*.
- PACCHIONI, G.: 21 nt. 23\*; 139 nt. 387.  
PALMER, R.E.A.: 34 nt. 62\*.  
PAPI, C.: 34 nt. 62\*; 36 nt. 63.
- PASCAL, C.: 36 nt. 63\*.  
PASCAL, C.B.: 36 nt. 63\*.  
PASTORI, F.: 18 nt. 13\*; 18 nt. 15-16; 19 nt. 20; 20 nt. 22; 22 nt. 26; 23 nt. 29; 30 nt. 50; 44 nt. 80; 51 nt. 105; 76 nt. 173.  
PERETZ, I.: 129 nt. 352\*.  
PERGAMI, F.: 133 nt. 366\*.  
PEROZZI, S.: 50 nt. 103\*; 75 nt. 166\*; 88 nt. 216; 117 nt. 313; 120 nt. 320; 121 nt. 329.  
PERRAT, C.: 83 nt. 195\*.  
PESCANI, P.: 26 nt. 36\*.  
PILLONI, S.: 20 nt. 22\*.  
PLATNER, E.: 34 nt. 62\*.  
PÓLAY, E.: 36 nt. 63\*; 129 nt. 352\*.  
POPA-LISSEANU, G.: 129 nt. 352\*.  
PRINGSHEIM, F.: 25 nt. 33\*; 131 nt. 358\*; 133 nt. 370\*.  
PROVERA, G.: 15 nt. 7\*; 16 nt. 9; 29 nt. 44; 30 nt. 45; 87 nt. 211; 88 nt. 216; 90 nt. 219.  
PULIATTI, S.: 15 nt. 6\*; 23 nt. 27; 85 nt. 202; 140 nt. 394.
- QUADRATO, R.: 23 nt. 28\*.
- RABEL, E.: 70 nt. 158\*; 80 nt. 183\*; 81 nt. 186-187.  
RABIE, H.A.: 21 nt. 23\*; 53 nt. 114; 135 nt. 375.  
RAMPAZZO, N.: 41 nt. 73\*.  
RANDAZZO, S.: 98 nt. 252\*.  
REIN, W.: 34 nt. 62\*.  
REMESAL RODRÍGUEZ, J.: 36 nt. 63\*.  
RESINA SOLA, P.: 11 nt. 1\*; 11 nt. 3; 15 nt. 7; 16 nt. 8; 18 nt. 16; 28 nt. 40; 32 nt. 54; 39 nt. 69-70; 40 nt. 72; 41 nt. 73; 42 nt. 77; 51 nt. 107; 54 nt. 117; 71 nt. 159; 72 nt. 160; 82 nt. 190; 85 nt. 202; 91 nt. 224; 92 nt. 231; 102 nt. 269; 106 nt. 286; 116 nt. 309; 120 nt. 324; 122

- nt. 333; 124 nt. 337; 124 nt. 338;  
125 nt. 343.
- RICCI, C.: 34 nt. 62\*; 36 nt. 63.
- RICCOBONO, S.: 21 nt. 23\*; 32 nt.  
55\*; 36 nt. 63\*; 39 nt. 69\*; 40 nt.  
71; 53 nt. 114; 81 nt. 186\*; 121 nt.  
331\*; 125 nt. 344; 132 nt. 364\*;  
133 nt. 365.
- RICHARDSON, D.: 34 nt. 62\*.
- RÖMER, M.: 26 nt. 37\*; 135 nt. 375;  
138 nt. 386.
- RÖSTELL, W.: 34 nt. 62\*.
- ROTONDI, G.: 38 nt. 68\*; 40 nt. 71-72;  
92 nt. 228; 102 nt. 270.
- RUDORFF, A.A.F.: 44 nt. 81\*; 44 nt. 82;  
95 nt. 243.
- RÜPKE, J.: 34 nt. 62\*.
- RUSSO RUGGERI, C.: 131 nt. 358\*.
- RUSSU, I.I.: 129 nt. 352\*.
- SACCONI, G.: 57 nt. 123\*; 62 nt.  
134\*; 118 nt. 314.
- SAMBRIAN, T.: 129 nt. 352\*; 130 nt. 356.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, A.: 36 nt.  
63\*.
- SANDARS, TH.C.: 132 nt. 362\*.
- SANFILIPPO, C.: 23 nt. 28\*; 53 nt.  
114\*; 92 nt. 228; 135 nt. 375.
- SANGUINETTI, A.: 70 nt. 158\*; 73 nt.  
165; 77 nt. 174.
- SARGENTI, M.: 73 nt. 163\*; 80 nt. 183;  
81 nt. 186.
- SAUMAGNE, C.: 83 nt. 195\*.
- SAVIGNY, F.C. VON: 110 nt. 299\*; 115  
nt. 305\*; 116 nt. 308; 117 nt. 313.
- SCAPINI, N.: 117 nt. 311\*.
- SCARCELLA, A.S.: 61 nt. 131\*.
- SCHEID, J.: 34 nt. 62\*.
- SHELTEMA, H.J.: 138 nt. 385\*.
- SCHERILLO, G.: 11 nt. 1\*; 11 nt. 2; 18  
nt. 12 e 14; 25 nt. 34; 28 nt. 39; 29  
nt. 42 e nt. 44; 30 nt. 50; 37 nt. 64  
e 66; 43 nt. 79; 44 nt. 80; 45 nt.  
84-85; 48 nt. 98; 49 nt. 100; 50 nt.  
101 e 103-104; 51 nt. 105-106; 52  
nt. 110; 56 nt. 120; 57 nt. 123; 58  
nt. 125-128; 60 nt. 129-130; 61 nt.  
132; 63 nt. 138; 64 nt. 139-140;  
65 nt. 144; 66 nt. 147; 67 nt. 150;  
68 nt. 153; 70 nt. 156-157; 73 nt.  
165; 75 nt. 167\*; 75 nt. 168; 78 nt.  
177-179; 79 nt. 180-181; 80 nt.  
184; 82 nt. 189; 87 nt. 210; 88 nt.  
217; 89 nt. 218; 90 nt. 222; 91 nt.  
225; 92 nt. 227-228; 97 nt. 250;  
99 nt. 259; 100 nt. 262; 102 nt.  
270; 103 nt. 274; 104 nt. 277; 105  
nt. 282; 106 nt. 284 e 287; 123 nt.  
336; 126 nt. 345; 127 nt. 348; 128  
nt. 350; 129 nt. 352; 130 nt. 357;  
138 nt. 386.
- SCHEURL, C.G.A. VON: 26 nt. 37\*; 135  
nt. 375; 139 nt. 387-388.
- SCHIAPARELLI, L.: 34 nt. 62\*.
- SCHINDLER, K.H.: 18 nt. 16\*; 133 nt.  
370; 137 nt. 378.
- SCHMIDT, A.: 44 nt. 82\*.
- SCHMIDT, K.: 139 nt. 387\*.
- SCHULTZ, F.: 76 nt. 169\*; 133 nt. 370\*.
- SCHWYZER, E.: 36 nt. 63\*.
- SCOGNAMIGLIO, M.: 115 nt. 304\*; 115  
nt. 305; 116 nt. 306-308; 117 nt.  
313\*; 118 nt. 314-315; 120 nt.  
325 e 328; 121 nt. 329-330.
- SEELIGER, K.: 34 nt. 62\*.
- SEUFFERT, L. VON: 141 nt. 400\*.
- SIBER, H.: 121 nt. 329\*; 121 nt. 330.
- SICARI, A.: 39 nt. 69\*; 115 nt. 303\*;  
115 nt. 305; 116 nt. 306 e 308;  
117 nt. 311-313; 118 nt. 314; 120  
nt. 323; 121 nt. 330.
- SIMON, D.: 133 nt. 369\*; 134 nt. 371\*.
- SINTENIS, C.F.F.: 47 nt. 95\*.
- SIXTO, M.: 34 nt. 61\*.
- SOLAZZI, S.: 17 nt. 11\*; 20 nt. 22\*; 47  
nt. 88; 135 nt. 375.

- SOLIDORO MARUOTTI, L.: 15 nt. 6\*; 23 nt. 27; 85 nt. 202; 115 nt. 305\*; 140 nt. 394.
- SPANGENBERG, E.: 34 nt. 62\*.
- STAGL, J.F.: 21 nt. 23\*; 53 nt. 114.
- STEIN, P.: 124 nt. 339\*.
- STEINER, A.: 17 nt. 10\*; 133 nt. 369.
- STEINBY, E.M.: 34 nt. 62\*.
- STOLFI, E.: 17 nt. 11\*.
- STÖLZEL, A.: 44 nt. 82\*.
- STURM, F.: 34 nt. 62\*.
- TALAMANCA, M.: 20 nt. 22\*; 23 nt. 28\*; 39 nt. 69\*; 39 nt. 70; 40 nt. 71-72; 41 nt. 73; 42 nt. 75; 70 nt. 158\*; 73 nt. 165; 77 nt. 174; 115 nt. 304\*; 117 nt. 313; 118 nt. 314\*; 119 nt. 317-319; 120 nt. 328; 121 nt. 329-330; 124 nt. 339; 125 nt. 342-344.
- TERRASSON, A.: 34 nt. 62\*.
- THÉLOAN, J.: 110 nt. 299\*.
- THOMAS, Y.: 110 nt. 299\*.
- TJÄDER, J.O.: 34 nt. 62\*.
- TOMULESCU, C.S.: 110 nt. 299\*; 129 nt. 352\*.
- TONDO, S.: 23 nt. 28\*; 121 nt. 331\*.
- TUDOR, D.: 129 nt. 353\*; 129 nt. 354-355.
- VALIÑO, E.: 21 nt. 23\*.
- VAN WARMELO, P.: 22 nt. 25\*.
- VASSALLI, F.E.: 11 nt. 2\*; 21 nt. 23\*; 29 nt. 44\*; 57 nt. 123; 65 nt. 146\*; 102 nt. 270; 105 nt. 282; 120 nt. 320; 121 nt. 331; 123 nt. 336; 128 nt. 351; 135 nt. 375.
- VÁŽNÝ, J.: 21 nt. 23\*.
- VERRANDO, G.N.: 34 nt. 62\*.
- VEYNE, P.: 36 nt. 63\*.
- VIGNERON, R.: 62 nt. 134\*.
- VISKY, K.: 115 nt. 305\*; 116 nt. 308; 118 nt. 314; 124 nt. 338.
- VOCI, P.: 11 nt. 1\*; 11 nt. 2; 17 nt. 11; 20 nt. 22; 21 nt. 23; 22 nt. 24; 22 nt. 25; 39 nt. 69\*; 53 nt. 114; 57 nt. 123; 61 nt. 131\*; 81 nt. 187; 95 nt. 241; 115 nt. 305; 116 nt. 306; 118 nt. 314\*; 120 nt. 322; 121 nt. 329-330; 135 nt. 375.
- VOIGT, M.: 34 nt. 62\*; 36 nt. 63\*.
- VOLTERRA, E.: 61 nt. 133\*.
- WACKE, A.: 102 nt. 270\*.
- WALDSTEIN, W.: 110 nt. 299\*.
- WATSON, A.: 118 nt. 315\*.
- WENGER, L.: 34 nt. 62\*; 36 nt. 63; 131 nt. 358; 133 nt. 370.
- WESENBERG, G.: 21 nt. 23\*; 135 nt. 375.
- WEBEL, H.: 83 nt. 195\*.
- WINKLER, A.: 134 nt. 371\*.
- WOESS, F. VON: 95 nt. 241\*.
- WOLF, J.G.: 36 nt. 63\*; 121 nt. 329\*; 121 nt. 330.
- ZIEGLER, K.H.: 39 nt. 69\*; 40 nt. 71-72; 41 nt. 73; 42 nt. 75; 132 nt. 364.
- ZIMMERMANN, R.: 116 nt. 306\*.
- ZOZ, M.G.: 34 nt. 61\*.
- ZUCCOTTI, F.: 32 nt. 55\*; 123 nt. 336\*.

## Collana della Rivista di Diritto Romano

<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano>

DIRETTORE  
Ferdinando Zuccotti

- Pierfrancesco Arces, *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*. 2013
- Atti del Convegno «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico» in memoria di Arnaldo Biscardi* (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001). 2011
- Basilicorum Libri LX, Tomus I (lib. I-XII continens)*. Edidit C.G.E. Heimbach, Lipsiae 1833.  
Ristampa digitale a cura di Michele Antonio Fino. Prefazione di Fausto Gorla. 2002
- Basilicorum Libri LX, Tomus II (lib. XIII-XXIII continens)*. Edidit C.G.E. Heimbach, Lipsiae 1840.  
Ristampa digitale a cura di M.A. Fino. 2003
- Basilicorum Libri LX, Supplementa Editionis Basilicorum Heimbachianae*. Ediderunt C.E. Zachariae a Lingenthal, Lipsiae 1846, e E.C. Ferrini et J. Mercati, Lipsiae-Mediolani 1897.  
Ristampa digitale a cura di M. Miglietta. 2008
- Mariateresa Carbone, *L'emersione dell'«emptio» consensuale e le «leges venditionis» di Catone*. 2017
- Valentina Casella, *La trasmissibilità ereditaria della stipulatio*, 2018
- Paola Ombretta Cuneo, *Anonymi Graeci Oratio Funebris in Constantinum II*. 2012
- Paola Ombretta Cuneo, *Sequestro di persona, riduzione in schiavitù e traffico di esseri umani. Studi sul «crimen plagii» dall'età diocleziana al V secolo d.C.* 2018
- Lucia Di Cintio, *L'«Interpretatio Visigothorum» al «Codex Theodosianus». Il libro IX*. 2013
- Lucia Di Cintio, *Nuove ricerche sulla «Interpretatio Visigothorum» al «Codex Theodosianus». Libri I-II*. 2016
- Filippo Gallo, *L'interpretazione del diritto è «affabulazione»? 2005*
- Lauretta Maganzani, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*. 2006
- Gianluca Mainino, *Studi sul caput XXI della Lex Rubria de Gallia Cisalpina*. 2012
- Annamaria Manzo, *«Magnum munus de iure respondendi substinebat». Studi su Publio Rutilio Rufo*. 2016
- Raffaella Siracusa, *La nozione di «universitas» in diritto romano*. 2016
- Ferdinando Zuccotti, *Sacramentum Civitatis. Diritto costituzionale e ius sacrum nell'arcaico ordinamento giuridico romano*. 2016
- Ferdinando Zuccotti, *Della transazione, purtroppo*. 2018

Il catalogo aggiornato di LED - Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto è consultabile all'indirizzo web <http://www.lededizioni.com>, dove si possono trovare informazioni dettagliate sui volumi: di tutti si può consultare il sommario, di alcuni si danno un certo numero di pagine in lettura, di altri è disponibile il testo integrale. Tutti i volumi possono essere acquistati on line.