

MARIO VARVARO

Condictio e causa actionis

Estratto
dagli ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

(AUPA)

Volume LVII
(2014)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORE
Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE
Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Anselmo Aricò	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzaella	Palermo
Enrico Mazzaese Fardella	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: redazioneaupa@unipa.it

INDICE DEL VOLUME

G. FALCONE, 'Facilitas'. Alcune fonti per Bernardo Albanese	9
---	---

ARTICOLI

G. ARICÒ ANSELMO, Numa Pompilio e la propaganda augustea	27
A. CHERCHI, Considerazioni in tema di società minerarie nel diritto romano del Principato. Note a margine di Vip. II.6-8	63
M. DE SIMONE, 'Proletarius iam civis'. A proposito di un'interpretazione di Bernardo Albanese di XII Tab. 1.4	101
G. PURPURA, Il χειρέμβολον e il caso di Saufeio: responsabilità e documentazione nel trasporto marittimo romano	127
C. RUSSO RUGGERI, Ancora qualche riflessione sulla politica legislativa di Giustiniano in riguardo ai <i>iura</i> al tempo del <i>Novus Codex</i>	153
R. SANTORO, <i>Perpetuari obligationem</i>	177
S. SCIORTINO, <i>Res acta</i> e potere magistratuale di interrompere una <i>legis actio</i> irregolare	209
F. SITZIA, Riflessioni in tema di arbitrato in diritto giustiniano e bizantino	239
M. VARVARO, <i>Condictio</i> e <i>causa actionis</i>	265

NOTE

D. DI OTTAVIO, <i>Octo genera poenarum</i> (a margine di August., <i>civ. Dei</i> 21.11 e Isid., <i>etym.</i> 5.27.1 ss.)	321
G. FALCONE, The 'mysterious' beauty of Laws	339
U. MANTHE, Gaio, il Veronese e gli editori	353

VARIE

Il Premio Ursicino Álvarez a Matteo Marrone	385
M. VARVARO, La revisione del palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio e le schede di Bluhme	387

MARIO VARVARO
(Università di Palermo)

Condictio e causa actionis

ABSTRACT

Since the publication of Julius Baron's book about the *condictiones* in 1881, the *condictio* of the Roman formulary procedure is considered as an 'abstract' action. In Baron's opinion this peculiar nature was due to the fact that its formula never mentioned – and could not mention – the basis of the claim neither in its *intentio*, nor in a *demonstratio*, nor in a *praescriptio*. By considering the two formulae of *condictio certae pecuniae* recorded in TPSulp. 31, this paper focuses on the concept of *causa actionis* in order to call into question the gospel of the 'abstractness' of the formular *condictio*. A new analysis of the sources leads to the conclusion that in the formulary procedure the *condictio* was an action just potentially 'abstract'. Its *causa* was taken in consideration still during the phase *in iure* and in some cases was expressed in a *praescriptio*.

PAROLE CHIAVE

Condictio; actio certi ex stipulatu; causa actionis; formula; astrattezza; praescriptio; pro Roscio comoedo.

CONDICTIO E CAUSA ACTIONIS*

SOMMARIO. 1. La *praescriptio* di TPSulp. 31 e l'idea della *condictio* come azione 'astratta'. 2. La 'astrattezza' della *condictio* nella ricostruzione di Baron. 3. Ragioni che inducono a riflettere nuovamente sulla 'astrattezza' della *condictio* formulare. 4. Le due formule della rubrica editale '*Si certum petetur*' come modelli derivanti dalla *legis actio per conductionem* e pertanto privi dell'indicazione della *causa actionis*. 5. La questione del valore da riconoscere alle parole 'QVA DE RE AGITVR' contenute nella formula della *condictio*. 6. 'Astrattezza' della *condictio* e rilevanza della *causa actionis* nella fase antecedente alla *litis contestatio*. 7. Riflessi della causa dell'azione sull'applicazione di giuramento e *sponsio et restipulatio tertiae partis* nel corso della fase *in iure*. 8. La causa dell'azione nell'*actio certae creditae pecuniae* dell'orazione ciceroniana *pro Roscio comoedo*. 9. La sistematica del titolo editale '*De rebus creditis*' e la *condictio certae pecuniae* nascente da una *stipulatio certi* non connessa a operazioni di 'credito'. 10. La *causa actionis* in rapporto all'*editio actionis* e all'*editio instrumentorum*. 11. L'*id ... de quo actum est* di D. 5.1.61 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*). 12. Nella *condictio* e nella *rei vindicatio per formulam petitoriam* l'esclusione di una *causa actionis* poteva avvenire a mezzo di *praescriptio*. 13. La clausola 'QVA DE RE AGITVR' contenuta nella formula della *condictio* aveva la funzione di rinviare all'attività precedente alla *litis contestatio*. 14. La nozione di causa dell'azione in rapporto alla 'astrattezza' della *condictio*. 15. La presunta esistenza nel processo formulare di un'*actio certi ex stipulatu* alla luce dei dati forniti dalle fonti. 16. Casi nei quali la formula della *condictio* doveva essere causalizzata a mezzo di *praescriptio*. 17. Il programma di giudizio della *condictio* nata da una *stipulatio certi* conclusa da *potestati subiecti*. 18. Il programma di giudizio della *condictio* in caso di *sponsio* e *fidepromissio* relative a un'obbligazione di *certum*. 19. Altri casi nei quali l'attore aveva interesse a causalizzare il programma di giudizio della *condictio*. 20. Conclusioni e prospettive di ricerca.

1. La scoperta di documenti che possano integrare le nostre conoscenze del processo privato romano è fortuna che non capita ogni giorno. Non sempre, tuttavia, la tenuta di ricostruzioni precedenti a tali scoperte viene sottoposta a verifica tenendo conto delle informazioni in esse contenute. Può accadere, così, che l'impulso proveniente alla ricerca storica dal rinvenimento di nuovi documenti risulti talora frenato da opinioni ormai tanto radicate da condizionare profondamente la loro interpretazione.

Sembra che a questa sorte, almeno per certi aspetti, non si sia sottratto un trittico dell'archivio dei Sulpicii (TPSulp. 31 = TP. 34), redatto nel 52 d.C., che tramanda in bozza due programmi di giudizio di *condictio certae pecuniae*, seguiti da un unico *iussus iudicandi*, che conviene senz'altro trascrivere assumendo come base l'edizione critica proposta da Camodeca:¹

* La presente ricerca si inserisce nell'ambito del P.R.I.N. 2010-2011 "L'autorità delle parole. Le forme del discorso precettivo romano tra conservazione e mutamento".

¹ G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, I,

Tab. I (graphio, scriptura interior)

p. 2

Ea res agetur de sponsione.

C(aius) Blossius Celadus iudex esto;

si parret C(aium) Marcium Satur[ninum]

C(aio) Sulpicio Cinnamo HS I∩∩ ∞ d[are]

5 oportere, q(ua) d(e) r(e) agitur,

C(aius) Blossius Celadus iudex C(aium)

Marcium Saturninum HS I∩∩ ∞

C(aio) Sulpicio Cinnamo cond[em]nato;

si non parret, apsolvito.

10 C(aius) Blossius Celadus iudex esto;

Tab. II

p. 3

[si pa]rret C(aium) Marcium [Sat]urninum

[C(aio)] Sulpicio Cinnam[o] HS [CC]I∩∩ I∩∩ ∞ ∞ ∞

dare oportere, q(ua) d(e) [r(e) ag]itur,

C(aius) Blossius Celadus iude[x] C(aium)

Marcium Saturninum HS CC I∩∩ ∞ ∞ CC I∩∩

5 [C(aio)] Sulpicio Cinnam[o] c[on]demnato;

si non parret apsolvito.

Iudicare iussit A(ulus) Cossinius Priscus IIvir.

[Actu]m Puteol[i]s

(vacat)

[F]austo Cornelio Sulla [Fel]ice

10 Q(uinto) Marcio Barea Sorano co(n)s(ulibus).

Tab. III (graphio, scriptura exterior)

p. 5

S[aturninum C(aio) Sulpicio Cinnamo]

H[S I∩∩ ∞ dare oportere q(ua) d(e) r(e) a(gitur) C(aius)]

[Blossius Celadus iudex C(aium) Marcium]

[Saturninum HS I∩∩ ∞ C(aio) Sulpicio Cinnamo]

5 [condemnato; si non parret apsolvito. C(aius)]

[Blossius Celadu]s iud[ex] [ex es]to; si parret

C(aium) [Marcium Saturninum C(aio) Sulpicio Cinnamo]

Roma 1999, 97 s. Rispetto a questa edizione si è ritenuto opportuno riprodurre, così come si leggono nel documento originale, la prima linea (Tab. I, p. 2, l. 1) allineata a destra e il posizionamento della sigla 'cos.' (Tab. II, p. 3), sciolta in 'co(n)s(ulibus)', ad altezza intermedia fra le due linee di scrittura in cui sono menzionati i nomi dei consoli eponimi. Le immagini in bianco e nero delle prime due tavolette del trittico sono riprodotte insieme a un loro apografo in G. PURPURA, *Diritto papiri e scrittura*², Torino 1999, 22 (fig. 7).

Il modo in cui risulta enunciata la *praescriptio* che precede la prima formula (EA RES AGITVR DE SPONSIONE) e il rapporto aritmetico di uno a tre fra le somme di denaro dedotte nei due programmi di giudizio (6000 e 18000 sesterzi) hanno consentito di stabilire che essi sono quelli di un'*actio ex sponsione tertiae partis* e di un'*actio certae creditae pecuniae*.²

Dai programmi di giudizio tramandati in TPSulp. 31 è possibile trarre alcune importanti conclusioni: che la formula di una *condictio certae pecuniae* conteneva le parole 'QVA DE RE AGITVR'; che essa poteva essere preceduta da una *praescriptio* che indicasse l'atto da cui era nata l'*actio*; e che la tecnica formulare conosceva anche *praescriptiones* con funzioni esclusivamente 'determinative' della *res qua de agitur*.

Senonché, l'ultima di queste conclusioni ha dovuto scontrarsi con il pregiudizio che ha tenacemente negato alla *praescriptio* la possibilità di svolgere una funzione 'determinativa' analoga a quella della *demonstratio* e dell'*intentio in factum concepta*.³ Ma anche in relazione alle prime due va constatato che esse non hanno indotto a ridiscutere in tutta la sua portata il convincimento che la *condictio* formulare, come già la più antica *legis actio per condictio-nem*, fosse un'azione 'astratta', in quanto non dovesse né potesse indicare il fondamento della pretesa dedotta in giudizio.

Solamente piuttosto di sfuggita, infatti, si è notato che la testimonianza delle tavolette pompeiane costituisce una conferma dell'idea che anche la *condictio* potesse esprimere la *causa petendi*.⁴ Benché tale eventualità fosse stata affacciata ancor prima del rinvenimento

² L'individuazione delle due azioni, oggi generalmente accettata dagli studiosi, si deve all'acume di R. SANTORO, *Le due formule della Tabula Pompeiana 34*, in AUPA 38, 1985, 335 ss. (= *Scritti minori*, I, Torino 2009, 331 ss.), che ha criticato le precedenti opinioni che vi avevano scorto le formule di due azioni nate da *stipulatio* o di un'azione di una *condictio* relativa a un prestito marittimo accompagnata dall'azione *ex stipulatu* per gli interessi nella misura di un terzo del capitale. Per ulteriore bibliografia v. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008, 143 nt. 533.

³ La convinzione secondo cui alle *praescriptiones* non potrebbe riconoscersi una funzione 'determinativa' della *res qua de agitur* ha indotto a ravvisare nella clausola 'EA RES AGITVR DE SPONSIONE' di TPSulp. 31 una «étiquette de dossier» o una sorta di «oggetto misterioso» privo di riscontri nella trattazione delle *praescriptiones* che si legge nel palinsesto veronese delle Istituzioni di Gaio. Per queste opinioni e per una loro critica v. nella più recente letteratura R. VILLERS, *La procédure formulaire à la lumière des récentes découvertes*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, I, Milano 1982, 216 ss.; L. GUTIERREZ-MASSON, *La prétendue «praescriptio» des Tablettes Pompéiennes*, in *Mélanges à la mémoire de André Magdelain*, Paris 1998, 201 ss.; F. STURM, *Ea res agitur de sponsione. La Tabula Pompeiana 34 nous révèle-t-elle une forme inconnue de praescriptio pro actore?*, in I. PIRO (a cura di), *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité (SIHDA) – Atti della 51^a sessione Crotona-Messina, 16-20 settembre 1997*, Soveria Mannelli 1999, spec. 93 ss.; ID., *Zur Ausschaltungsbefugnis im Formularprozess*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VIII, Napoli 2001, 129 ss., spec. 134 ss.; L. PELLECCHI, *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova 2003; ID., Rec. a. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, in IVRA 57, 2008-2009 (pubbl. 2010), 470 ss.; M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., *passim*; ID., *Praescriptio e pregiudizio*, in IAH 2, 2010, 147 ss.; A. BURDESE, Rec. a. L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, in SDHI 71, 2005, 607 ss. (= *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, II, Padova 2009, 453 ss.); ID., Rec. a. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, in SDHI 76, 2010, 733 ss.; C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, in IVRA 59, cit., 9 ss., spec. 24 ss.; F. LA ROSA, *Brevi note esegetiche*, in IVRA 60, 2012, 125 ss.

⁴ Così G. SACCONI, *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare*, Napoli 1982, 25 ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, I, Torino 1992, 229 s.

del trittico pompeiano da qualche studioso disposto ad ammettere che alla formula di questa azione potesse premettersi una *praescriptio*,⁵ la convinzione relativa alla 'astrattezza' della *condictio* formulare ha continuato a rappresentare un punto fermo nella riflessione storiografica, senza essere oggetto di tutti gli approfondimenti che forse avrebbe meritato.

2. Il dogma della 'astrattezza' della *condictio* può farsi risalire agli studi dedicati a quest'azione da Julius Baron.⁶ Reagendo alle posizioni degli autori precedenti che avevano pensato a una formula della *condictio* che dovesse o potesse esprimere la causa dell'azione direttamente nell'*intentio*, in una *demonstratio* o in una *praescriptio*,⁷ questo studioso aveva sostenuto con decisione l'idea che la *condictio* non appartenesse al diritto sostanziale, ma che si profilasse come un istituto del processo classico che prescindeva da una *causa debendi* predeterminata.⁸

⁵ Cfr. M. KASER, Rec. a G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano*, I. *La procedura formulare*, in IVRA 10, 1959, 265 s.; nello stesso senso v. anche G. BROGGINI, Rec. a G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano*, I. *La procedura formulare*, in ZSS, R.A. 77, 1960, 486 s. (= *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano 1966, 648). Sulla base della testimonianza delle tavolette pompeiane anche J.G. WOLF, *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund*, in SDHI 45, 1979, spec. 164 ss., ha ritenuto che la *praescriptio* potesse essere premessa alla formula di una *condictio* per indicare la causa. Nella manualistica tale possibilità è stata ammessa senz'altro, senza però distinguere fra *actio certae creditae pecuniae* e *condictio certae pecuniae*, da M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 324 s. e 561.

In un diverso ordine di idee l'ammissibilità di una *condictio* la cui formula fosse preceduta da una *praescriptio* è stata sostenuta con riferimento all'*agere praescriptis uerbis* che tutelava le convenzioni atipiche da R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in AUPA 37, 1983, 78 ss.; ID., *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in N. BELLOCCI (a cura di), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del convegno di diritto romano. Siena 14-15 aprile 1989*, Napoli 1991, 100 ss. (= *Scritti minori*, I, cit., 366 ss.), con richiamo al dettato di C. 5.14.1 (Sev. et Ant., a. 206) letto in connessione a Sch. ad B. 11.1.71 [BS I 319/5-11].

⁶ In relazione alla *condictio* Baron discorreva di un'azione 'astratta' e di una formula 'astratta', impiegando una terminologia ispirata alla discussione relativa all'esistenza di un'*actio in rem causa non expressa*; v. J. BARON, *Pandekten*, Leipzig 1872, 186: «Es muß ... die Behauptung aufgestellt werden, daß *Condictio* eine (wenn der Ausdruck erlaubt ist) abstracte persönliche Klage ist, d. h. eine persönliche Klage, bei deren Anstellung vor dem Magistrat der Klaggrund (die *causa debendi*) nicht genannt und nicht in die Formula aufgenommen wird»; J. BARON, *Der Process gegen den Schauspieler Roscius*, in ZSS, R.A. 1, 1880, spec. 131 ss.; ID., *Abhandlungen aus dem Römischen Civilprozess*, I. *Die Conditionen*, Berlin 1881, 2: «Ich glaube das Richtige zu treffen, wenn ich die *Conditionen*formel als eine abstracte Formel, die *Condictio* als eine abstracte Klage bezeichne. Wenn auch das Wort neu sein mag: die Sache ist auf einem anderen Gebiete bereits zur Sprache gekommen; ich meine die *actio in rem causa non expressa*.» La stessa idea ricorre anche in J. BARON, *Geschichte des Römischen Rechts*, I. *Institutionen und Civilprozeß*, Berlin 1884, 276.

⁷ Cfr. *infra*, § 3, nt. 2; § 4, ntt. 39 e 41. Tali posizioni sono passate in rassegna da J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 12 ss., in un apposito paragrafo della sua ricerca dedicato alla letteratura del diciannovesimo secolo sulla *condictio*. Al riguardo v. anche *infra*, § 4, nt. 39.

⁸ Cfr. J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 1 s. (cfr. *infra*, nt. 10). A differenza di quanto ritenuto dagli autori che lo avevano preceduto, infatti, Baron riteneva che la *condictio* non andasse posta in relazione con la *causa debendi*. Ciò perché, a parte le limitazioni riconoscibili per il caso della *condictio ex causa furtiva*, tale azione sarebbe stata esperibile per ogni pretesa civile *in personam* a prescindere dal tipo di causa e dal tipo di fonte (contratto o delitto). In senso diverso v. invece le considerazioni svolte da G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, II, Leipzig 1842, 108.

L'ampia applicabilità della *condictio* nel processo formulare – pensava Baron – sarebbe dipesa da un programma di giudizio che doveva indicare la pretesa solamente dal punto di vista quantitativo,⁹ senza menzionarne la causa né nell'*intentio*, né in una *demonstratio*, né in una *praescriptio* sostitutiva della *demonstratio*.¹⁰ Da questo punto di vista la *condictio* formulare non solo avrebbe riproposto il carattere 'astratto' ravvisabile già nell'antica *legis actio per conductionem*, ma avrebbe presentato un tratto comune anche all'azione *in rem* intentata *sine expressa causa*.¹¹ La 'astrattezza' della formula e quella dell'azione avrebbero comportato che la causa della pretesa fatta valere con la *condictio* non venisse menzionata *in iure*, emergendo solamente nella fase *apud iudicem*.¹²

L'idea di Baron, in realtà, va confrontata con quella espressa in precedenza da F. WALTER, *Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian*, II. *Rechtsquellen und Rechtswissenschaft. Privatrecht. Procedur. Strafrecht*³, Bonn 1861, 213 e nt. 38, secondo cui ogni obbligazione di *dare* poteva essere tutelata da *condictio*, a prescindere dal fatto che nascesse da un contratto, da un delitto o da un'altra causa. Walter si richiamava a uno scolio di Stefano ai Basilici (Sch. *ad B.* 23.1.9) non tenuto presente da Savigny (il quale aveva ammesso la possibilità di pensare a una formula della *condictio* munita di *demonstratio*: v. *infra*, § 4, nt. 39), per precisare che la peculiarità della *condictiones* era rappresentata dal fatto che esse avevano per oggetto un *dare*, senza che venisse in rilievo il 'Rechtsgrund' in base al quale si agiva (così F. WALTER, *Geschichte*, II, cit., 213 nt. 38, *sub* 1).

⁹ A differenza di quanto ritenuto da Savigny, infatti, J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 89 s. (cfr. *ID.*, *Geschichte*, I, cit., 276), credeva che alla *condictio* si sarebbe potuto fare ricorso anche per far valere pretese che non fossero determinate nel loro ammontare sin dall'inizio, ma in relazione alle quali l'attore avrebbe potuto comunque agire assumendo su di sé i rischi connessi alla sua natura di *formula certa*, e dunque accettando la possibilità di incorrere in un *plus petere*.

¹⁰ J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 1 (il corsivo riproduce quello dell'originale citato): «Der Inhalt dieser Abhandlung ist der Nachweis, dass die Condictio nicht dem materiellen Recht, sondern dem classischen Prozesse angehört. Genauer gesprochen: die gemeine Meinung setzt die Condictio mit der causa debendi in Beziehung, und behauptet, dass Conditionen nur aus bestimmten Obligationen zulässig sind; in dieser Abhandlung aber soll gezeigt werden, dass ein jeder civile persönliche Anspruch, gleichviel welcher Art und welchen Ursprungs, gleichviel ob stricti iuris oder bonae fidei, gleichviel ob aus einem Contracte oder aus einem Delict oder sonstwoher, mit der Condictio geltend gemacht werden durfte; grosse Einschränkungen dieser Behauptung werde ich bei der cond. incerti zugeben ... Die soeben umfassende Zulässigkeit der Condictio ist nur durch eine Eigenthümlichkeit ihrer Formula möglich gewesen. Die Eigenthümlichkeit bestand darin, dass in der Formel die Causa des Anspruchs nicht angegeben wurde, die Formel der Condictio enthielt also weder eine Demonstratio (resp. eine ersetzende Präscriptio) noch auch geschah in der Intentio eine Erwähnung der Causa.» Nello stesso senso v. *op. cit.*, 22. J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 32 s. (cfr. *ID.*, *Pandekten*⁸, Leipzig 1893, 165 s.) sosteneva che anche nel caso della *condictio ex causa furtiva* la mancata menzione della causa risulterebbe dalla formula riferita testualmente in D. 12.2.13.2 (Ulp. 22 *ad ed.*).

¹¹ J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 3: «die Bezeichnung der Causa musste überhaupt unterbleiben, es musste genügen, den Anspruch quantitativ bestimmt in der Klage anzugeben; die Analogie der actio in rem, welche damals ohne Ausnahme sine causa expressa statt hatte, musste diesen Ausweg empfehlen.» L'assoluta irrilevanza della causa era stata già sottolineata in relazione alla *legis actio per conductionem* e alla *condictio* formulare in J. BARON, *Zur Legisactio per iudicis arbitrive postulationem und per conductionem*, in *Festgabe für August Wilhelm Heffter zum III. August MDCCCLXXIII*, Berlin [1873], 44 e 55.

¹² J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 11: «Ich habe oben die Condictio deshalb für eine abstracte Klage erklärt, weil in der Formel die Causa unerwähnt blieb. Das heisst also: Bei Anstellung einer Condictio wird *in iure* die Causa des Anspruchs nicht angegeben. Bei der Verhandlung *in iudicio* muss selbstverständlich die Condictio wie jede andere Klage begründet werden; in iudicio kann die Klage keine abstracte mehr sein»; nello stesso senso v. anche *ID.*, *Geschichte*, I, cit., 276; *ID.*, *Pandekten*⁸, cit., 165.

La circostanza per la quale nel processo formulare non si sarebbe provveduto a indicare la causa in una *praescriptio* andava spiegata per Baron con il modo di pensare tipicamente romano, che non avrebbe avvertito la necessità di creare un'apposita formula anche quando ciò sarebbe stato molto facile.¹³ Si comprenderebbe così la ragione per cui l'azione relativa a pretese di un *certum* nate da *stipulatio*, così come la *condictio* per il caso di mutuo, di *expensilatio* o per la ripetizione dell'indebitito, sarebbe stata una delle applicazioni dell'azione in cui la causa non era mai menzionata nella formula.¹⁴

In tale prospettiva la 'astrattezza' della *condictio* avrebbe comportato una serie di vantaggi per l'attore,¹⁵ come quello di poter scegliere nella fase *apud iudicem* su quale causa fondare la pretesa,¹⁶ con la conseguenza di limitare la consunzione processuale all'obbligazione nata dalla causa addotta innanzi al giudice.¹⁷

Solamente con l'abolizione del processo formulare, che obliterava la distinzione fra la fase *in iure* e quella *apud iudicem*, la *condictio* avrebbe perso il suo carattere 'astratto', e, come ogni altra azione, avrebbe dovuto essere motivata dal punto di vista sostanziale.¹⁸

3. La ricostruzione complessiva di Baron riuscì a ottenere l'autorevole avallo di Lenel¹⁹ e, seppur criticata in relazione a singoli punti,²⁰ ha costituito lo sfondo sul quale la storiografia ha continuato a riconoscere l'unitarietà della *condictio* del processo formulare a prescindere dalle varie applicazioni di cui essa era suscettibile. Tale unitarietà sarebbe da ricercare nella 'astrattezza' di una formula che, non menzionando espressamente la causa per cui si agiva, si sarebbe riflessa in un'azione altrettanto 'astratta', e per questa ragione applicabile ancora in età classica a una pluralità di cause.²¹

¹³ J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 3 s.

¹⁴ J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 33: «Ich wende mich jetzt zu Conditionen, von denen ich zwar nicht nachweisen kann, dass die Verschweigung der Causa in der Formel unbedingt nothwendig war, bei denen aber quellenmässig nachgewiesen werden kann, dass die Verschweigung stattgefunden hat. Ich meine die *Condictio* aus dem Darlehn, die *cond. indebiti* sowie die *Condictio* aus der *stipulatio certa* und aus der *Expensilation*.»

¹⁵ J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 5 ss.

¹⁶ J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 7 s.

¹⁷ J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 8 s.

¹⁸ J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 204 s.

¹⁹ Cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927 [d'ora innanzi: *EP*³], 237 nt. 6.

²⁰ Si vedano H. BUHL, *Rec. a J. BARON, Abhandlungen aus dem römischen Civilrecht*, I. *Die Conditionen*, in *Krit. Vjschr.* 25 (= N.F. 5), 1882, 224 ss., spec. 234 s.; E.I. BEKKER, *Zur Lehre von Conditionen und adjectivischen Klagen*, in *ZSS, R.A.* 4, 1883, 95 s.; H. DERNBURG, *Pandekten*, I, Berlin 1884, 295 nt. 5; P.F. GIRARD, *L'histoire de la condictio d'après M. Pernice*, in *NRHDFE* 19, 1895, 412 s. Già Huschke aveva manifestato perplessità nei confronti dell'idea della 'astrattezza' della *condictio* espressa da J. BARON, *Pandekten*¹, cit., 186: cfr. [PH.]E. HUSCHKE, *Die multa und das sacramentum in ihren verschiedenen Anwendungen. Zugleich in ihrem grundlegenden Zusammenhange mit dem römischen Criminal- und Civil-processe dargestellt*, Leipzig 1874, 494 nt. 394.

²¹ Il successo dell'impostazione di Baron si riflette nel modo in cui ancor oggi si continua generalmente a discorrere della *condictio* formulare come di una azione 'astratta' in ragione della sua formula 'astratta' (cfr.,

Baron, in realtà, non si era preoccupato di precisare esattamente cosa occorresse intendere per causa dell'azione,²² o di distinguere la formula della *condictio* dal programma di giudizio che, in seguito all'attività compiuta *in iure* dalle parti, sarebbe stata oggetto della *litis contestatio*. La fortuna della sua idea, nondimeno, ha proiettato un cono d'ombra su una serie di riflessioni precedenti che, pur senza potersi giovare della testimonianza delle tavolette pompeiane e forse perché non condizionate dal pregiudizio di una *condictio* necessariamente 'astratta', avevano individuato alcuni casi nei quali fosse necessario o quanto meno opportuno indicare anche nel programma di giudizio di questa azione il fatto dal quale era nata la pretesa dedotta nell'*intentio*.

Una *praescriptio* come quella attestata in TPSulp. 31 contraddice apertamente uno dei postulati fondamentali su cui risultava edificata l'intera ricostruzione di Baron²³ e, confermando le intuizioni della storiografia antecedente a questo autore, induce a considerare da un nuovo punto di vista il modo in cui occorre raffigurarsi la nozione di 'causa' in rapporto alla 'astrattezza' della *condictio*.

In particolare, sembra opportuno precisare se tale nozione vada riferita al complesso di circostanze poste a fondamento della pretesa dell'attore e che, se provate in giudizio, avrebbero costituito i presupposti necessari per la condanna o per l'assoluzione del convenuto; o se essa vada intesa anche con riferimento alla *causa actionis* – detta '*causa proxima actionis*' in un passo di Nerazio²⁴ – che avrebbe assunto rilievo in ordine alle questioni connesse agli

per tutti, M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996, 311), senza considerare la possibilità che anche a fronte di una formula 'astratta' il programma di giudizio oggetto della *litis contestatio*, e dunque la corrispondente azione, potesse non essere tale.

²² Baron, infatti, parlava genericamente di 'causa', 'causa des Anspruchs', 'Klagegrund', 'Begründung', da identificarsi nella *condictio* con la *causa debendi*.

²³ Cfr. *supra*, § 1 ntt. 8 e 10.

²⁴ D. 44.2.27 (Nerat. 7 membr.): *Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis. nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis, posteaquam contra eum iudicatum esset, noua instrumenta causae suae reperisset.*

Sulla nozione di '*causa proxima actionis*' impiegata in questo frammento v. G.F. PUCHTA, *Ueber die expressa causa bey der Eigenthumsklage und derer Einfluß auf die Exceptio rei iudicatä*, in RhM 2, 1828, 252 s. e nt. 6 (= *Kleine civilistische Schriften*, Leipzig 1851, 172 e nt. f); ID., *Ueber die expressa causa bei der Eigenthumsklage. Erwiderung auf Herrn Prof. Heffter's Aufsatz*, in RhM 3, 1829, 467 ss. (= *Kleine civilistische Schriften*, cit., 189 ss.). Secondo questo autore tale espressione indicherebbe «das Recht, welches den Grund der Klage ausmacht, wovon er den Entstehungsgrund dieses Rechts, *qua ratione quis eam causam actionis sibi competere existimasset*, bestimmt unterscheidet, auf dessen Verschiedenheit es nicht ankommen soll.» La '*causa proxima actionis*' andrebbe tenuta distinta dall'acquisto del diritto da parte dell'attore, che si profilerebbe invece come una delle '*causae remotae*'.

A giudizio di [A.W.] HEFFTER, *Ueber die causa adiecta s. expressa bei Vindicationen u.s.f.*, in RhM 3, 1829, 22 s., alla mentalità romana sarebbe stata estranea una distinzione fra una *causa proxima* e una *causa remota* dell'azione, e la '*causa proxima*' di Nerazio, da identificare con la '*causa petendi*' di cui parlava Paolo in D. 44.2.14.2 (v. *infra*, nel testo, § 19), sarebbe «der Inbegriff der juristischen und factischen Elemente, die die Klageformel ausdrückt und zusammenfaßt». Per Heffter la causa indicherebbe inoltre un 'rapporto giuridico azionabile' («ein klagbares Rechtsverhältniß») nonché il suo 'fondamento effettivo' («der wirkliche Entstehungsgrund eines Rechtsverhältnisses»).

Con l'interpretazione di Puchta si è mostrato in disaccordo F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römi-*

effetti della *litis contestatio* e all'esercizio di una pluralità di azioni a prescindere dall'esito della controversia.

Quando si discorre di 'astrattezza' della *condictio*, in altri termini, è opportuno stabilire di volta in volta se si operi con un concetto di 'causa' riferibile all'azione nella sua 'kon-demnierende Funktion', oppure nella sua 'konsumierende Funktion'.²⁵ È possibile, infatti,

schen Rechts, VI, Berlin 1847, 453 ss., spec. 456 s. nt. d. Savigny, in particolare, riteneva che la nozione di 'causa proxima actionis' rilevante ai fini dell'opponibilità dell'*exceptio rei iudicate uel in iudicium deductae* fosse quella che si sarebbe potuta ricavare alla luce dell'ipotesi in cui contro il locatario che avesse danneggiato il cavallo oggetto della locazione non sarebbe stato possibile agire tanto con *actio locati* quanto con *actio legis Aquiliae*, giacché entrambe le azioni avrebbero avuto come medesima *causa proxima* il danneggiamento del cavallo.

Per M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II. *Die Formulae*, Bonn 1865 (rist. Aalen 1959), 261 s., invece, nelle azioni in *personam* la *causa debendi* sarebbe da identificare con «der mittelbare Grund der Klage (*causa remota*)».

Un'analisi più ampia della nozione di causa è stata compiuta da E.I. BEKKER, *Die processualische Consumption*, cit., 242 ss., a giudizio del quale la causa dell'azione sarebbe la violazione del diritto che giustifica l'esercizio dell'azione, ossia il suo fondamento («grund der klage ist nun eben die rechtsverletzung»), giacché «die bloße existenz des fordrungsrechts begründet die klage ebensowenig wie das vorhandensein eines unverletzten dinglichen rechts den berechtigten zu je welcher klaganstellung befähigt» (*op. cit.*, 243); due azioni, pertanto, avrebbero avuto la medesima causa ogni qual volta il medesimo diritto risultasse leso «durch dieselbe tatsache» (*op. cit.*, 244). Negli scritti successivi, tuttavia, Bekker ha mutato opinione: v. E.I. BEKKER, *Die Aktionen des Römischen Privatrechts*, I. *Ius civile*, Berlin 1871, 341; ID., *Vermutungen*, in ZSS, R.A. 30, 1909, 12 (dove si distingue fra 'causa rei' e 'causa actionis').

Le impostazioni di Savigny e del primo Bekker sono state criticate da E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin 1918, 80 ss., che ha discusso l'identificazione nell'ambito delle azioni in *personam* fra *causa actionis* e *causa obligationis*, arrivando alla conclusione che la *causa* dell'azione rilevante ai fini degli effetti consuntivi della *litis contestatio* – e dunque, nell'ottica più generale considerata da Levy, anche ai fini del concorso di azioni – andava distinta dalla *causa* dell'azione considerata in funzione del successo dell'azione (v. nt. successiva); quest'ultima era rappresentata dal complesso di ragioni che nel caso concreto avrebbero condotto l'attore a risultare vittorioso nella controversia; in questo ordine di idee la *causa* dell'azione intesa nella sua prima dimensione (ossia nel senso di 'Klage', e non di 'erfolgreiche Klage') andava identificata con «der Grund nicht des Zustehens, sondern des Entstehens einer *actio*» (*op. cit.*, 82). La conclusione, per Levy, non poteva che essere una: «Die *causa actionis* liegt also nicht in dem die *obligatio* verletzenden, sondern in dem sie begründenden Faktum, in der *causa* der *obligatio* selbst», in quanto «weder die *obligatio* noch die *actio* ist das Primäre: aus dem Kontrakt oder Delikt entsteht die eine wie die andere unmittelbar» (*op. cit.*, 85), e la lesione dell'*obligatio* assumeva rilievo solamente ai fini della condanna (*op. cit.*, 95). Per le azioni in *rem* Levy osservava che ai fini dell'individuazione della *causa actionis* non si doveva confondere la lesione del diritto dell'attore con i presupposti sostanziali dell'azione, che avrebbero assunto rilievo ai fini della legittimazione passiva all'azione (*op. cit.*, 97 s.). Al riguardo va considerata la posizione assunta da Levy in ordine al concetto di *actio* individuato da M. WŁASSAK, v. 'actio', in PW 1, Stuttgart 1894, col. 306 s.; ID., *Praescriptio und bedingter Prozeß*, in ZSS, R.A. 33, 1912, 88 nt. 1 e 89 s. (E. LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., 63 s. nt. 5).

Le conclusioni di Levy sulla individuazione della *causa actionis* nelle azioni in *personam* e in *rem* sono state accolte da L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts*, München 1925, 178 ss., il quale ha però ritenuto che il concetto di *eadem res* ricomprende in sé anche lo scopo delle azioni, che assume rilievo in ordine alla distinzione fra azioni penali e azioni reipserscuratorie.

²⁵ Questa distinzione era stata compiuta da E. LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., 82 s. e nt. 7, in relazione alla determinazione della nozione di *causa actionis* che assumeva rilievo con riferimento all'*actio* romana in senso tecnico-processuale in ordine agli effetti della *litis contestatio* e al rapporto fra più azioni: la nozione tecnica

che l'asserita 'astrattezza' della *condictio* formulare vada ridiscussa con riferimento tanto alla nozione di causa dell'azione considerata in relazione alla condanna, quanto alla nozione di causa dell'azione rilevante per la determinazione degli effetti della *litis contestatio*.

In questo ordine di idee si potrà affrontare la questione relativa all'identificabilità della *condictio certae pecuniae* con l'*actio certae creditae pecuniae*,²⁶ nonché quella, da tempo dibattuta, relativa all'esistenza di un'azione specifica a tutela della *stipulatio* avente per oggetto un *certum* (*actio certi ex stipulatu*), azione la cui formula avrebbe indicato direttamente nell'*intentio* l'atto dal quale era nato il DARE OPORTERE.²⁷

Inoltre occorre chiedersi nuovamente se, a differenza di quanto comunemente ritenuto, un riesame delle fonti di cui si dispone non possa condurre a configurare una costellazione di casi ulteriori rispetto a quello attestato con sicurezza in TPSulp. 31, nei quali il programma di giudizio della *condictio* avente per oggetto un *certum* potesse esprimere in qualche modo la causa dell'azione. Anche l'individuazione di tali casi, nei quali al modello editale della *condictio (certi)* poteva essere anteposta una *praescriptio*, imporrebbe infatti di tornare a valorizzare i risultati cui era pervenuta la storiografia tedesca della prima metà dell'Ottocento,²⁸ ma contro i quali l'idea di Baron finì per avere la meglio.

Come si avrà modo di vedere, una rilettura delle informazioni già note grazie alle Istituzioni di Gaio spinge a ritenere che la causalizzazione della *condictio* a mezzo di *praescriptio* dovesse avvenire anche con riguardo all'ipotesi in cui il DARE OPORTERE dedotto nell'*intentio* della formula della *condictio* fosse nato da una *stipulatio certi* conclusa da *potestati subiecti*²⁹ o all'ipotesi in cui per una *stipulatio certi* fosse stata prestata una garanzia personale.³⁰

di *causa actionis*, per Levy, avrebbe avuto a che fare solamente con l'*actio* intesa nella sua 'konsumierende Funktion'. Anche G. SACCONI, *La «pluris petitio» nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano 1977, 9, ha ritenuto di poter ravvisare «nel modo di affrontare il problema dell'oggetto del processo da parte degli stessi giuristi romani» una distinzione fra il profilo della «possibilità di condannare il convenuto» e il profilo «dell'ammissibilità di una seconda azione sulla stessa materia».

²⁶ *Infra*, § 7.

²⁷ Il primo dei due programmi di giudizio tramandati dalle tavolette pompeiane, infatti, dimostra che dalla *sponsio* menzionata nella *praescriptio* nasceva una *condictio certae pecuniae*. Tale testimonianza aveva indotto B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 74, a pensare che l'azione nascente da *stipulatio certi* fosse una *condictio* che indicasse in una *praescriptio* la causa dell'azione. In effetti, l'esistenza di una formula di *condictio certae pecuniae* come quella tramandata in TPSulp. 31 gioca a sfavore dell'ipotesi secondo cui nel processo formulare sarebbe sopravvissuta un'azione derivante dalla più antica *legis actio per iudicis postulationem* che menzionasse direttamente nell'*intentio* la fonte del DARE OPORTERE di una somma determinata di denaro dovuta in base a una *sponsio*. Su tale questione v. *infra*, nel testo, § 15.

²⁸ Al riguardo si deve ricordare che tale eventualità era stata prospettata da Savigny in una serie di ipotesi nelle quali, a suo giudizio, l'attore avesse un interesse a indicare la causa della *condictio*. Come si vedrà, peraltro, sulla base delle informazioni contenute in Gai 4.134-135 anche G.F. PUCHTA, *Cursus*, II, cit., 97 s., aveva individuato almeno un caso in cui alla formula della *condictio* andasse premessa una *praescriptio* che indicasse il fatto generatore della pretesa (sul punto v. *infra*, § 17). Per un analogo ordine di idee v. anche G. BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS, R.A. 50, 1930, 77, che ammetteva la possibilità di limitare la *condictio* a una singola *causa obligationis* a mezzo di *praescriptio*.

²⁹ *Infra*, § 17.

³⁰ *Infra*, § 18.

Altri casi in cui alla formula di una *condictio* si poteva premettere una *praescriptio* che indicasse la *causa actionis* sono quelli nei quali l'attore al quale una stessa prestazione fosse dovuta in base a varie *causae* avesse interesse a limitare a una sola di esse gli effetti della *litis contestatio*, riservandosi così la possibilità di agire nuovamente contro lo stesso convenuto.³¹

La conclusione alla quale si può pervenire è che, sebbene i modelli formulari della *condictio certae pecuniae* e della *condictio certae rei* non contenessero l'indicazione della causa, la *condictio* era un'azione che solo eventualmente era 'astratta', in quanto si prestava a essere causalizzata ogni qual volta ciò fosse stato ritenuto opportuno o necessario.

4. I modelli edituali delle due formule di *condictio* previste sotto la rubrica '*Si certum petetur*'³² erano ispirati alla *legis actio per conductionem*, la quale fu introdotta da una *lex Silia* per i crediti di *certa pecunia* e da una *lex Calpurnia* per i crediti *de omni certa re*.³³ Dalla *legis actio per conductionem* tali formule dovettero ereditare non solamente il nome di *condictiones*,³⁴ ma anche la peculiarità di non indicare la causa del DARE OPORTERE dedotto in giudizio.³⁵

Questa caratteristica della *legis actio per conductionem* si manifestava in tutta la sua evidenza in contrapposizione alla *legis actio per iudicis postulationem*, il cui formulario – è noto – prevedeva che per i crediti di una somma di denaro nascenti da *sponsio* l'attore avrebbe dovuto indicare la *causa* insieme alla somma per cui agiva.³⁶

³¹ *Infra*, § 19. Per l'ipotesi della *condictio ex causa furtiua* v. *infra*, § 20, nt. 196.

³² Richiamandosi a Naber, O. LENEL, *EP*³, cit., 240, aveva ritenuto che nell'editto fosse proposta anche la formula di una *condictio certae rei*, diversa da quella della *condictio tritic(i)aria*, relativa a beni di specie, come nel caso di una *condictio* relativa al *dare oportere* di uno schiavo determinato. Una formula di questo tipo, per esempio, sarebbe stata quella di una *condictio ex causa furtiua*, nella cui *intentio* sarebbe stato indicato il DARE OPORTERE del *seruus furtiuus*. A sostegno di questa opinione Lenel adduceva le testimonianze di D. 13.1.7.2 (Ulp. 42 *ad Sab.*) e D. 13.3.3 (Ulp. 27 *ad ed.*). L'idea di Naber andrebbe accolta a giudizio di S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², Roma 1928, 213 s. nt. 2. Possibilista, in argomento, anche C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II,1, Torino 2003, 203 s. Contro la convinzione che nell'editto fossero proposte tre formule di *condictio* v. M. VARVARO, *Per la storia del certum. Alle origini della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008, 186 ss. e gli autori ivi citati nelle ntt. 649 e 656, con richiamo a uno scolio ai Basilici in cui si ricorda che con la *condictio tritic(i)aria* era possibile agire in tutti i casi nei quali si richiedessero in giudizio beni diversi dalla *pecunia numerata* (Sch. 1 *ad B.* 23.1.1 [BS IV 1495/9-10]).

³³ Gai 4.19: *Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege uero Calpurnia de omni certa re*. Per i problemi di datazione delle due leggi v. M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 111 ntt. 4-5.

³⁴ Si allude, qui, alla nozione di *condictio* in senso proprio, in quanto il termine *condictio*, come è noto, era impiegato in età gaiana anche in senso ampio per indicare tutte le *actiones in personam* in contrapposizione alle *actiones in rem*: v. Gai 4.5: *Appellantur autem in rem quidem actiones uindicationes, in personam uero actiones, quibus dari fieriue oportere intendimus, conductiones*; I. 4.6.15.

³⁵ Gai 4.17b: *Per conductionem ita agebatur: AIO TE MIHI SESTERTIORVM X MILIA DARE OPORTERE: ID POSTVLO, AIAS AVT NEGES. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, IN DIEM TRICENSIMVM TIBI IVDICIS CAPIENDI CAUSA CONDICO* rell.

³⁶ Cfr. Gai 4.17a: *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVLO AIAS AN NEGES* rell.

Poiché la trattazione gaiana della *legis actio sacramenti in personam* era contenuta in un foglio che non è stato riutilizzato dall'amanuense che ha smembrato il codice su cui erano scritte le Istituzioni di Gaio, non

La ricostruzione della formula della *condictio certae pecuniae* proposta da Lenel sulla base di testimonianze degne della massima fede, e che nell'editto di età adrianea era ricompresa nella rubrica 'Si certum petetur' (§ 95) del titolo 'De rebus creditis', aveva un'intentio cosiddetta *certa*³⁷ e una *condemnatio certae pecuniae*:³⁸

«IUDEX ESTO. SI P. N^m N^m A^o A^o SESTERTIUM DECEM MILIA DARE OPORTERE, IUDEX N^m N^m A^o A^o SESTERTIUM DECEM MILIA C. S. N. P. A.»³⁹

è possibile stabilire se anche in questo *modus agendi* si agisse indicando la causa. Alcuni studiosi (cfr. M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, I. *Legis Actiones*, Bonn 1864, 148; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 88 nt. 11) lo ammettono. Altri, invece, lo negano (cfr., per esempio, O. KARLOWA, *Der Römische Civilprozeß zur Zeit der Legisactionen*, Berlin 1872, 111; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1987, 100).

In ogni caso, poiché non si può essere sicuri della risalenza alla *legis actio per conductionem* del ricorso a *sponsio et restipulatio* (v. *infra*, § 7, nt. 60), questo *modus agendi* sarebbe risultato più vantaggioso anche rispetto alla *legis actio sacramenti in personam*, che comportava il rischio connesso al pagamento della *summa sacramenti* in caso di soccombenza. Sul punto v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 189 s.

³⁷ Benché impiegata comunemente nella storiografia romanistica, tale espressione non trova riscontro nelle fonti di cui si dispone: cfr. M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I. *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino 2006, 36, con letteratura.

³⁸ O. LENEL, *EP*³, cit., 237; cfr. ID., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig 1883, 187; ID., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*², Leipzig 1907, 230.

³⁹ Si veda anche la ricostruzione della formula suggerita negli stessi termini da Rudorff in *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt. Constituit adnotavit edidit Adolfus Fridericus Rudorff*, Lipsiae 1869, 103 (§ 93). Per la presenza nel programma di giudizio della clausola 'QVA DE RE AGITVR' v. *infra*, nel testo, §§ 5 e 13.

Diverso, invece, il programma di giudizio con *demonstratio* immaginato da J.CHR. HASSE, *Ueber das Wesen der actio, ihre Stellung im System des Privatrechts und über den Gegensatz der in personam und in rem actio*, in *RhM* 6, 1835, 85: «Iudex esto. quod Aulus Agerius Numerio Negidio centum mutuo dedit, qua de re agit, si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio centum condemnato, si non paret absolutio.» Una formula del genere era stata suggerita da Hasse nel quadro della sua ricostruzione secondo cui l'applicazione originaria della *condictio (certi)*, già a partire dalla *legis actio per conductionem*, sarebbe stata connessa a crediti nascenti dal contratto di mutuo.

Pure F.C. VON SAVIGNY, *System des Römischen Rechts*, V, Berlin 1841, 609 s., aveva creduto che in alcuni casi, forse su iniziativa rimessa di volta in volta all'attore, l'intentio della *condictio certae pecuniae* fosse preceduta da una *demonstratio* che indicasse la causa dell'azione (per esempio: «*Quod Agerius Negidio Centum mutuos dedit*», oppure: «*de Negidio Centum stipulatus est*»), e che in altri casi, come quello della *condictio indebiti* o della *condictio ex causa furtiva*, la *demonstratio* non potesse mancare. Savigny, peraltro, non escludeva che la causa dell'azione fosse indicata direttamente nell'intentio del programma di giudizio della *condictio certae pecuniae* (*op. cit.*, 610).

Diverso, invece, l'orientamento di G.F. PUCHTA, *Cursus*, II, cit., 97 s., e ivi ntt. f-g, convinto che in certi casi la formula di un'*actio certa* come quella della *condictio* dovesse esprimere il rapporto di fatto che costituiva il fondamento del DARE OPORTERE in una *praescriptio* premessa alla *iudicis nominatio* (con funzione di *demonstratio*) o in una *praescriptio loco demonstrationis* integrata all'interno del programma di giudizio. Sul punto v. *infra*, § 17.

Per M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, cit., 264, l'indicazione nella formula non era essenziale, ma era possibile e addirittura necessaria qualora l'attore si volesse riservare la possibilità di agire nuovamente in giudizio sulla base di una nuova causa. Secondo questo autore, tale indicazione sarebbe avvenuta direttamente nell'intentio, secondo quanto si potrebbe desumere da Gai 4.55 (*op. cit.*, 264 s. nt. 23).

Pure la formula della *condictio certae rei*, detta anche *condictio triticaria* (o *triticaria*),⁴⁰ aveva un'*intentio certa*, seguita però da una *condemnatio* al 'QVANTI EA RES EST':

«S. p. N^m N^m A^o A^o tritici Africi optimi modios centum dare oportere, quanti ea res est, t. p. N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.»⁴¹

L'innegabile nesso che legava le *condictiones* formulari alla *legis actio per conductionem*, tuttavia, non impone di pensare che anche nel processo formulare il programma di giudizio della *condictio* non potesse mai indicare la causa dell'azione. Non può escludersi, infatti, che le *formulae iudiciorum* della *condictio* fossero munite di clausole come le *praescriptiones* che erano previste in un'apposita sezione dell'editto.⁴²

Prima di valutare questa possibilità, è opportuno verificare se, come pensava Baron, la causa della *condictio* cominciasse davvero a giocare un ruolo nel processo solamente nel corso della fase *apud iudicem* nei termini stabiliti dall'attore, o se invece andasse individuata già *in iure* per essere poi richiamata indirettamente dai *concepta uerba* che componevano il modello del programma di giudizio proposto nell'editto.

5. Riallacciandosi al dibattito che si era sviluppato sul punto fra Hugo Krüger ed Ernst Immanuel Bekker, nella terza edizione del suo *Edictum perpetuum* Lenel si interrogava sulla possibilità che nella formula dell'*actio certae creditae pecuniae* fosse presente la clausola 'QVA DE RE AGITVR'.⁴³

⁴⁰ Sull'origine del nome di questa azione v. gli autori citati da ultimo in M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 186 s., nt. 651.

⁴¹ O. LENEL, *EP*³, cit., 240. Cfr. la formula ricostruita da A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., 105 (§ 95). Sulla presenza dell'indicazione o meno della qualità del frumento nell'*intentio* di questa formula v. gli autori citati in M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 188 nt. 659. Per la diversa ricostruzione della formula con *demonstratio, intentio* (cosiddetta *certa*) e *condemnatio incertae pecuniae* v. J.CHR. HASSE, *Ueber das Wesen der actio*, cit., 85. Cfr. anche F.C. VON SAVIGNY, *System*, V, cit., 612: «Der Entstehungsgrund mag hier, eben so wie bey der Condictio auf baares Geld ... sehr häufig, aber nicht allgemein durch eine vorhergehende *Demonstratio* oder auch in der *Intentio* selbst, bezeichnet worden seyn.»

⁴² Ciò può ricavarsi dalla lettura del cap. LXXXV della *lex Irnitana*, che imponeva ai magistrati del municipio Flavio Irnitano di riprodurre nel proprio editto gli strumenti previsti nell'editto del governatore provinciale. In questo capitolo sono menzionate, oltre alle *formulae iudiciorum*, alle *sponsiones*, alle *satis accptiones*, alle *exceptiones* e agli *interdicta*, anche le *praescriptiones*. Sul punto cfr. L. PELLECCHI, *La praescriptio*, cit., 57 ss.; M.M.L.G. ROCCA, *Competenze delle magistrature municipali in materia di interdetti*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano 2009, 360.

⁴³ Cfr. E. LENEL, *EP*³, cit., 237 nt. 4: «Qua de re agitvr? S. einerseits H. Krüger, SZ 29, 387 f., andererseits Bekker, SZ 30, 8.» Al riguardo va ricordato che, per quanto sia passata inosservata, l'idea secondo cui le parole 'QVA DE RE AGITVR' contenute in una formula avrebbero consentito all'attore di evitare che potessero sorgere dubbi sull'oggetto della controversia era stata enunciata già da un profondo conoscitore del processo civile romano come Bethmann-Hollweg: v. M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, cit., 212: «Ueberall ist der solenne Beisatz QUA DE RE AGITUR eine Cautel, durch welche der Kläger, wenn Zweifel über den Gegenstand des Rechtsstreits entstehen sollte, sich auf seine Absicht bezieht.»

La clausola 'QVA DE RE AGITVR' è stata inserita nella ricostruzione della formula dell'*actio certae creditae pecuniae* anche da E. BETTI, *Diritto romano*, I. *Parte generale*, Padova 1935, 512, e successivamente – fidando sulla testimonianza delle tavolette pompeiane quando erano ancora inedite – da V. ARANGIO-RUIZ,

Pur sposando senza riserve la tesi della 'astrattezza' della *condictio* così come configurata da Baron, Krüger si era mostrato convinto del fatto che il programma di giudizio di quest'azione dovesse rinviare in qualche modo all'attività compiuta dalle parti nella fase *in iure*. Ciò avrebbe consentito di specificare la fattispecie concreta connessa alla questione giuridica da risolvere, limitando a una determinata causa gli effetti consuntivi dell'azione concretamente intentata. Accettato il postulato di Baron secondo cui il profilo causale dell'azione non avrebbe potuto trovar posto né in una *demonstratio* né in una *praescriptio*, Krüger credeva che un richiamo al 'Tatbestand' che costituiva il fondamento del processo si sarebbe attuato proprio grazie alle parole 'QVA DE RE AGITVR', le quali avrebbero rinviato all'attività compiuta *in iure* dalle parti e di cui sarebbe rimasta traccia nella memoria dei testimoni intervenuti nella *litis contestatio*. La distinzione fra un 'Tatbestand' richiamato da tali parole, e un 'Rechtsgrund' che non poteva essere enunciato in una formula come quella della *condictio*, avrebbe consentito di non sconfessare la 'astrattezza' di questa azione.⁴⁴

Nei confronti di queste conclusioni furono però sollevate alcune obiezioni⁴⁵ che – come si è accennato – indussero Lenel a non pronunciarsi sul punto.⁴⁶ Bekker, in particolare, osservò che: (A) poiché il problema dell'astrattezza di una formula di *condictio* priva della clausola 'QVA DE RE AGITVR' si sarebbe presentato già in ordine al formulario della *legis actio per conductionem*, bisognava ipotizzare la presenza di un'analoga clausola anche nel formulario di questa *legis actio* o pensare che la clausola fosse superflua nella *condictio* formulare; (B) le parole 'QVA DE RE AGITVR' avrebbero costituito un *referens sine relato*, di cui peraltro non vi sarebbe stato alcun bisogno non solo alla luce del principio per il quale '*singulas obligationes singulae causae sequuntur*',⁴⁷ ma anche perché al giudice doveva risultare chiaro già in base al suo *officium* che si trovava di fronte al DARE OPORTERE di una somma di denaro dovuta per una causa concreta, e non astratta; (C) dalle fonti non risulterebbe provato quanto a lungo ci si continuò a servire dei testimoni presenti alla *litis contestatio* accanto ai *concepta uerba* della formula.

Poiché la scoperta delle tavolette pompeiane ha confermato l'esattezza dell'intuizione di Krüger, può stupire come anche chi ha ritenuto di inserire la clausola 'QVA DE RE AGITVR' nelle formule della

Introduzione a L'orazione per l'attore comico Quinto Roscio [Centro di Studi Ciceroniani. Tutte le opere di Cicerone, 1], Milano 1964, 285 e 303 nt. 4; Id., *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1960 (rist. 1994), 124; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova 1999, 48 [Nr. 19]; C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino 2001, 131.

⁴⁴ H. KRÜGER, *Die Worte ,qua de re agitur' und (res) ,qua de agitur' in den Prozessformeln*, in ZSS, R.A. 29, 1908, 379 ss., che a conforto delle proprie conclusioni si richiamava alla ricostruzione dell'*intentio* della *condictio certi* suggerita dallo stesso J. BARON, *Geschichte*, I, cit., 399, nella quale comparivano le parole 'QVA DE RE AGITVR': «Si paret, NN^{um} AA^o sestertium X milia dare oportere q.d.ra... (condictio certi)» (v. anche *op. ult. cit.*, 401). La convezione che della 'astrattezza' della *condictio* non si potesse più dubitare è ancora tenuta ferma in H. KRÜGER, Rec. a. R. VON MAYR, *Die condictio des römischen Privatrechtes*, in ZSS, R.A. 21, 1900, 418.

⁴⁵ E.I. BEKKER, *Vermutungen*, cit., 8 s. Per altre perplessità v. anche M. KASER, *Formeln mit «intentio incerta», «actio ex stipulatu» und «condictio»*, in Labeo 22, 1976, 16 nt. 38.

⁴⁶ V. *supra*, nt. 43.

⁴⁷ O più probabilmente, se si accetta la proposta di Segré, '*singulas [obligationes] <actiones> singulae causae sequuntur*'; cfr. D. 44.2.14.2 (Paul. 70 *ad ed.*), trascritto *infra*, nel testo, § 19. Secondo Bekker, infatti, questo principio non doveva essere frutto di un'invenzione di Paolo, e quindi era sicuramente più risalente nel tempo.

condictio certae pecuniae e *certae rei*⁴⁸ non abbia pensato di dovere riconsiderare le osservazioni che vi avevano scorto una funzione ben precisa nell'ambito del programma di giudizio. Senza confrontarsi specificamente con l'idea che tale clausola potesse giocare il ruolo di richiamare l'attività svolta *in iure* dalle parti in causa, infatti, ci si è limitati a sostenere che la sua presenza all'interno del programma di giudizio fosse essenzialmente 'pleonastica', 'inutile', o dovuta a ragioni di stile.⁴⁹

6. Prima di verificare se le parole 'QVA DE RE AGITVR' contenute nella formula della *condictio* potessero assolvere allo scopo di rinviare al profilo della *causa actionis*,⁵⁰ è opportuno affrontare la questione del modo in cui l'attività compiuta dalle parti prima della fase *apud iudicem* potesse riflettersi sulla redazione dei programmi di giudizio che di volta in volta erano oggetto di *litis contestatio*.

Anche senza considerare le formule tramandate in TPSulp. 31, infatti, il convincimento secondo cui in caso di *condictio* la causa dell'azione dovesse restare del tutto estranea alla fase *in iure*, come ritenuto da Baron,⁵¹ appare inconciliabile con quanto può desumersi dal materiale testuale di cui si dispone.

Come si avrà modo di vedere, è da ritenere che le ragioni per le quali l'attore poteva agire in giudizio con una *condictio* fossero determinanti già prima della *litis contestatio* in considerazione di due aspetti che meritano di essere approfonditi. Da un lato, infatti, tali ragioni avrebbero avuto un peso considerevole per stabilire se l'azione diretta al DARE OPORTERE di un *certum* dovesse comportare l'applicazione di clausole che erano proprie di pretese riconducibili all'idea del *credere* editale;⁵² dall'altro esse sarebbero state rilevanti ai fini dell'*editio actionis* e della connessa *editio instrumentorum*.⁵³

7. Caratteristico dell'*actio certae creditae pecuniae* era il ricorso, sussistendo determinati presupposti, al *ius iurandum in iure delatum*.

⁴⁸ Cfr. D. MANTOVANI, *Le formule*², cit., 48 s. [Nr. 19 e Nr. 22].

⁴⁹ In tal senso D. MANTOVANI, *Le formule*², cit., 25 s., secondo cui tale clausola avrebbe avuto semplicemente «la funzione di legare parti diverse della formula».

Parzialmente diversa, ma senza un approfondimento che probabilmente sarebbe risultato proficuo se compiuto in un orizzonte più ampio, la constatazione che «la clausola formulare *qua de re agitur* non allude necessariamente all'*id quod actum est* nel senso di intenzione delle parti, bensì ... si riferisce all'*actio* (così come, per intendersi, nella *praescriptio* "*ea res agatur cuius rei dies fuit*" il verbo *agatur* significa certamente "l'*actio* verta sul rapporto il cui termine è scaduto")» (così D. MANTOVANI, Rec. a U. BABUSLAUX, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, in ZSS, R.A. 126, 2009, 569). Un paragone più interessante rispetto a quello istituito da Mantovani con una *praescriptio* con funzione esclusivamente 'limitativa', in effetti, si sarebbe potuto fondare sul richiamo a *praescriptiones* nelle quali veniva in rilievo il profilo della causa dell'azione, come la *praescriptio* attestata in TPSulp. 31, la *praescriptio pro reo* riferita in Gai 4.133 (su cui v. *infra*, § 12), o la *praescriptio pro actore* da premettere alla formula della *rei vindicatio per formulam petitoriam* allo scopo di esprimere la *causa actionis* (come ammesso, peraltro, dallo stesso Mantovani: v. *infra*, § 20, nt. 209).

⁵⁰ Cfr. *supra*, § 5.

⁵¹ Cfr. *supra*, § 2 e nt. 12.

⁵² *Infra*, §§ 7-9.

⁵³ *Infra*, § 10.

Al riguardo va precisato che, diversamente da quanto creduto da Lenel,⁵⁴ la clausola sul giuramento⁵⁵ non era posta in testa alla rubrica editale ‘*Si certum petetur*’, e pertanto – almeno in origine – non sarebbe stata applicabile a tutte le azioni le cui formule erano riunite sotto tale rubrica. Come correttamente osservato da Biondi,⁵⁶ infatti, la successione con cui i frammenti escerpiti dai commentari all’editto dei giuristi classici furono collocati nel Digesto di Giustiniano, che rispecchiava l’ordine dell’editto perpetuo,⁵⁷ induce a ritenere che la clausola sul giuramento non precedesse, ma seguisse la formula dell’*actio certae creditae pecuniae* e gli schemi di *sponsio et restipulatio tertiae partis*.⁵⁸

Altra caratteristica dell’*actio certae creditae pecuniae* era quella per cui, prima di procedere alla *litis contestatio* sulla formula di questa azione,⁵⁹ attore e convenuto avrebbero dovuto prestare innanzi al magistrato una *sponsio* e una *restipulatio tertiae partis*.⁶⁰ In virtù di esse ciascuna parte si sarebbe obbligata *in iure* a pagare alla controparte una somma di denaro pari a un terzo di quella richiesta in giudizio⁶¹ nel caso in cui fosse risultata soccombente nell’azione principale.⁶²

⁵⁴ O. LENEL, *EP*³, cit., 232 e 235.

⁵⁵ D. 12.2.34.6 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Ait praetor: ‘eum a quo iusiurandum petetur, soluere aut iurare cogam’*. Il testo è ritenuto da tempo interpolato. Per le diverse proposte di restituzione v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 161 ss., nonché *infra*, § 9, nt. 95.

⁵⁶ B. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Palermo 1913, 19 s.

⁵⁷ Cfr. cost. *Deo auctore*, § 5: *...in libros quinquaginta et certos titulos totum ius digerere, tam secundum nostri constitutionum codicis quam edicti perpetui imitationem* rell.

⁵⁸ Mentre i frammenti relativi alle formule della *condictio* sono stati posti nel titolo D. 12.1 ‘*De rebus creditis si certum petetur et de condicione*’, quelli relativi al *ius iurandum* risultano collocati nel titolo D. 12.2 ‘*De iureriurando siue uoluntario siue necessario siue iudiciali*’. È da ritenere, pertanto, che la clausola sul giuramento costituisse in origine un’appendice applicabile esclusivamente all’*actio certae creditae pecuniae*. Sul punto v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 161 ss. (v. anche 191 nt. 672); cfr. *Id.*, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 145 nt. 542.

⁵⁹ In tal senso v. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1. *Privatrecht*, Leipzig 1901, 596; R. SANTORO, *Le due formule*, cit., 349 nt. 65 (= *Scritti minori*, I, cit., 345 nt. 65); M. VARVARO, *Praescriptio e sponsio nella Tabula Pompeiana Sulpiciorum 31*, in *AUPA* 47, 2002, 394.

⁶⁰ Gai 4.13 e 4.171 (i testi sono trascritti *infra* nella nt. 65); Lex Rubria de Gallia Cisalpina, cap. XXI; Cic., *pro Rosc. com.* 4.10 e 5.14 (il cui testo è trascritto per la parte che interessa *infra*, § 8). Si è ipotizzato che *sponsio et restipulatio tertiae partis* dovessero prestarsi già nel procedimento della *legis actio per condictionem*. Tale idea, tuttavia, non trova riscontri sicuri nelle fonti. Sul punto v. da ultimo M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 194 ss., con discussione della letteratura più antica ivi citata alle ntt. 686 e 690, cui adde F.C. VON SAVIGNY, *System*, V, cit., 611; [PH.E.] HUSCHKE, *Rec. a A. SCHMIDT, M. Tullii Ciceronis pro Quinto Roscio Comoedo orationem edidit, commentariis, adnotationibus illustravit Carolus Adolphus Schmidt, utr. jur. Doctor. Leipzig, Serig, 1839*, in *Krit. Jahrbücher für Deutsche Rechtswiss.* 7, 1840, 487; F. EISELE, *Die materielle Grundlage der Exceptio. Eine römisch-rechtliche Untersuchung*, Berlin 1871, 168 ss.; J. BARON, *Zur Legisactio per iudicis arbitrive postulationem*, cit., 51 s.; M. MARRONE, *L’efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA* 24, 1955, 542 e nt. 84.

⁶¹ La *sponsio tertiae partis* doveva menzionare direttamente una somma di denaro e non, *per relationem*, la terza parte della somma per la quale si agiva in giudizio. Sul punto v. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 147 s. nt. 549, nonché, nello stesso senso, J. PLATSCHEK, *Das Edikt De pecunia constituta. Die römische Erfüllungszusage und ihre Einbettung in den hellenistischen Kreditverkehr*, München 2013, 50.

⁶² Questo *agere cum poena* era analogo a quello che caratterizzava l’*actio constitutae pecuniae*, in cui

La prestazione di *sponsio et restipulatio tertiae partis*, dunque, costituiva un tratto caratteristico dell'*actio certae creditae pecuniae*.⁶³ Come il *ius iurandum in iure*, difatti, essa non si applicava negli altri casi di pretese che, pur avendo per oggetto una quantità determinata di denaro, non erano riconducibili a operazioni riconnesse al *credere* edittale, come la *condictio indebiti*, la *condictio ex causa furtiva*, o la *condictio certi* per far valere l'inadempimento di un legato *per damnationem* avente per oggetto una somma determinata di denaro o un'altra *certa res*.⁶⁴

Non è un caso, allora, che Gaio parli proprio dell'*actio certae creditae pecuniae*, e non genericamente di una '*formula qua certam pecuniam petimus*', quando dà notizia del *periculum* che le parti avrebbero corso in dipendenza della prestazione di *sponsio et restipulatio tertiae partis*.⁶⁵

L'*actio certae creditae pecuniae*, pertanto, costituiva una particolare applicazione della *condictio certae pecuniae* da esperirsi solamente nei casi in cui la somma determinata di denaro per la quale si agiva in giudizio era dovuta in relazione a un'operazione di 'credito' e che si caratterizzava per il ricorso a *sponsio et restipulatio tertiae partis*.⁶⁶ Ciò spiega bene perché tale

però *sponsio et restipulatio* avevano per oggetto una somma pari alla metà dell'importo per cui si agiva (Gai 4.171). Sulla *sponsio dimidiae partis* e sui suoi rapporti con la ἡμιολία del diritto greco v. J. PLATSCHER, *Das Edikt De pecunia constituta*, cit., 42 ss., con letteratura.

⁶³ Ciò era riconosciuto anche da J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 156.

⁶⁴ Sul punto v. ancora M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 196. Diversamente, ma senza addurre prove testuali, J.C. VAN OVEN, *Les actions issues de la stipulation*, in TRG 27, 1959, 400 s.

⁶⁵ Gai 4.13: *...eaeque actio proinde periculosa erat falsi —, atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsonem qua periclitatur reus, si temere neget, <et> restipulationem qua periclitatur actor, si non debitum petat rell.*; Gai 4.171: *...ex quibusdam causis sponsonem facere permittitur, ueluti de pecunia certa credita et pecunia constituta; sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae uero pecuniae partis dimidiae.*

Diversamente da quanto ritenuto da G. DONATUTI, *Le cause delle condictiones*, in Studi Parmensi 1, 1951, 36 nt. 4, e più di recente anche da A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 44 ss., non si riferisce all'*actio certae creditae pecuniae*, e pertanto non rileva ai fini della determinazione della nozione di *pecunia certa credita* che era oggetto di questa azione, quanto si legge in Gai 3.124 con riferimento alla *lex Cornelia* in materia di garanzie personali delle obbligazioni. Al riguardo v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 142 ss., spec. 147 s., con discussione della letteratura precedente.

⁶⁶ In questo senso, seppure in prospettive diverse fra loro, si vedano le conclusioni di G.E. HEIMBACH, *Die Lehre von dem Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*, Leipzig 1849, 45 ss., che ha analizzato la questione partendo dalla discussione critica dell'opinione, diffusa fra i giuristi del sedicesimo secolo, secondo cui l'*actio certae creditae pecuniae* andrebbe identificata con la *condictio certi* o con l'azione chiamata dai giustinianeî '*actio si certum petetur*', e tenendo distinta l'*actio certae creditae pecuniae* dalla *condictio certi*; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1. *Privatrecht*, Leipzig 1901, 594 ss.; W. STINTZING, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, 1. *Zur Geschichte der condictio und der actio certae creditae pecuniae*. 2. *Ueber das possidere pro possessore*, Jena 1901, spec. 14 ss.; U. ROBBE, *L'autonomia dell'actio certae creditae pecuniae e la sua distinzione dalla condictio*, in SDHI 7, 1941, 35 ss. In senso contrario a quanto osservato da Karlowa e da Stintzing v. R. VON MAYR, *Condictio incerti*, in ZSS, R.A. 24, 1903, 260 ss.; P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*⁴, trad. ital. di C. Longo, Milano 1909, 504 nt. 2; G. DONATUTI, *Le cause delle condictiones*, cit., 36 ss. Per le posizioni di d'Ors, che identificava *actio certae creditae pecuniae* e *condictio*, v. C.A. CANNATA, *La «distinctio» re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin 1970, 445 s. nt. 72.

azione avesse preso il nome non dall'atto da cui era stata generata, ma dalla *certa pecunia credita*.⁶⁷

8. La possibilità di agire con *actio certae creditae pecuniae* per una somma determinata di denaro dovuta in base a un'operazione di credito che avrebbe comportato l'applicazione di *sponsio et restipulatio tertiae partis* è testimoniata esplicitamente da un noto brano dell'orazione di Cicerone in difesa dell'attore comico Quinto Roscio Gallo in relazione all'azione intentata contro di lui da Caio Fannio Cherea, difeso da Publio Saturio:⁶⁸

⁶⁷ Diversamente avveniva nel caso di *stipulatio incerta*, in cui il nome stesso dell'azione che ne nasceva (*actio incerti ex stipulatu*) rinviava proprio all'atto, ossia allo 'stipulatus' (cfr. *VIR* 5, Berolini 1939, col. 688 s.) considerato fonte dell'*OPORTERE* dedotto nell'*intentio*.

Ciò potrebbe spiegarsi nell'ambito di un orizzonte di ricerca più ampio che torni a riflettere sulla nascita del gruppo di azioni le cui formule erano caratterizzate dalla presenza di un'*intentio* cosiddetta *incerta* (o di un'*adiudicatio*) preceduta da *demonstratio*, fra le quali vi era anche quella dell'*actio incerti ex stipulatu*. Al riguardo, infatti, non risulta convincente un recente orientamento (R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, 20 ss.) intrinsecamente condizionato dalla considerazione della funzione della *praescriptio* così come intesa nella ricostruzione di Wlassak, e il cui nucleo centrale risulta accolto nel quadro di uno studio che, pur tentando di dare una risposta a una serie di stimolanti interrogativi, non ha trovato molta eco nella storiografia successiva. Tale studio risulta ancorato, tra l'altro, al convincimento che *praescriptiones pro reo* come quelle testimoniate in Gai 4.133 o in Cic., *de inuen.* 2.20.59-60 (passo nel quale, tuttavia, si parla – e a ragione – di 'exceptio', e non di 'praescriptio'), potessero condurre a una «assoluzione senza *absolutio*». Sennonché, poiché della solidità di siffatto presupposto si può dubitare (cfr. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 24 ss., con altra bibliografia), l'impianto dell'intera indagine ne risulta indebolito già alla base. L'elevato grado di ipoteticità delle conclusioni cui si perviene rende arduo dividerle, soprattutto se si considerano anche altri profili posti in luce nella storiografia anteriore agli studi di Wlassak, ma rimasti fuori dal raggio della ricerca (sul punto v. anche *infra*, § 20, nt. 220).

È più plausibile, invece, ritenere che la peculiare struttura delle formule con *demonstratio* si sia andata assestando in un'epoca nella quale il pretore cominciò a includere nel proprio editto una serie di programmi di giudizio che indicassero la *res qua de agitur* direttamente nella formula proposta nell'albo, anziché in una *praescriptio* che andava premessa di volta in volta alla *formula qua incertum petimus* ricordata da Gai 4.131. La *demonstratio*, infatti, seguiva la nomina del giudice e – nell'esprimere la causa di un'azione intesa nella sua dimensione condannatoria – si riconnetteva direttamente all'*intentio*, all'*adiudicatio* o, nel caso dell'*actio iniuriarum*, direttamente alla *condemnatio*, mentre la *praescriptio* introdotta dalle parole 'EA RES AGATVR' (o 'AGETVR') premessa di volta in volta alla *formula qua incertum petimus* era ancora legata all'idea dell'*actio* (intesa nella sua 'konsumierende Funktion'). In un fenomeno del genere potrebbe scorgersi una proiezione a livello editale del riconoscimento della *causa* con riferimento all'*OPORTERE* dedotto nell'*intentio*. Per una prospettiva che consideri le ragioni che potrebbero aver determinato la trasformazione della *praescriptio* in *demonstratio* v. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 175 ss.

⁶⁸ Sull'orazione ciceroniana e sulle vicende che ne rappresentano lo sfondo, sia consentito rinviare a M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., 91 ss., e alla letteratura ivi citata alla nt. 222, cui adde C.A. CANNATA, *Qualche considerazione sui 'nomina transcripticia'*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, II, Milano 2007, 183 ss. (= *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino 2012, 622 ss.).

Cic., *pro Rosc. com.* 5.14: *Pecunia petita est certa; cum* [Huschke: *cuius*]⁶⁹ *tertia parte sponsio facta est. Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit* rell.

È vero, come è stato osservato, che in questa orazione non si parla mai esplicitamente di una *certa credita pecunia*.⁷⁰ Ma ciò non desta alcuno stupore se si riflette sulla circostanza che l'espressione '*pecunia certa credita*' comincia a essere attestata dalle fonti con il suo significato tecnico solo sul finire dell'età repubblicana,⁷¹ a partire da un periodo successivo a quello in cui fu pronunciata l'orazione ciceroniana.⁷²

In ogni caso, la menzione della *pecunia certa* unitamente a quella della *sponsio tertiae partis*⁷³ mostra quale fosse l'azione intentata contro Roscio.⁷⁴ Ciò perché l'*actio certae creditae pecuniae* aveva un campo di applicazione non perfettamente coincidente con quello della *condictio certae pecuniae*, erede formulare della *legis actio per conductionem ex lege Silia*, che riguardava le pretese relative a una *certa pecunia* a prescindere dall'indicazione della causa che le aveva generate,⁷⁵

⁶⁹ La proposta di Ph.E. HUSCHKE, Rec. a A. SCHMIDT, *M. Tullii Ciceronis pro Quinto Roscio Comoedo*, cit., 495, di emendare in '*cuius*' il '*cum*' tramandato dalla tradizione manoscritta, seguita da Kayser (*Adnotatio critica*, in *M. Tullii Ciceronis orationes recognovit C. L. Kayser*, I, Lipsiae 1861, XII e 72), è stata accolta anche da O. LENEL, *EP*³, cit., 238 nt. 6. La lezione '*cum*', nondimeno, è stata difesa da O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I.2, cit., 595 s., convinto che la *sponsio tertiae partis* fosse al contempo penale e pregiudiziale. Tuttavia, se si rinuncia a condividere tale presupposto (v., in questo senso, M. VARVARO, *Praescriptio e sponsio*, cit., 396 ss.), l'emendazione di '*cum*' in '*cuius*' proposta da Huschke riuscirebbe a dar conto delle ragioni per le quali Cicerone in questo punto dell'orazione fosse nelle condizioni di affermare che la *pecunia* richiesta in giudizio da Fannio potesse essere dovuta solamente in base a *datio, expensi latio* o *stipulatio*. La frase '*haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit*', infatti, andrebbe riferita alla *pecunia certa* perché nella frase immediatamente precedente si ricorda che era stata conclusa una *sponsio* per la terza parte di questa *pecunia*, sicché si sarebbe trattato di una *pecunia certa* che legittimava l'esercizio dell'unica azione che – secondo quanto si ricava dalle Istituzioni di Gaio (v. *supra*, § 7 e nt. 65) – avrebbe previsto il ricorso alla *sponsio tertiae partis*. D'altra parte, le difficoltà connesse alla lezione del passo tramandata dalla tradizione manoscritta erano state notate anche da S.H. RINKES, *Verisimilia*, in *Mnemosyne* 8, 1859, 450, che però aveva suggerito di emendare il '*cum*' in '*in*', e di leggere pertanto: '*Pecunia petita est certa: in tertia parte sponsio facta est*'.

⁷⁰ Cfr. R. VON MAYR, *Die Condictio des Römischen Privatrechtes*, Leipzig 1900, 71 s.

⁷¹ Stando alle testimonianze passate in rassegna da U. ROBBE, *L'autonomia dell'actio certae creditae pecuniae*, cit., 40 ss., difatti, l'espressione '*certa pecunia credita*' ricorre non prima dell'età in cui furono emanate la *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, databile a un periodo compreso fra il 49 e il 42 a.C., e la *lex Iulia municipalis* promulgata da Cesare nel 45 a.C.

⁷² Per la datazione di questa orazione entro un arco di tempo compreso fra il 77 e il 66 a.C. v. gli autori citati in M. VON SCHANZ-C. HOSIUS, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian*, I. *Die römische Litteratur in der Zeit der Republik*⁴, München 1927 (rist. 1979), 416, dove si inclina verso una datazione al 67 o al 66 a.C.

⁷³ Cfr. anche Cic., *pro Rosc. com.* 4.10: *...in qua legitimae partis sponsio facta est*.

⁷⁴ Cfr. *supra*, § 7.

⁷⁵ Sul punto v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 185 e 198. Questa caratteristica era già stata messa in luce da J. BARON, *Zur Legisactio per iudicis arbitrive postulationem*, cit., 45 ss.; ID., *Die Conditionen*, cit., 187 e 195. Nello stesso senso, sulla base di quanto si legge in Gai 4.19, v. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 762. Diversamente si era espresso invece J.CHR. HASSE, *Ueber das Wesen der actio*, cit., 54, nella più ampia cornice della convinzione secondo cui il campo di applicazione originario della *condictio*, di cui Gaio avrebbe perso memoria, sarebbe stato «das Einfordern eines Creditum» (*op. cit.*, 68). Una convinzione del

così come quello della *condictio certae rei* non corrispondeva a quello della *legis actio per conditionem ex lege Calpurnia*.⁷⁶

Ogni dubbio sul fatto che nell'azione intentata da Fannio vada scorta un'*actio certae creditae pecuniae*, peraltro, è destinato a svanire riflettendo sulle ragioni per le quali Cicerone indicava come possibili fonti del credito vantato dall'attore solamente i tre atti che quest'ultimo avrebbe avuto poi l'onere di dimostrare in giudizio.⁷⁷ *Datio, expensio latio e stipulatio*, infatti, costituiscono la triade di atti per mezzo dei quali può essere attuata un'operazione di credito di una somma determinata di denaro, operazione che nel processo formulare è tutelata appunto con *actio certae creditae pecuniae*. Se Fannio avesse agito con un'azione diversa, Cicerone non avrebbe potuto dire che la sua difesa, in punto di diritto, poteva dirsi conclusa una volta dimostrato che la somma determinata di denaro oggetto della controversia non era dovuta in base a uno di questi tre atti.⁷⁸

È su tale base che Cicerone aveva facile gioco nel dimostrare che nulla era dovuto all'attore da parte del suo assistito, giacché fonte del credito di *certa pecunia* dedotto in giudizio nel caso considerato non era un'operazione di credito. Dalla lettura complessiva dell'orazione, infatti, risulta che la somma richiesta da Fannio era dovuta in forza all'accordo transattivo seguito alla nomina come arbitro di Caio Pisone, secondo cui Roscio avrebbe pagato a Fannio la somma di 100 000 sesterzi.⁷⁹

Nel momento in cui Fannio agiva per la seconda rata di questa somma, pari a 50 000 sesterzi,⁸⁰

genere si ritrova, più di recente, in D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen 1972, 97 s.; ID., *The History of the Roman Condictio up to Justinian*, in N. MACCORMICK-P. BIRKS (a cura di), *The legal Mind. Essays for Tony Honore*, Oxford 1986, 165 s., a parere del quale l'astrattezza della *legis actio per conditionem*, applicabile in origine a pretese in denaro nate dal mutuo informale, si sarebbe estesa in via interpretativa dapprima ai casi nei quali il mutuo sarebbe nato in virtù di *stipulatio* o *nomina transscripticia* (come testimoniato per l'età ciceroniana dall'orazione in difesa dell'attore comico Roscio), e in seguito anche ai casi di pagamento di indebito.

⁷⁶ La *legis actio per conditionem ex lege Calpurnia*, infatti, si applicava anche ai crediti di *certa res* diversi da quelli nati da mutuo, che potevano avere per oggetto solamente *res quae pondere numero mensura constant*. Diversamente, nel quadro della sua ricostruzione (per la quale v. *supra*, § 4, nt. 39 e § 8, nt. 75), J. CHR. HASSE, *Ueber das Wesen der actio*, cit., 54.

⁷⁷ In questo senso v. già, cautamente, O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 766.

⁷⁸ Cfr. Cic., *pro Rosc.* 5.14: ...*Hic ego si finem faciam dicendi, satis fidei et diligentiae meae, satis causae et controuersiae, satis formulae et sponsioni, satis etiam iudici fecisse uidear cur secundum Roscium iudicari debeat.*

⁷⁹ Cic., *pro Rosc. com.* 13.38: ...*Tu, Piso; tu enim Q. Roscium pro opera ac labore, quod cognitor fuisset, quod uadimonia obisset, rogasti ut Fannio daret HS I hac condicione ut, si quid ille exegisset a Flauio, partem eius dimidiam Roscio dissolueret* tell. In argomento cfr. PH. E. HUSCHKE, *Rec. a A. SCHMIDT, M. Tullii Ciceronis pro Quinto Roscio Comoedo*, cit., 484 s. e 486; più di recente, M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., 93.

⁸⁰ A giudizio di C. A. CANNATA, *Qualche considerazione*, cit., 192 ss. (= *Scritti scelti*, II, cit., 629 s.), l'azione intentata da Fannio avrebbe avuto come oggetto la somma di 100 000 sesterzi, giacché questa somma, e non quella di 50 000 sesterzi, risulterebbe dovuta in base a quanto si legge nelle prime battute della parte superstita dell'orazione (Cic., *pro Rosc. com.* 1.4). Tale idea, che in realtà non è nuova, non tiene conto del fatto che, se la somma di 100 000 sesterzi cui si allude in questo punto del discorso è quella che Roscio avrebbe dovuto a Fannio, la metà di essa era stata pagata da Roscio (Cic., *pro Rosc. com.* 17.51), sicché Fannio aveva agito con *condictio* per la seconda rata, che era per l'appunto la somma di 50 000 sesterzi cui si riferisce il resto dell'orazione (Cic., *pro Rosc. com.* 4.11; 8.22-24). Ciò era stato puntualmente rilevato

egli avrebbe dovuto intentare un'azione che aveva per oggetto una *certa pecunia*, ma non una *certa pecunia credita*.⁸¹

La strategia difensiva di Cicerone, in altri termini, poteva giovargli di un errore compiuto dall'attore quando aveva intentato un'azione come l'*actio certae creditae pecuniae* che avrebbe richiesto sul piano probatorio la dimostrazione di una delle tre cause da cui poteva nascere una *certa credita pecunia*. Proprio perché aveva ricordato che era stata prestata la *sponsio tertiae partis*, che era caratteristica esclusiva dell'*actio certae creditae pecuniae*,⁸² Cicerone poteva affermare di non vedere in quale altro modo sarebbe stato possibile chiedere in giudizio una somma determinata di denaro.⁸³

da PH.E. HUSCHKE, Rec. a A. SCHMIDT, *M. Tullii Ciceronis pro Quinto Roscio Comoedo*, cit., 484 s.; G.F. PUCHTA, *Ueber den der Rede pro Q. Roscio Comoedo zu Grunde liegenden Rechtsfall*, in RhM 5, 1833, 322 ss. (= *Kleine civilistische Schriften*, cit., 278 ss.); M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, cit., 810 s.; J. BARON, *Der Process*, cit., 126 e 129, proprio per criticare il fondamento di un'idea analoga a quella ora sostenuta da Cannata, ma già espressa in tempi passati da Schmidt (cfr. anche E. COSTA, *Le orazioni di diritto privato di M. Tullio Cicerone*, Bologna 1899, 33 s. e 35 s.; M. VON SCHANZ-C. HOSIUS, *Geschichte*, I⁴, cit., 416).

Per certi versi brillante, ma non del tutto aderente ai dati che risultano dalla parte superstite dell'orazione, appare la ricostruzione complessiva dei fatti di causa tentata da Cannata per sostenere che Fannio avrebbe agito in giudizio basandosi su un'avvenuta *expensi latio* compiuta allo scopo di novare una precedente obbligazione nata da una *stipulatio*, ma sottoposta a una condizione per lui non vantaggiosa. La *restipulatio* di cui si discorre in Cic., *pro Rosc. com.* 13.38 (v. nt. prec.), difatti, non deve intendersi necessariamente come una promessa compiuta da Fannio sul presupposto che Roscio avesse a sua volta promesso con *stipulatio* la somma di 100 000 sesterzi; nel caso di specie, infatti, essa si configurava come un atto simmetrico a una *datio* (cfr. J. BARON, *Der Process*, cit., 129; V. ARANGIO-RUIZ, *Introduzione*, cit., 297, che parlava correttamente di «*datio* da una parte, *repromissio* dall'altra»). D'altra parte, dal modo in cui si esprime Cicerone in questo punto del discorso non può nemmeno desumersi con sicurezza, come presupposto da Cannata, che la condizione «*si quid ille exegisset a Flauio, partem eius dimidiam Roscio dissolueret*» fosse sospensiva, e non risolutiva. L'idea, ora rinverdata da Cannata, che anche Roscio si fosse obbligato con *stipulatio* a pagare 100 000 sesterzi a Fannio, era stata sostenuta già da G.F. PUCHTA, *Ueber den der Rede pro Q. Roscio Comoedo zu Grunde liegenden Rechtsfall*, cit., 326 (= *Kleine civilistische Schriften*, cit., 278 s.), ma efficacemente rintuzzata da M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, cit., 812 nt. 21, sulla base del condivisibile rilievo che se una stipulazione del genere fosse stata realmente conclusa, Saturio non avrebbe mancato di indicarla all'atto della *editio instrumentorum*. Contro l'opinione che Fannio avesse agito in base a una *stipulatio* v. già PH.E. HUSCHKE, Rec. a A. SCHMIDT, *M. Tullii Ciceronis pro Quinto Roscio Comoedo*, cit., 486 s.

⁸¹ Non può seguirsi R. VON MAYR, *Die Condictio*, cit., 73, quando, partendo dal presupposto che l'azione intentata da Fannio fosse una *condictio* (anziché la particolare applicazione della *condictio certae pecuniae* nascente da un'operazione di mutuo), sostiene che la formula di tale azione poteva impiegarsi solamente per i tre casi indicati da Cicerone – *datio*, *expensi latio* o *stipulatio* – e pertanto non avrebbe potuto trovare applicazione né in relazione al *furtum*, né in relazione alle cosiddette *condictiones sine causa*. Che la *condictio ex causa furtiva* fosse conosciuta dai *ueteres*, peraltro, risulta senza incertezze dalla discussione riferita in D. 13.1.20 (Tryph. 15 *disp.*). Sul punto v. anche F. DE VISSCHER, *La condictio et Le système de la Procédure formulaire*, Gand-Paris [1923], 57 s. e 79 s.

⁸² Cfr. *supra*, § 7.

⁸³ Cic., *pro Roscio com.* 4.13: «...iam duae partes causae sunt confectae; adnumerasse sese negat, expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat. Reliquum est ut stipulatum se esse dicat; praeterea enim quem ad modum certam pecuniam petere possit non reperio. Sulla rilevanza di questo punto dell'orazione per individuare l'azione con cui Fannio aveva agito aveva già richiamato l'attenzione J. BARON, *Der Process*, cit., 133 s.; ID., *Die Conditionen*,

9. Solo se accompagnata dalle azioni nascenti da *sponsio et restipulatio tertiae partis*, allora, la formula della *condictio certae pecuniae* sarebbe stata – come nel caso documentato da TPSulp. 31 – quella di un’*actio certae creditae pecuniae*. Ma con tale formula si poteva agire anche per pretese nate da una *stipulatio* qualsiasi, e dunque anche in base a una *stipulatio* non riconducibile a operazioni di credito.

Ciò risulta da un principio riferito in un passo di Ulpiano che si conosce nella versione giustiniana tramandata in

D. 12.1.24 (Ulp. *l. s. pand.*): *Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia actione persequi debet, per quam certum petitur.*⁸⁴

Lo stesso principio si trova ribadito in un passo delle Istituzioni di Giustiniano in cui, forse in armonia con l’idea per cui le obbligazioni sono ‘matri delle azioni’,⁸⁵ si insegna che

cit., 156, il quale a tale riguardo aveva riconosciuto che la *sponsio tertiae partis* avrebbe conferito alla *condictio certi* un tratto del tutto peculiare («ein individuelles Gepräge»), salvo poi continuare a pensare che tale azione avrebbe comunque conservato il suo carattere ‘astratto’. È significativo, tuttavia, quanto osservato dallo stesso Baron in uno studio precedente, nel quale aveva notato che la conclusione della *sponsio tertiae partis* avrebbe reso evidente che l’azione intentata non sarebbe stata ‘astratta’, ma basata su un *creditum*; cfr. J. BARON, *Zur Legisactio per iudicis arbitrive postulationem*, cit., 52: «Ich darf deshalb über die sponsio tertiae partis eine Vermuthung wagen, nämlich dass in ihr eine Wiederannäherung der Condictio certi an die übrigen Klagen lag; denn wenn sie eingegangen wurde, so ward es offenbar, dass die angestellte Klage keine abstracte sein, sondern auf Creditum (sei es im Sinne Ciceros oder seines Gegners) gestützt werden sollte.»

Per mantenersi fedele alla propria idea della *condictio* come azione ‘astratta’, Baron si trovava costretto a interpretare il punto del discorso in cui Cicerone passava dall’*oratio necessaria* all’*oratio uoluntaria* (Cic., *pro Rosc. com.* 5.15) non quale momento di cesura fra due parti diverse dell’orazione, come correttamente intuito da [K.A.D.] UNTERHOLZNER, *Ueber die Rede des Cicero für den Schauspieler Q. Roscius und über die litterarum obligatio insbesondere*, in ZGR 1, 1815, 249 e nt. 1, e da G.F. PUCHTA, *Ueber den der Rede pro Q. Roscio Comoedo zu Grunde liegenden Rechtsfall*, cit., 319 s. (= *Kleine civilistische Schriften*, cit., 275 s.), ma come un’articolazione interna alla *narratio*. Ad avviso di Baron, pertanto, anche la parte del discorso in cui Cicerone sosteneva che nulla Roscio doveva a Fannio in base a cause diverse dalle tre da cui sarebbe nata una *pecunia certa credita*, dovrebbe spiegarsi con la ‘astrattezza’ della *condictio* (J. BARON, *Der Process*, cit., 136; ID., *Die Conditionen*, cit., 159 s.). Questa conclusione è stata criticata, seppur in modo non del tutto efficace, da E. COSTA, *Le orazioni di diritto privato*, cit., 38. Al riguardo, semmai, può rilevarsi che anche nella *pro Roscio comoedo* Cicerone ha seguito uno schema, riscontrabile in altre sue orazioni, nel quale la struttura della difesa è impostata in modo che a un argomento strettamente giuridico è fatto seguire un argomento retorico che mira all’assoluzione del convenuto (sul punto v. M. VARVARO, *Legittima difesa, tirannicidio e strategia difensiva nell’orazione di Cicerone a favore di Milone*, in AUPA 56, 2013, 241, con altra letteratura). Sulla scorta di questa considerazione, pertanto, non si può ritenere che l’*oratio uoluntaria* svolta in favore di Roscio fosse fondata su ragioni di carattere squisitamente giuridico, riconducibili alla ‘astrattezza’ della *condictio*, e bisogna concordare con gli studiosi che in essa hanno scorto la *narratio* dell’orazione (cfr., per esempio, M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, cit., 823). Di diversa opinione, ma senza alcuna motivazione né rinvio al pensiero di altri autori, R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 144, il quale si è mostrato convinto del fatto che l’orazione in favore dell’attore comico Roscio sarebbe pervenuta priva non solo dell’*exordium*, ma anche della *narratio*.

⁸⁴ Anche questo passo non era sfuggito all’attenzione di Baron nell’ambito della dimostrazione della sua tesi per la quale la *condictio* formulare si sarebbe caratterizzata per la sua ‘astrattezza’: v. J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 4.

⁸⁵ L’espressione ‘μητέρες ... τῶν ἀγωγῶν αἱ ἐνοχαί’ ricorre in PT. 3.13 pr. Sul passo v. G. FALCONE, *Il*

dalla *obligatio uerbis* contratta a mezzo di *stipulatio* nascono, a seconda del tipo di *stipulatio* (*certa* o *incerta*), tanto la *condictio* quanto l'*actio ex stipulatu*:

I. 3.15 pr.: *Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fieriue nobis stipulamur. ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta rell.*⁸⁶

In realtà, l'aggettivo '*condicticia*' che in D. 12.1.24 qualifica il sostantivo '*actio*', e che ricorre esclusivamente in altre fonti dell'età giustiniana,⁸⁷ potrebbe non essere classico, in quanto sembra riecheggiare il modo in cui la *condictio* è indicata nelle fonti bizantine (ὁ κονδικτικός). A ragione, pertanto, su di esso si sono appuntati da tempo i sospetti degli studiosi che se ne sono occupati.⁸⁸ Ciò non implica, tuttavia, che il testo di Ulpiano riferito nella versione giustiniana non sia genuino nella sostanza, e che pertanto in età classica non si agisse con *condictio* per far valere in giudizio pretese di *certum* nate da una *stipulatio*.

Pure la *condictio* da applicare per una *certa pecunia* che non fosse *credita* era erede della *legis actio per conductionem ex lege Silia*, e dunque non menzionava nella formula la fonte del DARE OPORTERE. In tale applicazione, tuttavia, la *condictio* non risultava indirettamente

metodo di compilazione delle Istituzioni di Giustiniano, in AUPA 45.1, 1998, 362 ss., con altra letteratura.

⁸⁶ La prima parte di questo testo, fino a '*stipulamur*', deriva dal secondo libro delle *Res cottidianae* di Gaio: v. D. 44.7.1.7 (Gai. 2 *aur.*). Cfr. anche PT. 3.15 pr., su cui v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 112 s.

⁸⁷ D. 12.2.13.2 (Ulp. 22 *ad ed.*); D. 12.4.7 pr. (Iul. 16 *dig.*); D. 24.1.55 (Paul. 6 *quaest.*); I. 3.14.1; I. 4.6.24-25; C. 8.54(55).3 pr. (Diocl. et Max., a. 290). Poiché il rescritto diocleziano è stato tramandato in una versione più ampia anche in FV. 286 (Diocl. et Max., a. 290), J.L. MURGA, *La actio condicticia ex lege: una acción popular justiniana*, in RIDA 15, 1968, 363 s. nt. 23, ha ritenuto che espressioni come '*actio condicticia*' o '*actio conductionis*' sarebbero caratteristiche già dell'età postclassica, oltre che giustiniana. Sennonché, il testo dei *Fragmenta Vaticana* considerato dallo studioso spagnolo è stato ricostruito dagli editori sulla base di quanto si legge in una versione di questa stessa costituzione tramandata anche dal Codice di Giustiniano. L'espressione '*condicticia actio*', tuttavia, non trova un riscontro nel foglio del palinsesto vaticano, che è mutilo (Q. XXVIII. 6a): cfr. l'apografo del foglio in *Codicis Vaticani N. 5766 in quo insunt iuris anteiustiniani fragmenta quae dicuntur Vaticana exemplum addita transcriptione notisque criticis edidit Th. Mommsen. Ex commentationibus Regiae Academiae Scientiarum Berolinensis a. MDCCCLIX.*, Berolini 1860, 358. Per questa ragione non sarebbe corretto trarre la conclusione che a discorrere di '*condicticia actio*' fosse già la cancelleria dei tetrarchi.

⁸⁸ Cfr. [O. LENEL,] *Palingenesia iuris civilis. Iurisconsultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros disposuit Otto Lenel*, II, Leipzig 1889 (rist. Graz 1960), col. 1013 [Nr. 2360] e nt. 2; Id., *EP*³, cit., 233 nt. 2; J.C. NABER, *Observatiunculae de iure Romano*, XVII. *Apud Ulpianum ex stipulatione non nasci conductionem*, in *Mnemosyne* 20, 1892, 113; A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, III.1, Halle 1892 (rist. Aalen 1963), 225 nt. 2; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen 1911, 63; J. PARTSCH, *Studien zur Negotiorum Gestio I.*, Heidelberg 1913, 53 nt. 2; P. COLLINET, *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'œuvre de Justinien*, Paris 1974, 286 s.; U. VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlin 1952, 116 s.; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln 1952, 286; J.C. VAN OVEN, *Les actions issues de la stipulation*, cit., 403; O. BEHREND, *Der Zwölfstafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen 1974, 100 e nt. 374; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conductiones giustinianee*, Milano 2002, 31 s. nt. 62.

‘causalizzata’ dal fatto di essere accompagnata dalle azioni nate dalla prestazione di *sponsio et restipulatio tertiae partis*.

Era la mancata menzione all’interno del modello del programma di giudizio, allora, che apriva la strada a una vasta applicazione della *condictio* formulare e che permette di comprendere su quali basi potesse poggiare la dottrina dei *ueteres*, approvata da Sabino e ancora seguita da Celso nel corso dell’età classica, secondo cui oggetto di *condictio* poteva essere tutto ciò che si trovasse presso taluno ‘*ex iniusta causa*’.⁸⁹

La formazione, forse nell’ultimo secolo dell’età repubblicana,⁹⁰ di un apposito titolo editale ‘*De rebus creditis*’, nell’ambito del quale furono attratte le due formule della *condictio ex lege Silia* e di quella *ex lege Calpurnia*, consentì di far emergere la *causa credendi* dal più ampio e indifferenziato seno della *condictio certae pecuniae* e della *condictio certae rei*.⁹¹

Il nome stesso di tale titolo, del resto, rinviava a un’idea che non si limitava a richiamare l’attenzione sull’aspetto che riguardava l’oggetto delle due formule, caratterizzato dalla determinatezza (*certa pecunia* o *certa res*), bensì su quello della loro fonte, riconducibile appunto alla nozione di ‘*res credita*’.

La sistemazione finale del titolo ‘*De rebus creditis*’, in questa prospettiva, costituirebbe il punto di arrivo di un’evoluzione della quale non è difficile intuire le ragioni. Al suo interno, infatti, si rifletterebbe l’avvenuto compimento di un fenomeno di sostanzializzazione delle cause in base alle quali si poteva agire con *condictio*,⁹² cause riconducibili non già alla categoria delle *obligationes re contractae*, bensì alla nozione del *credere* editale.⁹³

⁸⁹ D. 12.5.6 (Ulp. 18 *ad Sab.*): *Perpetuo Sabinus probauit ueterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.* Come attestato dalle fonti, del resto, in un’età antecedente a Proculo anche pegno e comodato, sprovvisti di un’autonoma tutela, erano ancora protetti con *condictio*. In argomento v. R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, in AUPA 32, 1971, 381 s.; P. FREZZA, Rec. a R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, in SDHI 38, 1972, 354 (= *Scritti*, III, Romae 2000, 56).

⁹⁰ Per l’individuazione del periodo in cui fra il I secolo a.C. e il I secolo d.C. si sarebbe formato il titolo editale ‘*De rebus creditis*’ v. gli autori citati in M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 104 nt. 363. A far pensare che il titolo si sia formato nella seconda metà dell’ultimo secolo dell’età repubblicana è la constatazione che proprio in questo periodo si comincia a discorrere nelle fonti di ‘*pecunia certa credita*’ (v. *supra*, § 8, nt. 71) e di ‘*actio certae creditae pecuniae*’ (v. O. LENEL, *EP*³, cit., 234 nt. 1; U. ROBBE, *L’autonomia dell’actio certae creditae pecuniae*, cit., 40 ss.).

⁹¹ Sul punto v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 196.

⁹² Al riguardo va ricordata l’opinione di R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, cit., 381 s., secondo il quale la sistemazione definitiva del titolo editale ‘*De rebus creditis*’ sarebbe «fondata, come si conviene ad una nozione relativa a una sistemazione editale, su ragioni di natura processuale» e risalirebbe a un’epoca nella quale anche pegno e comodato erano protetti, come il mutuo, dalla *condictio*. In un analogo ordine di idee si inquadra la convinzione espressa più di recente da A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 129 ss., secondo cui il nucleo attorno al quale dovette formarsi tale titolo dell’editto sarebbe costituito dalla «originaria possibilità di applicare la *legis actio per conditionem*».

⁹³ D. 12.1.1.1 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Quoniam igitur multa ad contractus uarios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. rei quoque uerbum ut generale praetor elegit.*

In questo ordine di idee, come ha messo in luce B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, in AUPA 33,

A livello di sistematica tale fenomeno si sarebbe attuato – come si è detto – includendo nel titolo ‘*De rebus creditis*’ formule che, pur continuando a non indicare espressamente la *causa actionis* nell’*intentio* modellata sul DARE OPORTERE della *legis actio per condictionem*, si prestavano a far emergere il profilo causale connesso alle operazioni di credito in virtù della applicazione di *ius iurandum in iure* e *sponsio et restipulatio tertiae* (o *dimidiae*) *partis*.⁹⁴

Queste formule, nondimeno, potevano impiegarsi per tutte le altre pretese che, seppur estranee a operazioni di credito, riguardassero una *certa pecunia* o una *certa res*. Anche in questi casi il profilo causale della *condictio* sarebbe emerso già nel corso della fase *in iure*, perché avrebbe escluso il ricorso a *ius iurandum in iure delatum* e a *sponsio et restipulatio tertiae partis*.⁹⁵

10. L’attività svolta dalle parti innanzi al magistrato prima della *litis contestatio*, che assumeva rilievo per stabilire se ricorresse o meno un’ipotesi nella quale trovavano applicazione *ius iurandum in iure delatum* e *sponsio et restipulatio tertiae partis*,⁹⁶ avrebbe preso spunto dall’*editio actionis*⁹⁷ compiuta dall’attore e dalla connessa *editio* degli *instrumenta*

1971, 5 ss., si riuscirebbe a spiegare in modo convincente per quali ragioni nel titolo ‘*De rebus creditis*’ non fossero ricomprese anche le formule per la tutela del deposito, da cui pure nasceva un’*obligatio re*. Meno persuasiva appare la diversa spiegazione suggerita da A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 133 ss., secondo cui la diversa collocazione edittale delle formule che tutelavano il deposito si spiegherebbe in ragione del fatto che nel caso del deposito non ricorrerebbe una nozione di ‘*certum dare oportere*’ che si sarebbe caratterizzata anche in relazione all’aspetto della nascita dell’obbligazione. Nei confronti di questa nozione, infatti, possono avanzarsi alcune riserve (v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 137 ss.) che scanzano alla base l’idea secondo cui il titolo edittale ‘*De rebus creditis*’ si sarebbe formato intorno a un nucleo di strumenti che presupponevano la ‘certezza’ della «nascita di una posizione debitoria» in capo al debitore.

⁹⁴ Al riguardo v. *supra*, § 7.

⁹⁵ Con la ricostruzione proposta ben si coordina la determinazione del campo di applicazione originaria del *ius iurandum in iure* suggerita da B. BIONDI, *Il giuramento decisorio*, cit., 25, in ciò seguito da E. BETTI, *L’effetto della ‘confessio’ e della ‘infittatio certae pecuniae’ nel processo civile romano*, in *Atti della Reale Acc. delle Scienze di Torino* 50, 1914-1915, 710 s. nt. 3. Secondo Biondi, infatti, il testo di Ulpiano che riferisce la clausola edittale sul giuramento avrebbe riguardato nella sua stesura originaria solamente la *certa pecunia credita*, sicché il passo riferito in D. 12.2.34.6 (Ulp. 26 *ad ed.*) andrebbe così restituito: *Ait praetor: ‘eum a quo [iusiurandum] <certam pecuniam creditam> petetur, soluere aut iurare cogam’*. Al riguardo rileva anche quanto si afferma in uno scolio di Stefano (Sch. *ad B.* 22.5.34), da leggersi in connessione a D. 13.3.1 pr. (Ulp. 27 *ad ed.*), da cui può desumersi un’applicazione del giuramento originariamente limitata alla *certa numerata pecunia* e alla *constituta pecunia*. In argomento v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 161 ss., con richiamo alla precedente letteratura in argomento cui *adde* ora J.D. HARKE, *Der Eid im klassischen römischen Privat- und Zivilprozessrecht*, Berlin 2013, 117 ss.

⁹⁶ Cfr. *supra*, nel testo, § 7.

⁹⁷ Sulla rilevanza di questa attività, sulle discussioni concernenti la necessità o meno di una duplicità di *editio actionis* (per tacere sull’idea di una triplicità dell’*editio* immaginata da Wlassak) nonché la possibilità di intendere questo atto con riferimento alla formula o all’azione, v. A.W. HEFFTER, *Institutionen des römischen und teutschen Civil-Processes*, Bonn 1825, 277; ID., *System des römischen und deutschen Civil-Proceßrechts*², Bonn 1843, 353; A.F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte. Zum akademischen Gebrauch*, II. *Rechtspflege*, Leipzig 1859, 228 s.; P. KRÜGER, *Processualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses*,

di cui costui intendeva servirsi innanzi al giudice.⁹⁸ Da questo punto di vista l'*editio instrumentorum* si sarebbe profilata come «un'integrazione» dell'*editio actionis* che «poteva completare quel che dalla formula edita non appariva» anche nei casi in cui «questa formula fosse astratta».⁹⁹

Pure da tale complesso di attività che precedeva la *litis contestatio*, infatti, il convenuto avrebbe potuto desumere quale fosse il fondamento dell'azione, e vagliare di conseguenza non solo a quale titolo, ma anche con quali possibilità di successo l'attore avrebbe cercato di dimostrare al giudice il fondamento della propria pretesa. Solo su queste basi – è da pensare – il convenuto sarebbe stato posto nelle condizioni di valutare l'opportunità di resistere o meno nei confronti dell'azione intentata dall'attore (*utrum cedere an contendere ultra*),¹⁰⁰ e di stabilire se effettuare *confessio in iure* o, nel caso di *actio certae creditae pecuniae*, decidere quale atteggiamento gli convenisse tenere in ordine alla prestazione del *ius iurandum in iure*.

Sulla scorta del complesso delle informazioni rese note a partire dall'*editio actionis* e dall'*editio instrumentorum*, inoltre, sarebbe stato possibile procedere a eventuali *interrogationes in iure* per valutare profili connessi alla legittimazione ad agire e, una volta '*instructus ad agendum*', il convenuto avrebbe potuto richiedere al magistrato di anteporre

Leipzig 1864, 62 ss.; M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, cit., 211 ss.; E.I. BEKKER, *Die Aktionen des Römischen Privatrechts*, II. *Prätorisches richterliches kaiserliches Recht*, Berlin 1873, 229 ss.; J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 233 ss.; F.L. VON KELLER-A. WACH, *Der römische Civilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung zum Gebrauche bei Vorlesungen*⁶, Leipzig 1883, 249 ss.; M. WLASSAK, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, Leipzig 1889, 50 ss.; ID., *Die klassische Prozeßformel. Beiträge zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, I, Wien-Leipzig 1924, 72 ss.; R. SCHOTT, *Das Gewähren des Rechtsschutzes im Römischen Civilprozess*, Jena 1903, 33 ss.; L. WENGER, v. '*Editio*', in PW 5, Stuttgart 1905, coll. 1960 ss.; ID., v. '*Formula*', in PW 6, Stuttgart 1909, col. 2861; ID., *Institutionen*, cit., 95 s.; O. LENEL, *EP*³, cit., 59 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II. *Il processo formulare*, 1, Milano 1963, 353 ss.; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II. *Il processo formulare*, Torino 1982, 139 ss.; I. BUTI, *Il «praetor» e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli 1984, 196 ss.; A. BÜRGE, *Zum Edikt De edendo*, in ZSS, R.A. 112, 1995, 1 ss.; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht*², cit., 220 s.; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, München 2006, 7 ss.

⁹⁸ Cfr. D. 2.13.1.3 (Ulp. 4 ad ed.): *Edenda sunt omnia, quae quis apud iudicem editurus est: non tamen ut et instrumenta, quibus quis usus non est, compellatur edere*. Sull'*editio instrumentorum* e sulla nozione di *instrumenta* v. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, 1, cit., 361 ss.; A. BÜRGE, *Zum Edikt De edendo*, cit., 25 ss.; cfr. anche, più di recente, N. DONADIO, '*Praejudicia*' e '*divisio actionum*', in L. GAROFALO (a cura di), '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di Mario Talamanca, I, Padova 2011, 481 s.

⁹⁹ L'espressione è di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, 1, cit., 365. Sul punto v. anche P. KRÜGER, *Processualische Consumtion*, cit., 63 s.; H. DERNBURG, *Pandekten*, I, cit., 295 nt. 1.

¹⁰⁰ D. 2.13.1 pr. (Ulp. 4 ad ed.): *Qua quisque actione agere uolet, eam edere debet: nam aequissimum uidetur eum qui acturus est edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat, et, si contendendum putat, ueniat instructus ad agendum cognita actione qua conueniatur*. Il significato di questo passo è stato fortemente svalutato da J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 235 s., sulla base del convincimento che nel caso di un'azione 'astratta' come la *condictio* (o come l'*actio in rem non expressa causa*) l'*editio actionis* non avrebbe dovuto comportare in alcun caso un cenno alla *causa petendi*: a suo giudizio, infatti, solo la mentalità moderna, ma non quella romana, pretenderebbe che il convenuto sia edotto anche sulla *causa actionis* perché sia posto nelle condizioni di assumere una decisione sull'opportunità di continuare o meno la lite.

alla formula *praescriptiones pro reo* o di inserire in essa eccezioni¹⁰¹ (anche *in factum*) o altre *adipciones* che gli avrebbero permesso di ottenere l'assoluzione¹⁰² se ritenute fondate *apud iudicem*.¹⁰³

Può credersi, infatti, che la *postulatio* di un'*exceptio* presupponesse che il convenuto conoscesse su quali ragioni fosse basata la richiesta dell'attore,¹⁰⁴ anche quando tali ragioni si fondassero su un atto che avesse a sua volta una '*causa remota*'.¹⁰⁵

Pure dalla lettura dell'orazione in difesa di Roscio si desume che le ragioni su cui Fannio basava la propria richiesta erano quelle legate alla indicazione degli *instrumenta* che a suo giudizio ne avrebbero provato il fondamento.¹⁰⁶

¹⁰¹ Al riguardo non bisogna dimenticare che la *condictio* non era un'azione di buona fede, sicché il giudice avrebbe potuto tenere conto di elementi che avrebbero condotto all'assoluzione del convenuto solo se costui si fosse dato carico di fare inserire nel programma di giudizio determinate eccezioni, come per esempio l'*exceptio doli*, l'*exceptio metus*, o l'*exceptio pacti conuenti*.

¹⁰² In tal senso v. le osservazioni svolte da E.I. BEKKER, *Zur Lehre von Conditionen*, cit., 95 s.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 766; U. VON LÜBTOW, *Beiträge*, cit., 139.

¹⁰³ Al riguardo può pensarsi che anche il convenuto dovesse compiere l'*editio* degli *instrumenta* posti a fondamento delle proprie difese. Sul punto, infatti, si può concordare con le conclusioni di U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., 105 ss., secondo cui sarebbe stato onere del convenuto provare i fatti estintivi della pretesa dell'attore e quelli a fondamento di eventuali eccezioni.

Può ipotizzarsi che quanto meno in sede di *postulatio* dell'eccezione il convenuto fosse tenuto a indicare i documenti su cui essa si fondava; in questo senso v. D. MANTOVANI, *Rec. a U. BABUSIAUX, Id quod actum est*, cit., 574, il quale nel prospettare tale possibilità ha ritenuto che essa rientrerebbe «nel reame delle mere congetture». In realtà, se si riflette ancora una volta sulla circostanza che in caso di *actio certae creditae pecuniae* tanto l'attore quanto il convenuto si sarebbero esposti al pagamento di una pena processuale elevata per il caso di soccombenza (v. *supra*, § 7), è ragionevole pensare che anche sul convenuto gravasse l'onere di porre l'attore nelle condizioni di vagliare attentamente l'opportunità di non arrivare alla *litis contestatio*. In senso contrario v. L. WENGER, v. '*Editio*', cit., col. 1966.

¹⁰⁴ Poteva accadere, per esempio, che il convenuto chiedesse l'inserimento di un'*exceptio doli mali* nel programma di giudizio per evitare di essere condannato in base a un'azione esperita dall'attore per una somma di denaro che era stata stipulata *credendi causa*, ma in relazione alla quale non era poi avvenuta la *numeratio* della *pecunia* (Gai 116a). In questo caso il convenuto doveva sapere che l'*actio certae creditae pecuniae* intentata dall'attore aveva come fonte proprio una *stipulatio*, perché tale *stipulatio* doveva essere oggetto dell'*editio instrumentorum* (arg. ex Ulp. 4 *ad ed.*, D. 2.13.1.4).

¹⁰⁵ Dalla lettura di un passo di Paolo può desumersi che tale *postulatio* potesse riconnettersi alla valutazione della '*causa remota*' (o '*causa pristina*') dell'atto posto a fondamento di quanto richiesto in giudizio dall'attore. Così, nel caso di *stipulatio* conclusa *ob turpem causam*, la *postulatio* di un'*exceptio doli mali* si sarebbe basata sulla causa della *stipulatio*, ossia sulla *turpitude*; cfr. D. 12.5.8 (Paul. 3 *quaest.*): *Si ob turpem causam promiseris Titio, quamuis, si petat, exceptione doli mali uel in factum summouere eum possis, tamen si solueris, non posse te repetere, quoniam sublata proxima causa stipulationis, quae propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est turpitude, superesset: porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorum esse et ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est.*

Sulla rilevanza diretta o indiretta della cosiddetta '*causa remota*' v. E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., 244 s., che in proposito rinviava alla nozione elaborata dai Glossatori. In argomento v. da ultimo CHR. ALTHAMMER, *Streitgegenstand und Interesse. Eine zivilprozessuale Studie zum deutschen und europäischen Streitgegenstandsbegriff*, Tübingen 2012, 257.

¹⁰⁶ Dalle prime battute della parte superstite dell'orazione ciceroniana, difatti, risulta che Fannio indicava come prova del credito vantato nei confronti di Roscio solamente i propria *aduersaria* (Cic., *pro Rosc. com.*

A tali ragioni, dunque, egli doveva aver fatto riferimento ancor prima della *litis contestatio*.¹⁰⁷

Era nella fase che precedeva la *litis contestatio*, del resto, che il dialogo fra attore e convenuto dava vita alla *contentio* 'de constituendo iudicio'.¹⁰⁸ Una *contentio* di questo genere doveva servire anche a chiarire con quale strumento¹⁰⁹ l'attore dovesse agire nelle ipotesi in cui si fosse trovato di fronte a più alternative. In tal caso, infatti, egli avrebbe potuto effettuare l'*editio* di due azioni accompagnandola alla dichiarazione di voler conseguire ciò che gli spettava in base a una di esse.¹¹⁰ Solamente in seguito alla discussione *in iure* si sarebbe stabilito

2.5; 3.7). Questi erano i brogliacci giornalieri sui quali si era soliti appuntare in via provvisoria la somma che poi andava trascritta come partita nel *codex accepti et expensi* del creditore su *iussum* del debitore perché nascesse una *obligatio literis* che trovasse riscontro nel *codex accepti et expensi* del debitore; sul punto v., nella letteratura più recente, C.A. CANNATA, *Qualche considerazione*, cit., 173 e 198 ss. (= *Scritti scelti*, II, cit., 615 s. e 632 ss.). Si deve pensare che solamente questi *aduersaria*, di cui Cicerone negava ogni rilevanza ai fini della prova, ma non le *tabulae accepti et expensi*, dovevano essere stati oggetto di precedente *editio* da parte di Fannio; diversamente, ma sulla base di un'interpretazione non persuasiva dell'orazione ciceroniana, C.A. CANNATA, *Qualche considerazione*, cit., 201 s. (= *Scritti scelti*, II, cit., 635), il quale ha ritenuto che «in un primo tempo, Cicerone era convinto che la controparte avrebbe prodotto il *codex accepti et expensi* di Cherea con l'*expensilatio*». Dal testo dell'orazione, invece, si ricava proprio il contrario, e cioè che Cicerone fidava sul fatto che in tale *codex* non risultava segnata la partita relativa alla somma per cui Fannio agiva in giudizio.

Al riguardo, peraltro, va ricordato che la conclusione cui è giunto Cannata, secondo cui in età ciceroniana per la validità dei *nomina transcripticia* sarebbe bastata l'annotazione sugli *aduersaria*, non essendo richiesta necessariamente anche la trascrizione sul *codex accepti et expensi* (*op. cit.*, 203 ss. = *Scritti scelti*, II, cit., 636 ss.), era già stata sostenuta da Schmidt: sul punto v. M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, cit., 817 nt. 35.

¹⁰⁷ Questa osservazione resta valida al di là del fatto che Cicerone, nell'ambito di un'impostazione retorica della difesa del convenuto, concentrasse l'attenzione sulla necessità dell'avvenuto compimento di uno dei tre atti – *datio*, *expensi latio* o *stipulatio* – da cui poteva nascere una pretesa fatta valere in giudizio con l'*actio certae creditae pecuniae* cui si riconnetteva la *sponsio tertiae partis*: v. *supra*, § 7.

¹⁰⁸ A darne notizia è Cic., *part. orat.* 99: *Atque etiam ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio, cum aut sitne actio illi qui agit aut iamne sit aut num iam esse desiderit aut illane lege, hisne uerbis sit actio quaeritur. Quae etiam si ante quam res in iudicium uenit aut concertata aut diiudicata aut confecta non sunt, tamen in ipsis iudiciis permagnum saepe habet pondus, cum ita dicitur: Plus petisti, sero petisti; non fuit tua petitio; non a me, non hac lege, non his uerbis, non hoc iudicio.*

Sulla rilevanza nel corso della fase *in iure* delle questioni 'an sit actio' e 'quae sit actio' in connessione alle «Untersuchungen bezüglich der Dinge quae veniunt in hanc actionem, der Einreden und Gegeneinreden», delle quali si sarebbe dovuto tenere conto *officio iudicis* o in base a parti da inserire nella formula, v. E.I. BEKKER, *Ueber das Princip der processualischen Consumption*, in ZSS, R.A. 21, 1900, 346 s., il quale però riteneva che nel processo formulare l'invocazione dei testimoni propria delle *legis actiones* sarebbe divenuta superflua (in senso contrario, però, v. *infra*, nel testo, e ntt. 111-112).

¹⁰⁹ Sulla base di una lettura congiunta di D. 44.7.37 pr. (Ulp. 4 *ad ed.*), in cui Ulpiano commentava l'*editio* 'De edendo', e D. 43.3.1.4 (Ulp. 67 *ad ed.*), trascritto nel testo, risulta che tali strumenti erano non solo le azioni, ma anche i *praeiudicia*, le stipulazioni pretorie e gli interdetti.

¹¹⁰ Ciò risulta da D. 43.3.1.4 (Ulp. 67 *ad ed.*): *Quia autem nonnumquam incertum est, utrum quis pro legato an pro herede uel pro possessore possideat, bellissime Arrianus scribit hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum, ut, siue quis pro herede uel pro possessore siue pro legato possideat, hoc interdicto teneatur, quemadmodum solemus facere, quotiens incertum est, quae potius actio teneat: nam duas dictamus protestati ex altera nos uelle consequi quod nos contingit.* Su questo passo e sulla questione della sua genuinità

quale programma di giudizio, concordato dalle parti sotto la direzione del magistrato (ossia quale *iudicium*), sarebbe stato oggetto della *litis contestatio*.

Appare del tutto plausibile immaginare, pertanto, che il percorso che conduceva alla *litis contestatio*, incanalato in un solco tracciato dalle parti sotto la direzione del magistrato, si snodasse tenendo conto del tipo di operazione complessiva da cui era nata la pretesa dell'attore, e che ciò avvenisse anche nei casi in cui la fonte del DARE OPORTERE non fosse indicata espressamente all'interno della formula.

Come già intuito da Hugo Krüger, si può pensare che di questo percorso e delle ragioni addotte a fondamento della pretesa dell'attore conservassero memoria anche i testimoni invocati dalle parti una volta che il magistrato avesse rilasciato il *iudicium*.

Della partecipazione dei testimoni al processo formulare, del resto, assicura quanto si legge in

Fest.-Paul., *Contestari litem* (M. 57.18 = L. 50.14-15): *Contestari litem dicuntur duo aut plures aduersarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote.*

Nell'ambito di questa testimonianza, infatti, il riferimento all'*ordinatio* di un *iudicium* permette di stabilire che l'attività del *litem contestari* si riferisse proprio al processo formulare,¹¹¹ e costituisce una base sufficientemente solida per pensare che le parole 'QVA DE RE AGITVR' contenute nella formula di una *condictio* vadano poste in rapporto all'attività compiuta nella fase *in iure* in presenza dei testimoni che sarebbero poi stati invocati nella *litis contestatio*.¹¹²

11. Alla luce di quanto osservato, è da ritenere che nella fase *in iure* non fosse affatto irrilevante se il DARE OPORTERE di una *condictio* avesse come propria causa una *datio credendi causa*, una *datio soluendi causa*, una *datio ob rem*, una *datio donandi causa*, un *furtum* o un'altra possibile causa. Tali questioni dovevano assumere rilievo in ordine all'*agere* compiuto in vista della redazione del *iudicium* che sarebbe stato oggetto di *litis contestatio*.

possono vedersi PH. LOTMAR, *Zur Geschichte des Interdictum Quod legatorum*, in ZSS, R.A. 31, 1910, 104 e 148; M. WŁASSAK, *Praescriptio und bedingter Prozeß*, cit., 125 ss., che riconosceva la possibilità che la *dictatio* alternativa di azioni fosse resa possibile grazie a un sistema di *praescriptiones*; O. LENEL, *EP*³, cit., 453 nt. 9; ID., *Miszellen*, in ZSS, R.A. 52, 1932, 283; B. BIONDI, *Diritto ereditario romano*, Milano 1954, 393; M. KASER, *Die Passivlegitimation zur hereditatis petitio*, in ZSS, R.A. 72, 1955, 97 nt. 28; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, 1, cit., 360 nt. 104; N. BELLOCCI, «*Dictare actionem*» e «*iudicium dictare*», in *Labeo* 18, 1972, 343 ss.; I. BUTI, *Il «praetor» e le formalità introduttive*, cit., 209 s. e nt. 76; A. BÜRGE, *Zum Edikt De edendo*, cit., 10 s.

¹¹¹ Cfr. già, in proposito, G.F. PUCHTA, *Cursus*, II, cit., 167 s. e nt. q; H. KRÜGER, *Die Worte*, cit., 385; N. BELLOCCI, *La genesi della «litis contestatio» nel procedimento formulare*, Napoli 1965, 10 s. e 161 ss., secondo la quale nel primo periodo del processo formulare il *iudicium* oggetto della *litis contestatio* sarebbe stato ancora orale, e quando cominciò a essere scritto i testimoni sarebbero stati chiamati ad apporre i sigilli alle tavolette su cui era scritto il programma di giudizio.

¹¹² In tal senso si vedano le osservazioni di M. WŁASSAK, *Die Litiskontestation im Formularprozeß*, Leipzig 1889, 69 ss., con critica delle precedenti opinioni che avevano riferito il lemma alla *litis contestatio* delle *legis actiones*; G. JAHR, *Litis contestatio. Streitbezeugung und Prozeßbegründung im Legisaktionen- und im Formularverfahren*, Köln-Graz 1960, 66; più di recente anche M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 76 nt. 40; 289; U. BABUSLAUX, *Id quod actum est*, cit., 18 s.

In questo ordine di idee va inquadrata la lettura di

D. 5.1.61 pr. (Ulp. 26 ad ed.): *Solemus quidem dicere id uenire in iudicium, de quo actum est inter litigantes: sed Celsus ait periculose esse ex persona rei hoc metiri, qui semper ne condemnatur hoc dicet non conuenisse. quid ergo? melius est dicere id uenire in iudicium non de quo actum est ut ueniret, sed id non uenire, de quo nominatim actum est ne ueniret.*¹¹³

È significativo che nel brano di Ulpiano, tratto da un libro del commentario *ad edictum* dedicato proprio alla *condictio*,¹¹⁴ si parli dell'individuazione dell'oggetto del giudizio in relazione all'*agere* di entrambe le parti. Al riguardo occorre chiedersi se tale *agere* vada inteso con riferimento alla determinazione dell'*id quod uenit in iudicium* ai fini della consunzione processuale o piuttosto ai fini della determinazione del fondamento della pretesa oggetto dell'azione,¹¹⁵ fondamento che sarebbe stato oggetto di prova innanzi al giudice.¹¹⁶

Interpretato nel primo senso, il passo attesterebbe che l'*agere* compiuto allo scopo di accordarsi sull'*id quod uenit in iudicium* fosse esclusivamente quello poi trasfuso nel programma di giudizio (ossia nella formula-*iudicium*) oggetto della *litis contestatio*. Ciò avrebbe comportato come conseguenza che l'inclusione o l'esclusione di determinate cause dell'azione avrebbe dovuto trovare puntuale riscontro nel programma di giudizio,¹¹⁷ in modo da determinare l'estensione degli effetti consuntivi della *litis contestatio*.¹¹⁸

¹¹³ Sul passo – la cui interpretazione è stata spesso connessa a quanto si legge in D. 45.1.83.1 (Paul. 72 ad ed.) – nonché sulla questione della sua genuinità v. P. KRÜGER, *Processualische Consumption*, cit., 65 s.; E.I. BEKKER, *Die processualische Consumption im klassischen römischen Recht*, Berlin 1853, 54 ss.; Id., *Die Aktionen*, I, cit., 330 e 344; H. KRÜGER, *Die Worte*, cit., 384; A. GUARNERI CITATI, *Di un criterio postclassico per la determinazione della res iudicata*, in BIDR 33, 1923, 218 ss.; O. LENEL, *EP*³, cit., 237 e nt. 7; F. PRINGSHEIM, *Animus in Roman Law*, in LQR 49, 1933, 407 s. (= *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg 1961, 335 s.); G. PUGLIESE, *La «litis contestatio» nel processo formulare romano*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, Bologna 1953, 370 s. e 372 s. (= *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli 1985, 144 s. e 146 s.); G. PROVERA, *La pluris petitio*, I, cit., 75 nt. 38; G. JAHR, *Litis contestatio*, cit., 150 ss.; J.G. WOLF, *Error im römischen Vertragsrecht*, Köln-Graz 1961, 50 nt. 85; U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961, 56 s.; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, 289 ss.; G. SACCONI, *La «pluris petitio»*, cit., 9 ss.; EAD., *Studi sulla litis contestatio*, cit., 95 ss.; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 580 nt. 29; M. MARRONE, *Due interessanti testi di Pomponio a proposito di preclusione processuale, litis contestatio e sentenza*, in J.-F. GERKENS ET AL. (a cura di), *Mélanges Fritz Sturm*, I, Liège 1999, 372 (= *Scritti giuridici*, II, Palermo 2003, 694) nt. 19; L. PELLECCI, *La praescriptio*, cit., 387 ss.; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., 13 ss.; M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 166 ss.; D. MANTOVANI, *Rec. a U. BABUSIAUX, Id quod actum est*, cit., 564 ss.

¹¹⁴ Cfr. O. LENEL, *Paligenesia*, II, cit., col. 569 [Nr. 767].

¹¹⁵ In proposito v. P. KRÜGER, *Processualische Consumption*, cit., 64 ss.

¹¹⁶ Sul punto v. E.I. BEKKER, *Die processualische Consumption*, cit., 55 s.

¹¹⁷ Alla luce di questa interpretazione si spiega come mai il brano ulpiano sia stato chiamato in causa in connessione al tema della *praescriptio*: v. P. KRÜGER, *Processualische Consumption*, cit., 65 nt. 5; G. PROVERA, *La pluris petitio*, I, cit., 75 s. nt. 83; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., 21 ss.; M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 168.

¹¹⁸ Nella letteratura più recente il tema è stato affrontato specificamente da L. PELLECCI, *La praescriptio*, cit., 368 ss., nel quadro di una interpretazione della funzione da riconoscere alla *praescriptio* che precede la

Sennonché, a tale interpretazione potrebbe opporsi il rilievo che la rilevanza dell' *id ... de quo actum est* è considerata nel testo ulpiano in rapporto al pericolo, messo in luce da Celso, che il convenuto potesse dire che qualcosa non fosse stato oggetto del *uenire in iudicium* allo scopo di evitare la condanna (*ne condemnetur*). Un siffatto pericolo, tuttavia, sembra difficilmente conciliabile con una lettura che presupporrebbe un' *id ... de quo actum est* obiettivato in un documento scritto; sarebbe arduo, peraltro, immaginare che gli effetti consuntivi della *litis contestatio* potessero farsi dipendere dal comportamento del convenuto che, allo scopo di evitare la condanna, dicesse o negasse qualcosa in relazione all' *id ... de quo actum est*.

Sembra preferibile, dunque, una lettura che scorga in D. 5.1.61 pr. un riferimento a tutta quell'attività che, seppur compiuta prima della *litis contestatio*, svolgeva un ruolo determinante in vista del successo che l'azione avrebbe avuto nella fase *apud iudicem*.¹¹⁹ È nella fase *apud iudicem*, infatti, che il convenuto avrebbe avuto un interesse concreto a negare l' *id ... de quo actum est* allo scopo di evitare la condanna. Ma questa stessa possibilità, considerata da Celso come un pericolo da evitare, avrebbe presupposto che un'eventuale negazione del convenuto circa l' *id ... de quo actum est* non fosse in qualche modo contraddetta da quanto risultava per iscritto nel programma di giudizio che era stato oggetto della *litis contestatio*.

L'espressione '*uenire in iudicium*' di D. 5.1.61 pr., a differenza dell'espressione '*in iudicium deducere*', andrebbe intesa allora con riferimento all'azione considerata anche nella sua 'kondemnierende Funktion', e non soltanto nella sua 'konsumierende Funktion'.¹²⁰

12. A questo punto si riesce a comprendere per quale ragione Ulpiano ricordasse l'opinione di Celso secondo cui sarebbe stato pericoloso far dipendere dal convenuto la determinazione di ciò che era oggetto del processo. Proprio perché la formula di tale azione non doveva necessariamente indicare la causa per cui si agiva, essa andava desunta nei casi dubbi dall' *agere* dei litiganti.¹²¹ Ove il convenuto avesse negato *apud iudicem* che una determinata causa potesse considerarsi come oggetto del giudizio ai fini della condanna, di ciò non si sarebbe potuto tener conto a meno che non fosse stato escluso espressamente (*id non uenire, de quo nominatim actum est ne ueniret*).

La soluzione riferita in D. 5.1.61 pr. induce a pensare che un obiettivo del genere potesse raggiungersi ricorrendo a *praescriptiones pro reo*, almeno fino a quando tali clausole da ante-

prima delle due formule di *condictio* tramandate in TPSulp. 31 che desta più di una perplessità (cfr. M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., spec. 178 ss.). Anche secondo Pellicchi, in ogni caso, la questione della determinazione degli effetti della *litis contestatio* nei casi in cui si fosse agito con una formula 'astratta' come quella della *condictio* andava risolta considerando le «reali intenzioni delle parti, quali si potevano ricavare dal dibattito *in iure* e da una lettura d'insieme della formula» (L. PELLECCHI, *La praescriptio*, cit., 391).

¹¹⁹ In tal senso v. G. SACCONI, *La «pluris petitio»*, cit., 10 nt. 20, la quale ha considerato il passo nella prospettiva che distingueva il profilo relativo alla possibilità di condannare il convenuto da quello concernente la possibilità di ammettere una seconda azione *de eadem re* (v. *supra*, § 3, nt. 25).

¹²⁰ Come si è ricordato (*supra*, § 3, nt. 25), la distinzione fra una 'kondemnierende Funktion' e una 'konsumierende Funktion' dell'azione – distinzione che trova riscontro nella distinzione fra '*in iudicium uenire*' e '*in iudicium deducere*' – era stata considerata rilevante da Levy ai fini della determinazione del concetto di *causa actionis*.

¹²¹ Questo profilo è stato ben colto da U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., 20. Sulla partecipazione del convenuto all' *agere* v. M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht*², cit., 233 e nt. 15.

porre alla formula non furono soppiantate da corrispondenti eccezioni. Per mezzo di esse il convenuto avrebbe potuto limitare l'*actio* dal punto di vista della *causa actionis*.¹²²

Tale idea risulta corroborata dalle informazioni che si leggono in

Gai 4.133: *Sed his quidem temporibus, sicut supra quoque notauimus, omnes praescriptiones ab actore proficiscuntur. olim autem quaedam et pro reo opponebantur, qualis illa erat praescriptio EA RES AGATVR, QVOD¹²³ PRAEIVDICIVM HEREDITATI NON FIAT, quae nunc in speciem exceptionis deducta est et locum habet, cum petitor hereditatis alio genere iudicii praeiudicium hereditati faciat, ueluti cum singulas res petat; est enim iniquum per unius rei ...*¹²⁴

Dalla parte superstite della trattazione gaiana dedicata alle *praescriptiones*, infatti, si ricava che una *praescriptio pro reo* poteva essere anteposta alla formula di una *rei uindicatio* esercitata in relazione a un singolo bene ereditario. Scopo della *praescriptio*, in un caso del genere, sarebbe stato quello di escludere che l'attore facesse valere il titolo di erede che, se riconosciuto nel corso del giudizio, avrebbe pregiudicato la causa ereditaria. La *praescriptio pro reo* attestata in Gai 4.133, dunque, avrebbe svolto una funzione in ordine alla determinazione delle cause che l'attore avrebbe potuto addurre in giudizio a fondamento della pretesa dedotta nell'*intentio*.¹²⁵

Si trattava di una *praescriptio pro reo* che aveva una funzione schiettamente 'determinativa' della *res qua de agitur*¹²⁶ e che doveva trovare applicazione ogni qual volta la possibilità di un *praeiudicium* alla causa ereditaria si presentasse nel corso di un giudizio diverso dalla *hereditatis petitio* (*cum petitor hereditatis alio genere iudicii praeiudicium hereditati faciat*).

¹²² In questo senso v. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 168.

¹²³ Sulle ragioni che devono indurre a pensare che la lacuna del testo di Gai 4.133 vada integrata con 'QVOD', e dunque a ritenere che la *praescriptio pro reo* ricordata da Gaio fosse formulata con le parole 'EA RES AGATVR, QVOD PRAEIVDICIVM HEREDITATI NON FIAT', anziché 'EA RES AGATVR, SI IN EA RE PRAEIVDICIVM HEREDITATI NON FIAT' (come pure si è ritenuto a partire da Lachmann e come creduto anche da Wlassak), v. M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 147 ss., con letteratura; ID., *Der Gaius der Preußen*, in ZSS, R.A. 128, 2011, 256 ss.; U. MANTHE, *Gaio, il Veronese e gli editori*, in questo stesso volume.

¹²⁴ Sfortunatamente non si sa come proseguisse il discorso gaiano, perché a oggi non si è riusciti a leggere la *scriptura inferior* del f. 122u del palinsesto veronese: cfr. *Gaii Institutionum commentarii quattuor. Codicis Veronensis denuo collati apographum confecit et iussu academiae regiae scientiarum Berolinensis edidit Guilelmus Studemund. Accedit pagina codicis Veronensis photographice efficta*, Lipsiae 1874, 234. La pagina è di quelle *ter scriptae*, per le quali è probabile che la *scriptura ima* fosse stata cancellata a mezzo di raschiatura; sicché è difficile credere che anche in futuro sarà possibile far resuscitare tracce del testo gaiano sufficienti a farsi un'idea di quello che doveva essere il contenuto di questa pagina.

¹²⁵ In argomento sia consentito rinviare a M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., spec. 78 ss.; cfr. anche C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, cit., 28. A una funzione della *praescriptio pro reo* di Gai 4.133 diretta a limitare l'estensione della *deductio in iudicium* – funzione imparentata con quella della *praescriptio pro actore* – ha pensato in tempi recenti anche A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen. Eine Neubestimmung unter aktionenrechtlichen Aspekten*, München 2009, 95.

¹²⁶ Per l'idea che anche le *praescriptiones pro reo*, come quelle *pro actore*, svolgessero una funzione determinativa della *res qua de agitur* v. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., *passim*, con discussione della letteratura precedente; ID., *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 159 s.

Se nella parte superstite della trattazione dedicata da Gaio alle *praescriptiones* si fa l'esempio di un attore che avesse agito con *rei vindicatio* per un singolo bene ereditario, un ulteriore esempio può ricavarsi da un passo del commentario di Gaio all'editto provinciale dal quale risulta che l'*exceptio* in cui si era mutata ai suoi tempi l'antica *praescriptio pro reo* ('*quae nunc in speciem exceptionis deducta est*') trovava applicazione nell'ambito del *iudicium familiae erciscundae*.¹²⁷

È possibile pensare, inoltre, che questa stessa *praescriptio* – così come altre *praescriptiones pro reo* che si trasformarono in eccezioni pregiudiziali – potessero applicarsi a un *iudicium communi diuidundo*. Anche in un'azione del genere, infatti, era possibile addurre il titolo di erede fra quelli in base ai quali si chiedeva giudizialmente la divisione, sicché anche in questo caso, come in quello dell'*actio familiae erciscundae*, si sarebbe corso il rischio di arrecare un *praeiudicium* alla causa ereditaria.

In questa ottica si comprende bene come il compito di escludere *nominatim* dal giudizio determinate *causae actionis* potesse essere affidato a una *praescriptio* che nel tempo si trasformò in eccezione pregiudiziale.¹²⁸

13. Dopo aver chiarito in quale misura l'attività svolta prima della *litis contestatio* dovesse avere un peso anche in relazione alla determinazione del profilo causale dell'azione, si può tornare a riflettere sul valore da riconoscere alle parole 'QVA DE RE AGITVR' contenute in un programma di giudizio, come quello della *condictio*, che poteva non indicare il fondamento della pretesa dedotto nell'*intentio*.

Lungi dall'essere inutili, pleonastiche o incluse nella formula della *condictio* per ragioni meramente stilistiche,¹²⁹ tali parole dovevano svolgere una funzione che ben si spiega se si

¹²⁷ D. 10.2.1.1 (Gai. 7 *ad ed. prouinc.*): *Quae quidem actio nihilo minus ei quoque ipso iure competit, qui suam partem non possidet: sed si is qui possidet neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem 'si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat'. quod si possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio: quo fit, ut eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an coheres sit: nisi enim coheres sit, neque adiudicari quicquam ei oportet neque aduersarius ei condemnandus est.* In questo passo il discorso di Gaio è svolto in relazione agli effetti che l'eccezione pregiudiziale inserita nella formula avrebbe potuto avere sulla assoluzione o meno del convenuto, e non in relazione alla concessione o meno dell'eccezione da parte del magistrato, ossia in termine di 'escludere' o 'non nocere'. Diversamente R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 26 nt. 83, secondo il quale «l'*exceptio* che discenderà dalla *praescriptio* di cui parla Gai. 4, 133, sarà concessa dal pretore solo quando l'attore non sia in possesso del patrimonio ereditario: se invece egli è possessore, l'eccezione viene negata».

¹²⁸ In questa prospettiva può leggersi D. 10.3.13 (Ulp. 75 *ad ed.*): *In iudicium communi diuidundo omnes res ueniunt, nisi si quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim, ne ueniat.* Al riguardo è forse opportuno precisare che scopo delle eccezioni pregiudiziali che soppiantarono le corrispondenti *praescriptiones pro reo* era quello di far intentare più azioni fra loro connesse in un certo ordine, a prescindere dalle questioni che si sarebbero poste in sede probatoria nell'ambito di tali azioni. Su un altro piano, invece, sembra essersi mosso R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 24, quando a proposito dell'eccezione pregiudiziale di cui si parla in D. 44.1.18 (Afr. 9 *quaest.*) ha ritenuto che «il giurista consiglia di inserire l'eccezione pregiudiziale *si in ea re qua de agitur praeiudicium praedio non fiat* al fine di obbligare *Ego* a provare prima con la *rei vindicatio* di essere proprietario del fondo Tiziano.»

¹²⁹ Cfr. *supra*, § 6, nt. 49.

immagina che esse rinviassero all'attività compiuta *in iure* dalle parti.¹³⁰ Di tale attività, e dunque anche della menzione delle ragioni addotte dall'attore a fondamento della propria pretesa già prima della *litis contestatio*,¹³¹ doveva rimanere traccia nella memoria dei testimoni invocati dalle parti *ordinato iudicio*.¹³²

Almeno a partire da quando, con la *lex Aebutia*¹³³ si riconobbero effetti civili alla *condictio* formulare, forse abolendo la *legis actio per conductionem*,¹³⁴ la clausola 'QVA DE RE AGITVR' presente nella formula della *condictio* doveva ancora svolgere una funzione immediatamente comprensibile per il giudice. Si può pensare a un'epoca nella quale la scrittura aveva già trovato riconoscimento nell'ambito del processo privato, consentendo di affidare a un documento scritto come la formula le istruzioni fondamentali per emanare la sentenza, e nondimeno caratterizzato ancora da residui dell'oralità propria delle *legis actiones*. Tali residui di oralità si manifestavano in una *litis contestatio* che ancora postulava l'invocazione solenne di testimoni. Presenti alla fase *in iure*, essi avrebbero potuto riferire *apud iudicem*, se necessario, tutti gli elementi non immediatamente desumibili dalla formula scritta, ma che si fossero rivelati utili per determinare più compiutamente quale fosse stato l'oggetto dell'*agere*.¹³⁵

Può pensarsi che questo stato di cose si andò trasformando in progresso di tempo, a misura che la scrittura prese definitivamente il sopravvento sull'oralità, finché la *litis contestatio* – perso il significato originario di invocazione solenne dei testimoni da parte dei litiganti – si

¹³⁰ E, pertanto, non esclusivamente in funzione della determinazione degli effetti preclusivi della *litis contestatio*, come ritenuto da E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., 641.

¹³¹ Ragioni che, si può pensare, dovevano pur essere addotte *in iure* per ottenere la *datio iudicii* da parte del magistrato, e che nel caso di *actio certae creditae pecuniae*, per di più, sarebbero state certamente oggetto di seria considerazione per orientare la decisione delle parti in ordine alla prestazione del *ius iurandum in iure* e all'accettazione dei rischi propri di un'azione caratterizzata dal *periculum* connesso al pagamento delle somme dovute in forza di *sponsio et restipulatio tertiae partis* (cfr. *supra*, § 7).

¹³² Cfr. *supra*, § 10.

¹³³ Questa legge può datarsi a un periodo compreso fra il 130 e il 95 a.C.: v. M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in F. MILAZZO (a cura di), *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure dalle leggi giulie ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del III Premio romanistico «G. Boulvert» Copanello 5-8 giugno 1996*, Napoli 1999, 68 s. e 201 nt. 529. Per la citazione di ulteriore bibliografia sul punto v. M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 159 nt. 59.

¹³⁴ Sullo stato della questione può vedersi, per tutti, M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., 76 ss., con fonti e discussione critica della precedente letteratura.

¹³⁵ Allo stato delle fonti, infatti, non è dimostrabile che dell'attività compiuta *in iure* rimanesse traccia in documenti scritti. Sul punto v. G. JAHR, *Litis contestatio*, cit., 27 ss. (spec. 53 s. per le conclusioni). Per l'idea che la presenza dei testimoni che sarebbero stati invocati dalle parti nella *litis contestatio* avesse lo scopo di attestare tutto quanto avvenuto nella fase *in iure* v. F.L. KELLER, *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht*, Zürich 1827, 2: «Die Zeugenaufufung bezog sich auf das so eben geschehene *ordinare iudicium*, d. h. auf das ganze in Jure vollzogene Verfahren»; v. anche 5: «die ganze Verhandlung in Jure geschah in Gegenwart von Zeugen, und den Schluß derselben machte die Contestatio aus, d. h. ein eigentliches Aufrufen der Zeugen von Seite der Parteyen, über das, was sie jetzt gesehen hatten, künftig Zeugniß abzulegen, das heißt natürlich vor dem Judex, wenn es sich um Constatirung des in Jure geschehenen handeln werden.»

ridusse a un atto consistente nel *dare, dictare e accipere iudicium*.¹³⁶ Ciò varrebbe a spiegare per quali ragioni durante l'età di Celso si sia avvertito il pericolo che la fissazione dell'*id quod uenit in iudicium* potesse risultare dubbia. Quanto si legge in D. 5.1.61 pr., infatti, sembra presupporre che in caso di incertezze sulla determinazione dell'*id quod uenit in iudicium* ci si riferisse all'*id ... de quo actum est*' esclusivamente sulla base delle dichiarazioni delle parti, senza che si potesse più contare sui testimoni che avevano partecipato alla *litis contestatio*.

Ciò che più rileva, in ogni caso, è la conclusione che si ripercuote sulla valutazione della convinzione secondo cui la causa della *condictio* formulare sarebbe stata del tutto estranea alla fase *in iure*. Infatti, a prescindere da una sua esplicita menzione nella *praescriptio* della formula che sarebbe stato oggetto di *litis contestatio*, come nel caso attestato in TPSulp. 31, il profilo causale sarebbe emerso chiaramente anche nella prima fase del processo già a partire dall'*editio actionis et instrumentorum*.

14. La 'astrattezza' dei modelli edittali delle formule della *condictio* proposte nell'edito, allora, non implica che anche le azioni concretamente esperite dovessero essere sempre 'astratte'.¹³⁷ La diversa convinzione di Baron era basata, da un lato, sull'idea che il passo di Quintiliano dove si parla di '*certam creditam pecuniam petere ex stipulatione*' andrebbe riferito alla fase *apud iudicem*,¹³⁸ e dall'altro su una lettura dell'orazione di Cicerone in difesa di Roscio volta a dimostrare che la causa per cui si era agito con *condictio* avrebbe assunto rilevanza solamente innanzi al giudice.¹³⁹

¹³⁶ In argomento v. F.L. KELLER, *Ueber Litis Contestation*, cit., 6.

¹³⁷ Al riguardo cfr. R. VON MAYR, *Die condictio*, cit., 200 s., secondo il quale «Die Formel der condictio war wohl eine abstrakte, ja sie konnte ihrer ganzen Anlage nach die Angabe der causa niemals enthalten, aber die dem Prätor vorgetragene Klage mußte vermutlich wie jede andere die Angabe eines Klagegrundes enthalten.»

¹³⁸ Quint., *Inst. orat.* 4.6.2: *Satis est dixisse: certam creditam pecuniam peto ex stipulatione, legatum peto ex testamento* rell. Ponendosi nel solco di quanto già osservato da R. SCHLESINGER, *Zur Lehre von den Formalcontracten und der Querela non numeratae pecuniae*, Leipzig 1858, 22 nt. 13, da G.E. HEIMBACH, *Die Lehre von dem Creditum*, cit., 580 ss., e da B. VON SALPIUS, *Novation und Delegation nach römischem Recht. Ein civilistischer Versuch*, Berlin 1864, 183 nt. 2, anche J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 22 s., si è mostrato convinto del fatto che tali parole fossero pronunciate *apud iudicem*. Ciò dovrebbe dedursi dal contesto complessivo da cui il passo di Quintiliano è tratto, in cui la *propositio* è contrapposta alla *narratio causae*. Le parole in questione, infatti, sarebbero addotte da Quintiliano come esempio dei casi in cui sarebbe stata sufficiente una semplice *propositio* innanzi al giudice che fosse già informato dei fatti di causa, senza dover procedere a una *narratio causae*. Nello stesso senso v. G.F. PUCHTA, *Cursus*, II, cit., 129 nt. d; M. VOIGT, *Ueber die Conditiones ob causam und ueber causa und titulus im Allgemeinen*, Leipzig 1862, 287 s. nt. 216; G. PROVERA, *La pluris petitio*, I, cit., 74 s.

¹³⁹ Questa lettura partiva dal presupposto, tenuto fermo da Baron sin dalle prime pagine della sua ricerca sulle *condictiones*, secondo cui la 'astrattezza' della *condictio* e quella della sua formula avrebbero comportato che la causa non sarebbe mai stata menzionata *in iure* (cfr. *supra*, § 2 e nt. 12). Dell'orazione ciceroniana Baron si era già occupato in un apposito contributo dato alle stampe l'anno precedente alla pubblicazione dei suoi studi sulla *condictio*, nel quale aveva istituito un parallelo con la *uindicatio expressa causa* e aveva insistito sul carattere 'astratto' della *condictio certae pecuniae* intentata da Fannio contro Roscio: v. J. BARON, *Der Process*, cit., 116 ss., spec. 124 s. e 131 ss. (le cui osservazioni sono state poi riversate nella *Abhandlung* sulle *condictiones*).

I due programmi di giudizio di TPSulp. 31, tuttavia, mostrano che la causa per cui si agiva con *condictio* aveva un peso determinante già *in iure*. Poiché quello dell'*actio certae creditae pecuniae* risulta preceduto dal programma di giudizio dell'*actio ex sponsione tertiae partis*, infatti, ciò presuppone che l'attività svolta prima della *litis contestatio* avesse condotto ad agire in relazione a una *certa pecunia* dovuta in base a un'operazione di mutuo (*certa pecunia credita*).

Le tavolette pompeiane, peraltro, hanno finalmente provato che – come a suo tempo ipotizzato da Hugo Krüger – anche nella formula della *condictio* fossero presenti le parole 'QVA DE RE AGITVR'.

Senza tenere conto di quanto sin qui considerato, si correrebbe il rischio di continuare a ragionare sulla 'astrattezza' della *condictio* impostando come in una sorta di gioco di specchi la questione relativa alla possibilità di individuare l'esistenza di *condictiones* non 'astratte'. È opportuno chiedersi, allora, in quale misura l'idea stessa di 'astrattezza' così come concepita da Baron abbia rappresentato una delle coordinate fondamentali che ha orientato i percorsi della storiografia in ordine al modo in cui bisognerebbe intendere la nozione di *causa actionis*, fino a far dimenticare completamente le intuizioni di quegli autori del primo Ottocento che, come si è accennato, avevano ammesso la possibilità di una *condictio* causalizzabile.

In questo ordine di idee si può tornare a riflettere ancora una volta sul rapporto fra la *condictio* esercitata da Fannio contro Roscio e i tre atti indicati nell'orazione di Cicerone come uniche possibili fonti del DARE OPORTERE dedotto in giudizio.¹⁴⁰ Occorre chiarire, in altri termini, in quale misura tali atti, che in effetti non dovevano essere necessariamente menzionati nella formula come fonte della pretesa azionata dall'attore, vadano considerati come 'cause' della pretesa fatta valere con una *condictio*. *Datio*, *expensi latio* e *stipulatio*, infatti, sono atti che a loro volta possono essere compiuti per varie cause.

Una *datio* di una somma determinata di denaro effettuata *credendi causa*, per esempio, era ben diversa da una *datio* compiuta *soluendi causa*. Eppure da entrambi questi atti poteva nascere una *condictio certae pecuniae*: un'*actio certae creditae pecuniae* nel primo caso; una *condictio* per la ripetizione di quanto indebitamente pagato nel secondo.

A seguire l'impostazione di Baron, la diversa rilevanza di queste due 'cause' della pretesa di una somma determinata di denaro avrebbe assunto rilievo solamente *apud iudicem*, sicché, restando estranea all'intera fase *in iure*, non si sarebbe ripercossa in alcun modo sul programma di giudizio della *condictio (certae pecuniae)* intentata dall'attore.¹⁴¹ Una siffatta conclusione, tuttavia, si scontrerebbe con la constatazione che solamente dalla *datio mutui* sarebbe nata un'*actio certae creditae pecuniae*, mentre per il caso di *datio soluendi animo* nelle

¹⁴⁰ Al riguardo v. *supra*, § 8.

¹⁴¹ Cfr. *supra*, § 2. In una prospettiva non sempre chiara si articolano le considerazioni svolte a proposito dell'azione intentata da Fannio contro Roscio da C.A. CANNATA, *Qualche considerazione*, cit., 192 s. (= *Scritti scelti*, II, cit., 629). Questo autore, infatti, ha parlato indifferentemente di *condictio certae pecuniae* e *actio certae creditae pecuniae*, arrivando alla conclusione che nella *numeratio* cui allude Cicerone come una delle tre possibili cause da addurre quale fonte del debito fatto valere in giudizio potrebbe individuarsi «un'obbligazione contratta *re*, cioè risultante da una precedente rimessa di denaro da Fannio a Roscio a titolo di mutuo o come pagamento d'indebito». Tale conclusione, tuttavia, non può condividersi se si ricorda ancora una volta che la prestazione della *sponsio tertiae partis* era esclusiva dell'*actio certae creditae pecuniae* (v. *supra*, § 7).

fonti si discorre semplicemente di ‘*condicere*’ e ‘*teneri condicione*’,¹⁴² senza alcun riferimento – come è perfettamente comprensibile – alla *pecunia credita*. E Gaio, come si è ricordato, riconnetteva esclusivamente alle ipotesi di *pecunia certa credita* la prestazione di *sponsio et restipulatio tertiae partis*.¹⁴³ Dal cap. XXI della *lex Rubria de Gallia Cisalpina*,¹⁴⁴ inoltre, risulta come tale nozione rilevasse proprio nella fase *in iure* del processo, in quanto avrebbe potuto avere conseguenze in ordine alla configurazione dell’*indefensio*.¹⁴⁵

Riflettendo sulla ‘astrattezza’ della *condictio*, allora, può risultare proficuo distinguere fra un concetto di ‘causa’ così come impiegato da Baron, in riferimento a un atto che non andava direttamente menzionato all’interno della formula di una *condictio* (ossia in un’*intentio* o in una *demonstratio*), e un concetto di causa che nel caso di *actio certae creditae pecuniae* dipendeva dall’attività compiuta *in iure* delle parti e che avrebbe determinato la concessione di due programmi di giudizio di *condictio certae pecuniae* legati da un medesimo *iussus iudicandi* e il primo dei quali preceduto da una *praescriptio* che rinviasse alla *sponsio tertiae partis*. Anche in questa seconda ipotesi il fondamento dell’azione si sarebbe potuto individuare univocamente nel tipo di operazione che stava sullo sfondo dell’atto dal quale era nata l’azione e considerata rilevante nell’ambito di un titolo editale appositamente dedicato alle *res creditae*.

15. Come si è avuto modo di osservare, il modo in cui era congegnata la rubrica ‘*Si certum petetur*’ che apriva il titolo ‘*De rebus creditis*’ doveva consentire di agire con le due formule che erano eredi della *legis actio per condictionem* qualunque fosse stato l’atto dal quale era nato il DARE OPORTERE di una somma determinata di denaro o di altre *res quae pondere numero mensura constant*.¹⁴⁶

Ad assumere rilievo, nella prospettiva editale, erano due aspetti la cui considerazione si sarebbe riflessa sul tipo di azione da intentare nel caso concreto: da un lato, l’aspetto – proprio di ogni *condictio* e rilevante sul piano dell’oggetto dell’azione – rappresentato dalla determinatezza della *pecunia* o della *res* per cui si agiva; dall’altro, l’aspetto riconducibile alla nozione di *res credita*, che assumeva significato sul piano della causa della pretesa e che sarebbe entrato in gioco ai fini dell’applicazione del *ius iurandum in iure delatum* e di *sponsio et restipulatio tertiae partis*.¹⁴⁷

¹⁴² Cfr. Gai 3.91; D. 12.6.1 (Ulp. 26 *ad ed.*). Non convince, sul punto, la diversa posizione di G. DONAUTI, *Le cause delle condictiones*, cit., 37 s., che fra l’altro non tiene conto del fatto che nel passo delle Istituzioni di Gaio si parla sì di un’azione la cui formula è analoga a quella nascente dal mutuo in relazione al modo in cui è enunciata l’*intentio* (*Nam proinde condici potest si paret EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset*), ma si allude anche alla diversità della causa quando si richiama l’*animus soluendi* che caratterizza questa diversa *species* di *obligatio re* protetta con *condictio* e nascente da una causa diversa da un contratto qual è il mutuo (*haec species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is qui soluendi animo dat, magis distrahere uult negotium quam contrahere*).

¹⁴³ Cfr. *supra*, § 7 e ntt. 60 e 65.

¹⁴⁴ Anche questo capitolo della *lex Rubria* riguarda ipotesi nelle quali ‘*A quoquomque pecunia certa credita ... petetur*’.

¹⁴⁵ In argomento v. M. VARVARO, *Praescriptio e sponsio*, cit., 394 ss.

¹⁴⁶ Cfr. *supra*, § 9.

¹⁴⁷ Cfr. *supra*, § 7.

Tenendo conto di queste riflessioni non deve stupire che nell'ambito del processo formulare non sia sopravvissuta una formula che menzionasse direttamente nell'*intentio* la fonte dell'*oportere*, come avveniva invece nel formulario della *legis actio per iudicis postulationem* ricordato da Gaio in relazione a un credito di una somma determinata di denaro nascente da *sponsio*.¹⁴⁸ Anzi, se una formula del genere fosse esistita, si dovrebbe spiegare come mai in TPSulp. 31 sia attestata una formula di *condictio certae pecuniae* in cui la *sponsio* da cui è nato il DARE OPORTERE sia indicata non già nell'*intentio*, ma in una *praescriptio*.

In ogni caso, l'idea di una formula di un'*actio certi ex stipulatu* che enunciasse direttamente nell'*intentio* la *causa actionis* non trova un appoggio sicuro nelle fonti, perché nessuna delle testimonianze di cui si dispone tramanda reliquie formulari che proverebbero l'esistenza di una tale azione.

Al riguardo, infatti, non può certamente invocarsi un passo di Quintiliano dove si discorre di '*certam creditam pecuniam petere ex stipulatione*',¹⁴⁹ perché in esso non può riconoscersi una citazione letterale dell'*intentio* di una formula.¹⁵⁰

Né può chiamarsi in causa quanto si legge in

Gai 4.55: *Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari eumque ex integro agere posse, quia nihil ante uidetur egisse: ueluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit; aut si quis EX TESTAMENTO DARI sibi OPORTERE intenderit, cui ex stipulatu debebatur; aut si cognitor aut procurator intenderit si bi DARI OPORTERE.*

Benché nel brano si siano voluti scorgere i riflessi del modo in cui dovevano essere enunciate l'*intentio* dell'*actio certi ex testamento*¹⁵¹ e quella di un'*actio certi ex stipulatu*,¹⁵² difatti,

¹⁴⁸ Cfr. *supra*, § 4 e nt. 36.

¹⁴⁹ Il testo del passo di Quintiliano è riferito *supra*, § 14, nt. 138.

¹⁵⁰ In questo senso v. O. LENEL, *EP*³, cit., 237 s. La testimonianza di Quintiliano, invece, era stata addotta quale prova della indicazione della *causa* già nella fase *in iure* da parte di A.F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 145 nt. 19. Alla fase *in iure* avevano pensato anche O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 766; U. VON LÜBTOW, *Beiträge*, cit., 139. Per la diversa opinione di Baron v. *supra*, § 14, nt. 138.

¹⁵¹ Cfr. O. LENEL, *EP*³, cit., 238 e 367 s. (§ 170), nel cui solco si è posta anche la ricostruzione seguita da D. MANTOVANI, *Le formule*², cit., 19 s. [Nr. 20]. Sul punto v. però M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 171 s. nt. 597.

¹⁵² Così già A.F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 145 nt. 19; M. VOIGT, *Ueber die Conditiones*, cit., 287 nt. 216; F.C. VON SAVIGNY, *System*, V, cit., 610; B. VON SALPIUS, *Novation und Delegation*, cit., 183; P. KRÜGER, *Processualische Consumtion*, cit., 58 s.; in tempi più recenti: U. VON LÜBTOW, *Beiträge*, cit., 139; W. SELB, *Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zum Formelaufbau. Teil I*, Wien-Köln-Graz 1974, 33.

L'idea che l'*intentio* della formula della *condictio* non dovesse, ma potesse menzionare la *causa* della pretesa ove ricorressero talune circostanze era stata prospettata proprio sulla scorta di quanto si legge in Gai 4.55 anche da O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 766 s. Questo studioso, in particolare, riteneva che una possibilità del genere avrebbe consentito all'attore di non incorrere in un '*aliud pro alio intendere*', e di evitare così ai rischi connessi al *plus petere causa*. L'osservazione, in sé, merita attenzione. Resta da chiarire, nondimeno, se un'indicazione della *causa* per assolvere a questo scopo potesse avvenire davvero nell'*intentio*, come ritenuto da Karlowa, oppure in una *praescriptio* che enunciasse la *res qua de agitur* al fine di delimitare gli effetti della *litis contestatio* al fatto in essa indicato (v. *infra*, § 19).

questa fonte non riferisce testualmente un'intentio in cui fosse dedotto un 'DARE OPORTERE EX STIPVLATV'.¹⁵³

Che nell'editto fosse proposta una formula di un'actio certi ex stipulatu, peraltro, non può desumersi nemmeno da quanto si legge in un brano dei *Digesta* di Giuliano posto dai compilatori giustinianeî sotto il titolo '*De stipulatione seruorum*':

D. 45.3.1.2 (Iul. 52 dig.): *Si seruus communis meus et tuus ex peculio, quod ad te solum pertinebat, mutuam pecuniam dederit, obligationem tibi acquirat et, si eandem mihi nominatim stipulatus fuerit, debitorem a te non liberabit, sed uterque nostrum habebit actionem, ego ex stipulatu, tu quod pecunia tua numerata sit.*¹⁵⁴ *debitor tamen me doli mali exceptione summouere poterit.*

Uno schiavo comune aveva dato a mutuo una somma di denaro attinta dal peculio costituito da uno solo dei due comproprietari (*Tu*). Ove il debitore – non risulta se *in continenti* o *ex interuallo* – si fosse obbligato in virtù di *stipulatio* a restituire la stessa somma di denaro all'altro comproprietario (*Ego*), ciò non avrebbe estinto l'obbligazione nata dalla *numeratio*.

Il passo allude dunque a uno dei casi di *mutuum cum stipulatione* che sono ampiamente attestati non solo dalle fonti giuridiche,¹⁵⁵ ma anche nella prassi documentale.¹⁵⁶

¹⁵³ In questo senso v. G. PROVERA, *La pluris petitio*, I, cit., 74, nonché, criticando alla diversa convinzione di Selb, M. KASER, *Formeln mit «intentio incerta»*, cit., 16.

¹⁵⁴ L'uso del congiuntivo presente 'sit' retto da 'quod', in luogo dell'indicativo, potrebbe tradire un'avvenuta alterazione formale del testo classico in questo punto.

¹⁵⁵ Si veda, per esempio, quanto riferito in D. 12.1.40 (Paul. 3 *quaest.*). Alcuni dei passi dei giuristi classici noti nella versione tramandata dal Digesto di Giustiniano attestano che la *stipulatio* avrebbe novato l'obbligazione nata *re* per effetto della *numeratio pecuniae*. In tal senso possono leggersi, per esempio, D. 45.1.126.2 (Paul. 3 *quaest.*), in cui si afferma il principio secondo cui '*quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una uerborum. plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione*'; D. 46.2.6.1 (Ulp. 46 *ad Sab.*), dove si fa il caso di una *stipulatio* conclusa *in continenti* e si sostiene che si abbia un *unus contractus*; D. 46.2.7 (Pomp. 24 *ad Sab.*), in cui Pomponio esprime l'opinione che non ci si trova di fronte a un'obbligazione nata *re* per effetto della *numeratio* e successivamente oggetto di *nouatio*: la *numeratio* va intesa *implendae stipulationis gratia*, sicché il debitore è tenuto solamente per effetto di quest'ultima.

Da altri passi, invece, risulta che da un'operazione del genere sarebbe nata una *obligatio re et uerbis*, tutelata tanto da *condictio certae pecuniae* quanto da *actio ex stipulatu*. In questo senso v. D. 12.1.9.3-6 (Ulp. 26 *ad ed.*), testo non immune da interventi compilatori, ove si riconosce la possibilità di agire con la *condictio* per l'ipotesi in cui dalla *stipulatio* non fosse nata un'obbligazione valida; D. 44.7.52 pr.-3 (Modest. 2 *regul.*), ove si ammette la possibilità di una *obligatio re et uerbis* nel caso in cui '*et res interrogationi intercedit*'; D. 45.3.1.2 (Iul. 52 *dig.*), trascritto nel testo. In argomento v. M. TALAMANCA, '*Una uerborum obligatio e obligatio re et uerbis contracta*', in IVRA 50, 1999, 7 ss.; P. GRÖSCHLER, *Die Konzeption des mutuum cum stipulatione*, in TRG 24, 2006, 269 ss.; A. ENGEL, *Realverträge: das mutuum*, in F.J. ANDRÉS SANTOS-CHR. BALDUS-H. DEDEK (a cura di), *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, München 2011, 60 ss., con citazione di altra letteratura. Sui rapporti fra mutuo e *stipulatio*, anche in relazione ai casi che avrebbero consentito di avvalersi dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, v. A. SACCOCCIO, *Mutuo reale, accordo di mutuo e promessa di mutuo in diritto romano*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 4, Napoli 2011, 389 ss.

¹⁵⁶ Come esempio si è soliti richiamare un documento redatto in Dacia nell'ottobre del 162 d.C., rela-

La peculiarità dell'ipotesi prospettata da Giuliano sta nel fatto che l'obbligazione a restituire era nata *re* nei confronti di *Tu*, e *uerbis* nei confronti di *Ego*. In tale caso, secondo il giurista classico, entrambi i comproprietari avrebbero potuto agire nei confronti del debitore inadempiente: *Ego* in base alla *stipulatio*, *Tu* in base alla *numeratio*. Nondimeno, aggiunge Giuliano, il debitore avrebbe potuto difendersi nei confronti di *Ego* a mezzo di *exceptio doli mali*.

Il brano può essere chiamato in causa in ordine alla questione se alla *stipulatio* vadano riconosciuti o meno effetti novativi rispetto all'obbligazione nata dalla *numeratio*, come sembra potersi dedurre da altri passi tramandati dal Digesto. È un'altra, però, la ragione che consiglia ora di esaminarlo, per stabilire se da esso possa trarsi una prova dell'esistenza di una specifica *actio (certi) ex stipulatu* diretta a far valere in giudizio l'inadempimento di un'obbligazione di un *certum* nata da *stipulatio* e connessa a un'operazione di mutuo.

Sennonché, contro tale conclusione depone il modo di esprimersi di Giuliano, che allude non tanto al tipo di azioni con cui è possibile agire contro il debitore, quanto agli atti in base ai quali esse potevano essere intentate. *Ego*, difatti, avrebbe potuto agire direttamente in base alla *stipulatio (ex stipulatu)*, mentre *Tu* in quanto la somma di denaro data a mutuo proveniva dal peculio costituito con denaro che era di sua proprietà (*quod pecunia tua numerata sit*).¹⁵⁷

Non diversamente, anche altri passi del Digesto solitamente invocati a sostegno dell'esistenza di un'*actio certi ex stipulatu* non hanno il valore che in essi si è voluto ravvisare. Alcuni di essi, come D. 22.1.38.7 (Paul. 6 *ad Plaut.*), non sono infatti univocamente riconducibili a una *stipulatio certi*.¹⁵⁸ Altri, invece, seppur riferibili a pretese di un *certum*, come D. 19.1.28 (Iul. 3 *ad Urs. Fer.*),¹⁵⁹ D. 44.7.18 (Iul. 54 *dig.*),¹⁶⁰ D. 45.1.3.1 (Ulp. 49 *ad Sab.*)¹⁶¹ e D.

tivo al prestito di sessanta denari e noto come '*pecunia debita in stipulatum deducta*' (FIRA III 122). Anche l'archivio dei Sulpicii conserva alcuni *chirographa* (ben undici) databili nella prima metà del primo secolo d.C. che attestano la prassi del *mutuum cum stipulatione*. In argomento v. P. GRÖSCHLER, *Die Konzeption des mutuum cum stipulatione*, cit., 261 ss.; ID., *Il 'mutuum cum stipulatione' e il problema degli interessi*, in QLSD, 2009, 109 ss. Per un quadro più generale della prassi documentale relativa a operazioni finanziarie attestate nell'archivio dei Sulpicii v. L. BOVE, *Documenti di operazioni finanziarie dall'archivio dei Sulpicii. Tabulae Pompeiane di Murécine*, Napoli 1984.

¹⁵⁷ In questo senso, contrariamente a quanto ritenuto da F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio*, cit., 290, v. già A. D'ORS, *Observaciones sobre el Edictum de rebus creditis*, in SDHI 19, 1953, 155. Sul passo v. anche, nella letteratura più recente, P. GRÖSCHLER, *Die Konzeption des mutuum cum stipulatione*, cit., 270 s.

¹⁵⁸ D. 22.1.38.7 (Paul. 6 *ad Plaut.*): *Si actionem habeam ad id consequendum quod meum non fuit, ueluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit: quod si acceptum est iudicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum iudicium praestandos putant, ut causa restituatur, quod puto recte dici.*

¹⁵⁹ D. 19.1.28 (Iul. 3 *ad Urs. Fer.*): *Praedia mihi uendidisti et conuenit, ut aliquid facerem: quod si non fecissem, poenam promisi. respondit, uenditor antequam poenam ex stipulatu petat, ex uendito agere potest: si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summouebit: si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex uendito agere non poteris nisi in id, quod pluris eius interfuerit id fieri.*

¹⁶⁰ D. 44.7.18 (Iul. 54 *dig.*), trascritto *infra*, nel testo, § 19.

¹⁶¹ Come in D. 45.1.3.1 (Ulp. 49 *ad Sab.*): *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*

46.3.95.1 (Pap. 28 *quaest.*),¹⁶² discorrono di un 'petere' o di un 'agere' (o 'agi') che ancora una volta, come nel caso già considerato di D. 45.3.1.2 (Iul. 52 *dig.*), è detto 'ex stipulatu' in quanto rinviava all'atto da cui era concretamente nata l'azione,¹⁶³ e che doveva assumere rilievo a partire dall'*editio actionis et instrumentorum*.

Lo stesso può ripetersi con riferimento ad analoghe espressioni che ricorrono nelle fonti letterarie, come un testo di Varrone¹⁶⁴ e un passo in cui Gellio riferisce un brano tratto dal libro *De dotibus* di Servio Sulpicio Rufo.¹⁶⁵

Tutti i passi appena considerati, pertanto, non valgono a costituire una prova del fatto che nell'albo del pretore fosse prevista un'azione che dovesse indicare nella formula, e segnatamente nell'*intentio*, un 'DARE OPORTERE EX STIPVLATV' di una somma di denaro o di un altro bene determinato. Occorre concludere, allora, che in assenza di testimonianze sicure non appare prudente né ipotizzare l'esistenza di una formula del genere¹⁶⁶ né parlare senz'altro di un'*actio certi ex stipulatu*.¹⁶⁷

subiecta efficit, ut omnibus committatur, quia hic non quaerimus, cuius intersit. enim uero ubi unus ex heredibus prohibet, omnes tenentur heredes: interest enim prohibiti a nemine prohiberi.

¹⁶² D. 46.3.95.1 (Pap. 28 *quaest.*): *Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero qui superest aequae peti poterit. enim uero si factio debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamuis interim non alius peti possit, quam qui solui etiam potest, neque defuncti offerri aestimatio potest, si forte longe fuit uilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est, tamen, si et alter seruius postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem. sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur: aliter quam in persona fideiussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur ex stipulatu actione fideiussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessisset.*

¹⁶³ In questo senso v. anche C.A. CANNATA, *Corso*, II,1, cit., 204 s. nt. 428.

¹⁶⁴ Varr., *de lingua Lat.* 6.72: *...quod sine sponte sua dixit, cum eo agi non potest ex sponsu.*

¹⁶⁵ Gell., *N.A.* 4.4.2: *Sed si post eas stipulationes uxor non dabatur aut non ducebatur, is qui stipulatur ex sponsu agebat* rell. Sulla possibilità di riferire l'azione menzionata in questo brano alla *legis actio per iudicis arbitriue postulationem* v. E. LEVY, *Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius*, in *ZSS, R.A.* 54, 1934, 304 nt. 2.

¹⁶⁶ L'esistenza di tale formula è stata negata da O. LENEL, *EP*³, cit., 237 s., con citazione della precedente letteratura. Nello stesso senso v. A. D'ORS, *Observaciones*, cit., 156 s.; ID., *Creditum und Contractus*, in *ZSS, R.A.* 74, 1957, 91 s.; G. SACCONI, *Studi sulla litis contestatio*, cit., 27; C.A. CANNATA, *Corso*, II,1, cit., 203 ss., il quale, nondimeno, non ha escluso che il processo formulare avesse conosciuto, almeno in origine, anche un'*actio certi ex stipulatu* (quale erede della *legis actio per iudicis postulationem*), la quale però sarebbe «presto caduta in desuetudine di fronte alla più agile sorella astratta» (derivante dalla *legis actio per conditionem*).

¹⁶⁷ Hanno creduto invece all'esistenza di un'*actio certi ex stipulatu*, per esempio, E. SECKEL, s.v. *stipulari*, in H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena 1926, 556 s., con fonti; E. PEROZZI, *Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto*, in *Memorie della R. Acc. delle Scienze dell'Istituto di Bologna, Classe di Sc. morali, sez. giuridica, Serie I, tom. X, 1915-1916*, 24 ss. (= *Scritti giuridici*, II, Milano 1948, 472 ss.); ID., *Istituzioni*, II², cit., 213 s. nt. 2, secondo cui, poiché l'applicazione della *condictio* era limitata ai casi di ripetizione, «per i crediti di denaro da stipulazione doveva esserci un'azione a sè»; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio*, cit., 286 ss., che sulla scorta di quanto si legge in D. 12.1.2.5 (Paul. 28 *ad ed.*) ha ritenuto di riconoscere l'esercizio della *condictio* limitatamente ai casi in cui la *stipulatio* fosse connessa a operazioni di mutuo; V. ARANGIO-RUIZ, *Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni*, in *BIDR* 42, 1934, 623 s., che ammetteva per tutta l'età repubblicana, e forse «fino alla redazione giuliana dell'Editto» un «concorso elettivo fra l'azione cum poena (certae creditae pecuniae) e sine poena (ex stipulatu)»; ID.,

16. L'ampio campo di applicazione della *condictio certae pecuniae* e della *condictio certae rei* nel processo formulare¹⁶⁸ doveva essere reso possibile grazie al modo in cui erano concepite le rispettive formule proposte nell'albo edittale. Proprio per il fatto di non menzionare direttamente nell'*intentio* o nella *demonstratio* del modello proposto nell'editto la *causa* del DARE OPORTERE, infatti, esse si prestavano a essere impiegate per *causae* diverse.

Se ciò vale a rendere conto della fortuna riscossa nella storiografia dall'idea secondo cui la *condictio* del processo formulare sarebbe stata un'azione 'astratta', l'insieme delle riflessioni svolte sin qui incoraggia a individuare altre ipotesi (oltre a quella attestata in TPSulp. 31) nelle quali si agisse con una formula di *condictio* che non fosse 'astratta'.

Un'idea del genere – lo si è ricordato – non è del tutto nuova, e può parzialmente rianodarsi ad alcune riflessioni compiute prima che il successo della ricostruzione di Baron inducesse a escludere che la formula di una *condictio* potesse indicare la causa dell'azione ogni qual volta ciò si fosse rivelato opportuno.¹⁶⁹

Proprio nel solco di tali riflessioni, un riesame della trattazione delle *praescriptiones* che si legge nelle Istituzioni di Gaio autorizza a prospettare alcune ipotesi nelle quali si deve pensare che la formula della *condictio* fosse preceduta da una *praescriptio* che indicasse il fatto generatore della pretesa dedotto nell'*intentio*.

17. Il discorso gaiano relativo alle *praescriptiones*, per quanto mutilato da una lacuna di una intera pagina nel palinsesto veronese, consente di stabilire che a tali clausole si ricorresse quando l'avente potestà avesse agito in giudizio per una pretesa nata da una *stipulatio* conclusa da un suo sottoposto, come uno schiavo o un *filius familias*:

Gai 4.134-135: [134] ...*in intentione de i<ure quaeritur>*,¹⁷⁰ *id est, cui dari oporteat; et sane domino dari oportet quod seruus stipulatur; at in praescriptione de facto*¹⁷¹ *quaeritur, quod*

*Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1960 (rist. 2006), 327; G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones*, cit., 39; U. VON LÜBTOW, *Beiträge*, cit., 116 s. (ove è ritenuto interpolato dai giustinianeî il testo di D. 12.1.24), 137 s. (ove si sostiene che tale azione, derivante dalla *legis actio per iudicis postulationem* attestata in Gai 4.17a, avrebbe indicato nella formula la fonte del DARE OPORTERE); J.C. VAN OVEN, *La „forêt sauvage“ de la condictio*, in TRG 22, 1954, 286 ss.; Id., *Les actions issues de la stipulation*, cit., 391 ss.; P. FREZZA, *Storia del processo civile fino all'età di Augusto*, in ANRW I.2, Berlin-New York 1972, 193 nt. 51. Sul punto v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 192 nt. 675, con citazione di altra letteratura.

¹⁶⁸ Si legga per l'età classica quanto riferito in D. 12.1.9 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*): *Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, siue ex certo contractu petatur siue ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio: ceterum si in diem sit uel sub condicione obligatio, ante diem uel condicionem non potero agere*. Per la genuinità del testo v. A. SACCOCCIO, *Si certum petitur*, cit., 78 ss., con indicazione della precedente letteratura. Per una sua interpretazione anche alla luce di quanto si legge in uno scolio di Cirillo (Sch. 1 *ad B.* 23.1.9 [BS IV 1510/16-20]) v. M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., 149 ss., con critica all'idea di Saccoccio secondo cui in tale passo Ulpiano avrebbe voluto compiere un'introduzione storica al tema delle *res creditae* (*ibid.*, 150 nt. 506).

¹⁶⁹ Per le posizioni di Hasse, Savigny e Puchta v. *supra*, § 3, nt. 28; § 4, nt. 39. Per quella di Karlowa, successiva agli studi di Baron, v. *supra*, § 15, nt. 152.

¹⁷⁰ Per la verosimiglianza dell'integrazione '*de i<u(re) q(uae)ritur>*' v. M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 163 ss., con discussione critica della precedente letteratura.

¹⁷¹ Nel palinsesto veronese, in realtà, si legge chiaramente la parola '*pacto*', emendata in '*facto*' a cominciare

*secundum naturalem significationem uerum esse debet. [135] Quaecumque autem diximus de seruis, eadem de ceteris quoque personis quae nostro iuri subiectae sunt, dicta intellegemus.*¹⁷²

Nel contrapporre un'*intentio* nella quale '*de iure quaeritur*' a una *praescriptio* in cui '*de facto quaeritur*' Gaio doveva avere in mente un'azione nata da una stipulazione compiuta da uno schiavo e dalla quale fosse nato un DARE OPORTERE a favore del suo *dominus*.

Non è possibile stabilire con assoluta sicurezza se nel caso in questione si trattasse da una *stipulatio incerti*, da cui sarebbe nata un'*actio incerti ex stipulatu*, oppure di una *stipulatio certi*, da cui sarebbe nata una *condictio*.¹⁷³ Può ritenersi sicuro, nondimeno, che in entrambe le ipotesi si sarebbe potuto agire con un'azione la cui formula sarebbe stata munita di una *praescriptio* che indicava un fatto. Comunque fosse formulata una *praescriptio* del genere,¹⁷⁴ appare chiaro quale fosse tale fatto, e cioè l'avvenuta *stipulatio* compiuta dallo schiavo con il convenuto: se fosse risultato vero *secundum naturalem significationem*, tale fatto avrebbe costituito il presupposto che avrebbe aperto la strada per affrontare la *quaestio de iure* dedotta nell'*intentio*.

Nei casi in cui la stipulazione conclusa da uno schiavo dell'attore¹⁷⁵ avesse avuto per oggetto un *certum*, si sarebbe agito con una *condictio* la cui formula sarebbe stata munita di una *praescriptio* che avrebbe indicato il fatto da cui era nato il DARE OPORTERE dedotto nell'*intentio*,¹⁷⁶ e che sarebbe stato rilevante ai fini dell'azione considerata anche nella sua 'funzione condannatoria'.

La conclusione è che, come intuito a suo tempo da Puchta, la *condictio* – non importa se *certae pecuniae* o *certae rei* – doveva essere causalizzata a mezzo di *praescriptio* ogni volta in cui l'avente potestà avesse agito contro chi si fosse obbligato con *stipulatio certi* nei confronti di un suo schiavo o di altri *potestati subiecti*.¹⁷⁷

da Savigny: cfr. la letteratura citata da ultimo in M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 166 nt. 3.

¹⁷² Il passo è tramandato dal *recto* del cosiddetto *folium singulare non palimpsestum de praescriptionibus et interdicitis* (oggi f. 128r), in cui, dopo la lunga lacuna di un'intera pagina (f. 123u del codice veronese), riprende la trattazione che si era interrotta nel punto del testo in cui Gaio ricordava l'esistenza e i casi di applicazione di un'antica *praescriptio pro reo* che ai suoi tempi si era ormai trasformata '*in speciem exceptionis*' (Gai 4.133).

¹⁷³ Sul punto v. M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 168 e ntt. 4-5; A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., 97, la quale ha ammesso che il modo in cui è enunciato il passo di Gaio permette di pensare anche a una *stipulatio* avente per oggetto *certa pecunia* o *certa res*.

¹⁷⁴ Si vedano, al riguardo, le diverse ricostruzioni citate in M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 169 nt. 1. (cfr. anche quella suggerita *ibid.*, 172), cui *adde* quelle proposte in H. DERNBURG, *System des Römischen Rechts. Der Pandekten achte, umgearbeitete Auflage bearbeitet von Dr. Paul Sokolowski*, Berlin 1912, 245; più di recente anche A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., 97 (con riferimento all'ipotesi di un'azione nata da una *stipulatio* di un *incertum*).

¹⁷⁵ O da qualunque altro sottoposto alla *potestas* dell'attore, secondo quanto si desume con sicurezza da quanto precisato in Gai 4.135.

¹⁷⁶ Ciò a prescindere dalla circostanza che si fosse trattato di un debito rateale. Tale eventualità, ovviamente, si sarebbe configurata ove la *stipulatio* avesse avuto per oggetto beni diversi da *res quae pondere numero mensura constant*: v. M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 173 nt. 1.

¹⁷⁷ In questo senso v. già G.F. PUCHTA, *Cursus*, II, cit., 97 s. e ntt. f-g, a giudizio del quale la *praescriptio* in questione avrebbe potuto anche essere integrata all'interno della formula *loco demonstrationis* (in questo caso senza

18. La parte finale della trattazione dedicata nel manuale gaiano alle *praescriptiones* – è noto – si riferisce alle applicazioni di queste clausole ai casi in cui il creditore avesse agito contro lo stesso soggetto che si fosse obbligato nei suoi confronti con *stipulatio incerti*,¹⁷⁸ oppure contro i suoi garanti, per le rate già scadute.¹⁷⁹

A venire in rilievo, nella prospettiva che riguarda la possibilità di individuare ulteriori applicazioni di una *condictio* causalizzata a mezzo di *praescriptio*, è il caso relativo all'azione che il creditore avrebbe potuto intentare contro i garanti. Sebbene in Gai 4.137 si faccia il caso di una *praescriptio* premessa alla formula di un' *actio incerti ex stipulatu*, infatti, è plausibile pensare che anche nelle ipotesi in cui la *stipulatio* avesse avuto per oggetto un *certum* un'analoga clausola svolgesse la stessa funzione di quella attestata per l'azione nata da *stipulatio incerti*.¹⁸⁰ Si sa, infatti, che *sponsio* e *fidepromissio* potevano accedere solamente a un atto concluso *uerbis*, anche se poi da tale atto non fosse sorta validamente alcuna obbligazione civile a carico del soggetto che avesse effettuato la promessa.¹⁸¹ Anche in questo caso, allora, una *praescriptio* che avesse menzionato la *stipulatio* conclusa con il debitore principale avrebbe avuto lo scopo di indicare il presupposto di fatto¹⁸² ritenuto necessario perché il programma di giudizio della *condictio* esperita contro il garante assolvesse compiutamente alla sua funzione di istruzione processuale.¹⁸³

le parole iniziali 'EA RES AGATVR'); H. DERNBURG, *System des Römischen Rechts*, cit., 245; più di recente, M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 170 s., con discussione delle diverse conclusioni che – condizionate *in radice* dal convincimento che non esistessero *praescriptiones* con funzione 'determinativa' (cf. *supra*, § 1, nt. 3) – hanno negato che in Gai 4.134 possa scorgersi un esempio di *praescriptio* che indicasse la causa dell'azione. In argomento v. anche U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., 72; A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., 97 s.

¹⁷⁸ Gai 4.136: *Item admonendi sumus, si cum ipso agamus qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis hoc modo IVDEX ESTO. QVOD A. AGERIVS DE N. NEGIDIO INCERTVM STIPVLATVS EST, CVIVS REI DIES FVIT, QVTDQVID OB EAM REM N. NEGIDIVM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET et reliqua.*

¹⁷⁹ Gai 4.137: *Si cum sponsore aut fideiussore agatur, praescribi solet in persona quidem sponsoris hoc modo EA RES AGATVR, QVOD A. AGERIVS DE L. TITIO INCERTVM STIPVLATVS EST, QVO NOMINE N. NEGIDIVS SPONSOR EST, CVIVS REI DIES FVIT, in persona uero fideiussoris: EA RES AGATVR, QVOD N. NEGIDIVS PRO L. TITIO INCERTVM FIDE SVA ESSE IVSSIT, CVIVS REI DIES FVIT; deinde formula subi citur.*

¹⁸⁰ Si può immaginare che la *praescriptio* fosse enunciata nei seguenti termini: 'EA RES AGATVR, QVOD AVLVS AGERIVS DE LVICIO TITIO HS X MILIA STIPVLATVS EST, QVO NOMINE NVMERIVS NEGIDIVS SPONSOR EST', eventualmente con l'aggiunta della clausola 'CVIVS REI DIES FVIT' ove la *stipulatio* avesse avuto per oggetto una somma determinata di denaro da restituire in più rate. Non vi sono valide ragioni, difatti, per escludere che una *praescriptio* potesse svolgere anche funzione 'limitativa' in relazione alle rate scadute di un mutuo rateale; in questo senso v. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 173.

¹⁸¹ Gai 3.119: *Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi uerborum, (quamuis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, uelut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. at illud quaeritur, si seruus aut peregrinus sponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur).*

¹⁸² In argomento v. W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschafts-Stipulationen*, Weimar 1932, 64; ID., *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1990, 29 ss.; ID., *Zu den römischen Bürgschafts-Stipulationen*, in ZSS, R.A. 113, 1996, 110 s.

¹⁸³ Sul punto v. A. STEINER, *Die praescriptio aus Gai. 4,137 und ihre Bedeutung für das „materielle“*

19. Restano da esaminare i casi che ancor prima della scoperta di TPSulp. 31 avevano indotto a ipotizzare una causalizzazione della *condictio* a mezzo di *praescriptio* nei casi in cui ciò fosse risultato opportuno.¹⁸⁴

In tale prospettiva va richiamato quanto si legge in un passo di Paolo che fa parte di un frammento posto dai compilatori giustinianeî nel titolo '*De exceptione rei iudicatae*' del Digesto:

D. 44.2.14.2 (Paul. 70 *ad ed.*): *Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeat, singulas obligationes (Segrè: [obligationes] <actiones>) singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione utitur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest.*¹⁸⁵

In questo punto del suo commentario all'editto il giurista stava illustrando i casi nei quali poteva trovare applicazione l'*exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae*.¹⁸⁶ Per chiarire quando tale rimedio potesse considerarsi fondato, Paolo specificava che era necessario considerare unitariamente tre aspetti, e cioè l'identità dell'oggetto richiesto in giudizio (*idem corpus*), l'identità della *causa petendi* (*eadem causa petendi*), e l'identità delle parti in causa (*eadem condicio personarum*).¹⁸⁷ Sarebbe stato sufficiente, infatti, che non vi fosse stata identità in relazione a uno solo di questi tre elementi perché la nuova azione non potesse considerarsi *de eadem re*.

Bürgschaftsrecht, in ZSS, R.A. 123, 2006, 185 ss.; EAD., *Die römischen Solidarobligationen*, cit., 99 ss.; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., 70 ss., spec. 72 s. nt. 362; M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 176 ss., con letteratura.

¹⁸⁴ In proposito v. le osservazioni formulate in tal senso da Kaser e accolte da Brogini (*supra*, § 1, nt. 5).

¹⁸⁵ Sul passo, del quale si trova un estratto anche in D. 50.17.159 (Paul. 70 *ad ed.*), v., seppur da angolazioni fra loro diverse, F.L. KELLER, *Ueber Litis Contestation*, cit., 286 ss.; G.F. PUCHTA, *Ueber die expressa causa*, cit., 256 s. e 259 (= *Kleine civilistische Schriften*, cit., 175 s. e 178); F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., 529 ss.; O. KARLOWA, *Der Römische Civilprozeß zur Zeit der Legislationen*, cit., 111 s. nt. 3; J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 237; H. BUHL, *Rec. a J. BARON, Abhandlungen*, I, cit., 235 s.; F. EISELE, *Correalität und Solidarität*, in *AcP* 77 (= N.F. 27), 1891, 419; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., 96 s. e 120; G. BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 76 s., secondo cui il testo sarebbe «eine inkompetente theoretische Spekulation eines Epigonus und umbratilis doctor»; G. SEGRÈ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, III, Milano 1930, 550 nt. 139 (che ha suggerito, seppur con cautela, che nel testo classico si leggesse '*actiones*' in luogo di '*obligationes*'); E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., 642 s.; G. PROVERA, *La pluris petitio*, I, cit., 66 ss.; G. PUGLIESE, v. '*Giudicato civile (storia)*', in *Enc. dir.* 18, Milano 1969, 739; K. HACKL, *Praejudicium im klassischen römischen Recht*, München 1976, 60 s.; G. SACCONI, *La «pluris petitio»*, cit., 91 ss.; G. NEGRI, v. '*Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*', in *Dig. disc. priv.-Sez. Civile* 3, Torino 1988, 268; M. MARRONE, *La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell'eadem res*, in *SDHI* 64, 1998, 51 s. (= *Scritti giuridici*, II, cit., 663 s.); ID., *La formula della rivendica: astratta o causale?*, in *AUPA* 46, 2000, 230 ss. (= *Scritti giuridici*, II, cit., 782 ss.); U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., 130.

¹⁸⁶ Cfr. [O. LENEL], *Palingenesia iuris civilis. Iuriconsultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros disposuit Otto Lenel*, I, Lipsiae 1889 (rist. Graz 1960), col. 1085 [Nr. 783].

¹⁸⁷ D. 44.2.12 (Paul. 70 *ad ed.*): *Cum quaeritur, haec exceptio noceat nec ne, inspiciendum est, an idem corpus sit*, D. 44.2.14 pr. (Paul. 70 *ad ed.*): *an eadem causa petendi et eadem condicio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est rell.*

È con riguardo all'aspetto relativo all'identità della *causa petendi* che Paolo operava una distinzione fondamentale fra le azioni *in personam* e quelle *in rem*. Solamente nelle prime, difatti, ove uno stesso bene fosse dovuto al medesimo creditore in virtù di una pluralità di rapporti obbligatori, le singole *causae petendi* sarebbero venute in considerazione in dipendenza delle rispettive *obligationes* (o delle rispettive *actiones*, se si segue la proposta di Segrè), sicché la richiesta in giudizio effettuata sulla base di una di tali cause non sarebbe stata di ostacolo per chiedere nuovamente lo stesso bene dallo stesso debitore con un'azione che avesse avuto una diversa *causa petendi*.

Benché il passo sia stato richiamato soprattutto in connessione alla questione concernente la possibilità di riconoscere una rivendica formulare eventualmente causale, in esso possono scorgersi chiaramente le coordinate da tenere presenti per individuare un'ulteriore ipotesi nella quale, agendo con *condictio*, l'attore potesse avere un interesse concreto a causalizzare questa azione.

Baron si era disinvoltamente sbarazzato di questa scomoda testimonianza sostenendo che, ove nel testo di Paolo fosse stata enunciata una regola che equiparava la *condictio* all'azione *in rem non expressa causa*, i compilatori giustinianeî l'avrebbero sicuramente soppressa dal testo che si legge in D. 44.2.14.2, in quanto essa sarebbe risultata in contrasto con una nozione di *condictio* che ai loro tempi aveva perso ormai il carattere della 'astrattezza'.¹⁸⁸ Pur non passando inosservata,¹⁸⁹ tuttavia, la debolezza di tale soluzione non valse a mettere in crisi una ricostruzione complessiva che voleva raffigurare a tutti i costi la *condictio* come un'azione che fosse sempre e comunque 'astratta'.

Eppure, in un brano di Giuliano è rimasta traccia di un caso che, se considerato, autorizza ancora una volta a ritenere – come già immaginato da Savigny – che talune ragioni pratiche potessero talora consigliare di esprimere la causa per la quale si stesse agendo con *condictio*. Si tratta di

D. 44.7.18 (Iul. 54 dig.): *Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres exstiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur: si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem* (Beseler: <ex> stipulat<u act>ionem), *et contra si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento saluam habebit, quia initio ita constiterint hae duae obligationes, ut altera in iudicium deducta altera nihilo minus integra remaneret.*¹⁹⁰

¹⁸⁸ J. BARON, *Die Conditionen*, cit., 237. A tale conclusione Baron giungeva dopo aver sostenuto che nel passo di Paolo in cui si contrappongono le *actiones in rem* a quelle *in personam* la frase '*cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae petitione adprehenduntur*' si sarebbe dovuta riferire anche alle *conditiones*, come sarebbe dimostrato dal fatto che nell'orazione *pro Roscio comoedo* sono indicate come cause della *condictio certi* il mutuo, la *stipulatio*, il contratto letterale e addirittura il contratto di società (*op. cit.*, 236 s.). Una convinzione del genere va inquadrata nella tesi di Baron secondo cui si poteva agire con *condictio certi* anche in base a pretese nate da contratti tutelati da *bonae fidei iudicia* (*supra*, § 2, nt. 9), fra i quali anche il contratto di società. Sennonché, l'idea che l'orazione ciceroniana possa costituire una prova a conforto di tale idea si scontra contro la circostanza che, a differenza di quanto ritenuto da Baron, l'azione intentata da Fannio contro Roscio non era una qualunque *condictio certi*, ma un'*actio certae creditae pecuniae* che trovava il proprio fondamento nella *causa credendi* (*supra*, § 8).

¹⁸⁹ Cfr. H. BUHL, *Rec. a J. BARON, Abhandlungen*, I, cit., 235 s.

¹⁹⁰ Su questo frammento possono vedersi F.L. KELLER, *Ueber Litis Contestation*, cit., 285; F.C. VON SAVI-

Il frammento appena trascritto può considerarsi sostanzialmente genuino e non offre difficoltà interpretative: un soggetto che si era fatto promettere con *stipulatio* lo schiavo Stico, aveva poi ereditato lo stesso schiavo da un altro soggetto cui lo schiavo era dovuto in base a una disposizione contenuta in un testamento,¹⁹¹ sicché lo stesso schiavo risultava dovuto a uno stesso creditore tanto in base alla *stipulatio*, quanto in base al testamento. Giuliano chiarisce che in un'ipotesi del genere l'esercizio dell'*actio ex testamento* non avrebbe consumato quella nascente dalla *stipulatio* e viceversa, perché le due diverse obbligazioni sussistevano sin dall'inizio in modo che, dedotta in giudizio l'una, l'altra rimanesse intatta.¹⁹²

Il creditore che avesse deciso di agire con la *condictio certae rei* nata da una *stipulatio* avvenute per oggetto un bene determinato, e che avesse voluto riservarsi la possibilità di agire nuovamente in base a un'altra causa in virtù della quale gli era dovuto lo stesso bene, pertanto, avrebbe avuto interesse a far premettere alla formula della *condictio certae rei* una *praescriptio* nella quale indicava che lo schiavo Stico gli era dovuto in base alla *stipulatio*.¹⁹³ In tal modo egli avrebbe limitato gli effetti della *litis contestatio* alla *causa actionis* in essa indicata.¹⁹⁴

20. La *praescriptio* premessa alla prima delle due formule tramandate dal trittico proveniente dall'archivio dei Sulpicii ha indotto a mettere in discussione la nozione di 'astrattezza' che, a partire dagli studi di Baron, è stata considerata un tratto caratteristico e irrinunciabile della *condictio* formulare.

Oltre alla formula di *condictio certae pecuniae* riferita in questo documento, preceduta da una *praescriptio* che indica in una *sponsio* la fonte del DARE OPORTERE della somma indicata nell'*intentio*, è stato possibile individuare altri casi nei quali è pensabile che la formula di una *condictio* dovesse o potesse essere preceduta da una *praescriptio* che esprimesse la causa dell'azione.¹⁹⁵

GNY, *System*, VI, cit., 456; C. SCHMIDT, *Quid sit quod vulgo dicitur, duas causas lucrativas in eundem hominem et eandem res concurrere non possunt*, Berolini 1858, 22 ss.; F. SCHULZ, *Die Lehre vom Concursus Causarum im klassischen und justinianischen Recht*, in ZSS, R.A. 38, 1917, 136 s.; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., 64, 79, 178 e 453 ss.; G. VON BESELER, *Miscellanea Graecoromana*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, II, Milano 1930, 76; G. PROVERA, *La pluris petitio*, I, cit., 72 s.; S. BERNASCONI, *Il legato di debito in diritto romano*, in SDHI 42, 1976, 94 s.; P. LAMBRINI, *Il problema del concursus causarum*, Padova 2000, 172; A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., 37 s.

¹⁹¹ Si può pensare a un legato *per damnationem*.

¹⁹² In questo caso, infatti, non si sarebbe configurato un concorso di *causae lucratiuae*, sicché, secondo un principio ricordato in altri due passi di Giuliano – D. 30.82 pr.-1 (Iul. 33 dig.) e D. 44.7.19 (Iul. 73 dig.) – le obbligazioni non si sarebbero estinte.

¹⁹³ Può credersi che il programma di giudizio fosse così concepito: 'EA RES AGATVR, QVOD AVLVS AGERIVS DE NVMERIO NEGIDIO HOMINEM STICHVM STIPVLATVS EST. CAIVS AQVILIVS IVDEX ESTO. SI PARET NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO HOMINEM STICHVM DARE OPORTERE, QVA DE RE AGITVR, QVANTI EA RES EST, TANTAM PECVNIAM CAIVS AQVILIVS IVDEX NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO, SI NON PARET ABSOLVITO'.

¹⁹⁴ In questo senso v. già G. PUGLIESE, v. 'Giudicato civile (storia)', cit., 739 nt. 46. Diversamente E.J. TARDIF, *Étude sur la litis contestatio en droit romain et les effets de la demande en justice en droit français*, Paris 1881, 144, che sulla base di quanto si legge nel frammento di Giuliano aveva pensato che l'indicazione della *causa debendi* potesse essere contenuta nell'*intentio* della formula della *condictio*.

¹⁹⁵ *Supra*, §§ 17-19.

Questi casi non dovevano ricorrere così raramente nella prassi da far pensare che costituissero un ventaglio piuttosto ridotto di eccezioni rispetto a quella che, sulla scia della configurazione della *condictio* come azione ‘astratta’, si sarebbe inclini a raffigurarsi come una sorta di regola.¹⁹⁶

I risultati ai quali si è pervenuti, nel loro convergere, hanno confermato nella sostanza le intuizioni di alcuni studiosi tedeschi precedenti a Baron, mostrando come benché i modelli formulari della *condictio* proposti nella sezione ‘*Si certum petetur*’ del titolo edittale ‘*De rebus creditis*’ fossero ‘astratte’, i programmi di giudizio di volta in volta sottoposti a *litis contestatio* non dovessero essere necessariamente tali. Essi, infatti, potevano essere causalizzati ogni qual volta una ragione specifica suggerisse di obiettivare in una *praescriptio* la causa che, con ogni verosimiglianza, doveva emergere in giudizio già nella fase precedente alla *litis contestatio*.¹⁹⁷ La ‘astrattezza’ del modello edittale, in altri termini, poteva essere corretta quando ritenuto opportuno o necessario e, di conseguenza, non implicava necessariamente anche la ‘astrattezza’ dell’azione.

In questo ordine di idee è plausibile pensare che anche in un’azione la cui causa non fosse immediatamente desumibile dal modello della formula proposto nell’editto la ragione posta a fondamento della pretesa dell’attore si profilasse già in connessione all’*editio actionis* e all’*editio instrumentorum*, acquistando contorni sempre più chiari nella fase *in iure* nell’ambito dell’interazione delle parti volta a predisporre il programma di giudizio da sottoporre alla *litis contestatio*.¹⁹⁸ Di questa interazione, richiamata dalle parole ‘QVA DE RE AGITVR’ contenute nei modelli della *condictio* proposti nell’albo, avrebbero conservato memoria i testimoni presenti *in iure* e invocati nella *litis contestatio*.¹⁹⁹

L’aspetto relativo alla causa dell’azione sarebbe stato determinante nei casi in cui il magistrato avesse dovuto stabilire se si dovesse fare ricorso a *ius iurandum in iure delatum* e *sponsio et restipulatio tertiae* (o *dimidiae partis*). In tali ipotesi, infatti, la formula della *condictio certae pecuniae* sarebbe stata direttamente ricollegabile a quella di un’*actio ex sponsione tertiae partis*, rinviando così alla *causa credendi* e restringendo il tema della prova alla dimostrazione *apud iudicem* dell’avvenuta conclusione di uno dei tre atti da cui poteva nascere il DARE OPORTERE di una *certa credita pecunia*.

Ciò ha come conseguenza, che il fatto indicato nella *praescriptio*, seppur enunciato in una clausola che precedeva la *iudicis nominatio* con cui cominciava la formula pro-

¹⁹⁶ A questi casi, forse, si potrebbe aggiungere anche quello di una *praescriptio* premessa alla formula della *condictio ex causa furtiva*, come ammesso esplicitamente da A. BURDESE, Rec. a W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, in SDHI 55, 1989, 477 (= *Recensioni e commenti. Sessant’anni di letture romanistiche*, I, Padova 2010, 704).

In effetti, nel caso in cui oggetto del furto fosse stato un bene di specie che fosse perito, l’attore poteva avere interesse a premettere alla formula della *condictio* una *praescriptio* che indicasse la *causa actionis*, in modo da giovare così del principio in virtù del quale ‘*semper ... moram fur facere uidetur*’ ricordato in D. 13.1.8.1 (Ulp. 27 *ad ed.*) e fare valere così la cosiddetta *perpetuatio obligationis*.

¹⁹⁷ *Supra*, § 6.

¹⁹⁸ *Supra*, § 10.

¹⁹⁹ *Supra*, § 13.

priamente detta, aveva conseguenze sull'azione,²⁰⁰ facendone venire meno la 'astrattezza' in relazione tanto alla sua 'konsumierende Funktion' quanto alla sua 'kondemnierende Funktion'.

È vero che in relazione all'orazione ciceroniana in difesa di Roscio ciò indurrebbe a chiedersi come mai Fannio si fosse deciso ad agire con *actio certae creditae pecuniae* senza rendersi conto del fatto che la somma di denaro richiesta in giudizio, seppur determinata nel suo ammontare, non era *credita*.²⁰¹ Ma a questa circostanza non deve attribuirsi troppo peso. È probabile, infatti, che nella fase *in iure* la parte attrice non fosse stata consigliata per il meglio dall'oratore che l'assisteva.²⁰²

²⁰⁰ Al riguardo è forse opportuno precisare che anche quando fosse inserita al di fuori della formula, ossia prima della *iudicis nominatio*, la *praescriptio* non rimaneva estranea all'azione. Non è un caso, peraltro, che tale clausola cominciasse con le parole 'EA RES AGATVR' o 'EA RES AGETVR', che appunto si riferiscono all'*agere*, così come non è un caso che nelle fonti si discorra di *agere praescriptis uerbis*. Per questa ragione non si può condividere l'opinione di C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, cit., 25 s., il quale ha ritenuto che solamente nel caso di *praescriptio inserta formulae loco demonstrationis* attestato in Gai 4.136, ciò sarebbe avvenuto «perché essa in tali casi è assolutamente rilevante per determinare i compiti del giudice», e che da ciò dovrebbe desumersi che «la presenza di un dato nella *praescriptio* non limita di per se stesso i compiti del giudice.»

Non vi sono ragioni per pensare che nei casi di *agere praescriptis uerbis* la formula dell'azione, oltre a una *praescriptio* antecedente alla *iudicis nominatio* avesse anche una *demonstratio* che – come ritenuto da C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, cit., 27, in relazione alla formula da lui ipotizzata per Gai 4.137 – enunciassero una seconda volta la causa dell'azione già compiutamente indicata nella *praescriptio* (cfr. M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 174 s. e 175 nt. 4). Appare preferibile pensare, infatti, che il fatto generatore della pretesa fosse indicato in questi casi in una *praescriptio* anteposta alla *iudicis nominatio*.

Ciò è stato riconosciuto anche da R. FIORI, in F. CURSI-R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in BIDR 101-102, 2011, 145 s. nt. 1, il quale ha creduto che la descrizione della fattispecie nella *praescriptio* non vincolasse il giudice in ordine alla qualificazione del rapporto dedotto nell'*intentio* proprio perché riferito «in un testo estraneo alla formula vera e propria». Sennonché, per quanto una clausola premessa alla *iudicis nominatio* non possa considerarsi una parte della formula in senso proprio, risulta davvero difficile pensare che della determinazione della *res qua de agitur* operata con una *praescriptio* caratterizzante questo tipo di *agere* il giudice e le parti non dovessero tener conto nella fase successiva alla *litis contestatio* in ordine alla fissazione e alla delimitazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*. Diversamente ragionando, infatti, si dovrebbe concepire una sorta di azione 'astratta' i cui contenuti andavano di volta in volta determinati solamente nella fase *apud iudicem* sia in relazione al *petitum*, sia in relazione alla *causa petendi*. Una concezione del genere, tuttavia, desterebbe più di una perplessità. Innanzi tutto, infatti, essa svaluterebbe l'attività compiuta *in iure* dalle parti sotto la direzione del magistrato. In secondo luogo, se il giudice non fosse stato vincolato da quanto enunciato nella *praescriptio*, si dovrebbe ammettere che una volta avvenuta la *litis contestatio* l'attore sarebbe stato libero di richiamare *apud iudicem* una causa diversa dal fatto dedotto nella *praescriptio* e che il convenuto, in relazione a tale causa, non avrebbe più avuto la possibilità di fare inserire nel programma di giudizio un'*exceptio* che – se ritenuta fondata – avrebbe potuto condurre alla sua assoluzione. Queste conclusioni, però, non risulterebbero in armonia con una nozione di azione che, in base a quanto risulta dal quadro delle fonti di cui si dispone, doveva profilarsi – lo si è visto (*supra*, §§ 10 ss.) – in modo tale da consentire al convenuto di essere edotto compiutamente sui fatti di causa e di conoscere le prove che l'attore aveva intenzione di addurre innanzi al giudice non solo ai fini della decisione di addivenire o meno alla *litis contestatio*, ma anche alla possibilità di organizzare le proprie difese per farle inserire nel programma di giudizio.

²⁰¹ *Supra*, § 8.

²⁰² Sulle ragioni che avrebbero indotto Saturio a far agire Fannio con *actio certae creditae pecuniae* v.

Di casi del genere, del resto, non mancano tracce in altri scritti dello stesso Cicerone.²⁰³ D'altra parte, il profilo causale appariva essenziale perché il convenuto fosse messo nelle condizioni di effettuare una serie di scelte, come quella relativa alla possibilità di confessare *in iure*, o di organizzare le proprie difese, chiedendo – ove lo avesse ritenuto opportuno – di far inserire nella formula *exceptiones*, anche pregiudiziali, o di far premettere una *praescriptio* al programma di giudizio, anche allo scopo di coordinare più azioni fra loro legate da nessi di pregiudizialità.²⁰⁴

La nozione di *causa actionis*, allora, va considerata in relazione alla *condictio* non solo nella prospettiva dell'azione intesa nella sua 'konsumierende Funktion', ma anche nella prospettiva dell'azione considerata nella sua 'kondemnierende Funktion'. Nella prima prospettiva doveva giocare un ruolo il concetto di *causa proxima actionis*, secondo la terminologia impiegata da Nerazio in D. 44.2.27,²⁰⁵ o di *causa petendi*, come la chiama Paolo in D. 44.2.14 pr.,²⁰⁶ nella seconda anche il concetto di *causa remota*.²⁰⁷

In conclusione non è possibile accettare l'idea di Baron secondo cui la *condictio* formulare sarebbe stata sempre un'azione 'astratta', nella quale l'aspetto della *causa actionis* avrebbe assunto rilevanza solamente innanzi al giudice.

A porsi su questa via, ragionare sulla 'astrattezza' della *condictio* formulare tenendo conto, da un lato, dell'attività compiuta dalle parti nella fase *in iure*,²⁰⁸ e dall'altro della possibilità di riconoscere che in una serie di casi il programma di giudizio fosse munito di una *praescriptio* che circoscrivesse l'azione in relazione al profilo della causa, potrebbe gettare nuova luce su alcune questioni che continuano a non trovare soluzioni unitarie nella riflessione storiografica.

Le osservazioni compiute da questo angolo visuale, infatti, potrebbero offrire qualche spunto per affrontare ancora una volta il problema della 'astrattezza' della *rei vindicatio per*

M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, cit., 814 s., secondo cui Fannio avrebbe dovuto agire in giudizio con un'*actio pro socio*, che però avrebbe presentato lo svantaggio di constenire a Roscio di contrapporgli in giudizio i controcrediti vantati nei suoi confronti. A giudizio di J. BARON, *Der Process*, cit., 130, invece, per far valere l'accordo transattivo concluso tra Fannio e Roscio si sarebbe dovuto agire con un'azione *praescriptis uerbis*. Nella letteratura più recente possono vedersi anche gli spunti di C.A. CANNATA, *Qualche considerazione*, cit., 190 ss. (= *Scritti scelti*, II, cit., 627 ss.). Tali spunti, tuttavia, dipendono da una lettura dell'orazione ciceroniana che, rinunciando a far tesoro di preziose osservazioni svolte nella riflessione storiografica più antica, non appare sempre convincente (v., per esempio, *supra*, § 8, nt. 80; § 10, nt. 106; § 14, nt. 141).

²⁰³ Significativo, al riguardo, l'episodio narrato da Cic., *de orat.* 1.37.168, relativo all'oratore ignorante che aveva insistito per far inserire nel programma di giudizio un'*exceptio* 'CVIVS PECVNIAE DIES FVIT', senza comprendere che ciò non avrebbe giovato alla parte che assisteva. Su questo brano ciceroniano v., diversamente fra loro, M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., 169 ss.; L. PELLECCHI, *La praescriptio*, cit., 278 ss.; B. ALBANESE, *La vetus atque usitata exceptio di Cic. De Orat. 137,168*, in AUPA 49, 2004, 29 ss. (= *Scritti giuridici*, IV, Torino 2006, 1093 ss.); M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 169 ss.

²⁰⁴ *Supra*, § 10.

²⁰⁵ V. *supra*, § 3 e nt. 24.

²⁰⁶ Cfr. *supra*, § 19 e nt. 187.

²⁰⁷ Cfr. *supra*, § 10 e nt. 105.

²⁰⁸ *Supra*, §§ 6 ss.

formulam petitoriam,²⁰⁹ e più in generale il tema della compiuta determinazione dell'oggetto del processo.

Poiché le testimonianze sulle quali si può contare inducono a pensare che la *condictio* e la *rei vindicatio per formulam petitoriam* non potessero avere un programma di giudizio munito di *demonstratio*,²¹⁰ e che le *formulae in ius conceptae*, modellate sui formulari delle antiche *legis actiones*, fossero proposte nell'editto con un'*intentio* che non enunciava la *causa actionis*,²¹¹ si può pensare che essa fosse indicata in una *praescriptio* con funzione 'determinativa' della *res qua de agitur*.

La possibilità di una *praescriptio pro actore*, già ammessa in linea teorica da Keller²¹² e avversata da Puchta,²¹³ era stata particolarmente difesa da Savigny,²¹⁴ che aveva pensato a una *praescriptio* del tipo 'EA RES AGATVR DE FVNDQ MANCIPATO', 'EA RES AGATVR DE FVNDQ VSVCAPTO', o alla *praescriptio* 'DE EADEM RE ALIO MODO' cui si allude in due passi di Cicerone.²¹⁵

²⁰⁹ Come si ricorderà, la questione della possibilità di un'*agere adiecta* (o *expressa*) *causa* in relazione alla rivendica, risalente già alla Glossa e affrontata nel diritto intermedio, fu oggetto di un intenso dibattito fra gli studiosi dell'Ottocento tedesco a partire da Keller. Nel corso del Novecento sono tornati sulla questione G. BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 71 ss.; E. BETTI, *Diritto romano*, I, cit., 643; G. PROVERA, *La pluris petitio*, I, cit., 66 ss.; K. HACKL, *Die Feststellung der Vaterschaft und der väterlichen Gewalt*, in ZSS, R.A. 90, 1973, 148 s. nt. 182; ID., *Praeudicium*, cit., 60 ss.; G. PUGLIESE, v. 'Giudicato civile (storia)', cit., 739, nonché, nell'ambito di un contributo specifico che riprende le fila del dibattito svoltosi nel corso dell'Ottocento, M. MARRONE, *La formula della rivendica: astratta o causale?*, cit., 229 ss. (= *Scritti giuridici*, II, cit., 781 ss.); un cenno al tema si trova già in ID., v. 'Rivendicazione (dir. rom.)', in Enc. dir. 41, Milano 1989, 15 e nt. 74 (= *Scritti giuridici*, I, Palermo 2003, 399 e nt. 74), che ha pensato a un'integrazione dell'*intentio* della formula o a una *praescriptio pro actore*.

La possibilità di integrare direttamente la formula con l'indicazione del titolo di acquisto o di aggiungervi una *praescriptio pro actore* è stata ammessa di recente anche da D. MANTOVANI, *Le formule*², cit., 38 nt. 8. È chiaro che nella seconda ipotesi si sarebbe di fronte a una *praescriptio* alla quale andrebbe riconosciuta una funzione esclusivamente 'determinativa'.

In argomento v. anche, in relazione alla possibilità di un'*agere expressa causa* che riguardi tanto la *condictio* quanto la *rei vindicatio per formulam petitoriam*, F. STURM, *Zur Ausschaltungsbefugnis im Formularprozess*, cit., 145 ss.

²¹⁰ Cfr. le osservazioni di G.F. PUCHTA, *Ueber die expressa causa*, cit., 262 s. (= *Kleine civilistische Schriften*, cit., 182); ID., *Cursus*, II, cit., 128 s.

²¹¹ Secondo F.L. KELLER, *Ueber Litis Contestation*, cit., 290 s. nt. 9, invece, la formula dell'*actio Publiciana* attestata in Gai 4.36 avrebbe attestato proprio la capacità della formula della *rei vindicatio* di indicare la *causa actionis* direttamente nell'*intentio*. Nello stesso senso si è espresso anche [A.W.] HEFFTER, *Ueber die causa adiecta s. expressa*, cit., 233 ss. A destare perplessità nei confronti di tale convincimento, tuttavia, sta la circostanza che la *formula ficticia* dell'*actio Publiciana* aveva un'*intentio* modificata rispetto a quella tipica della *rei vindicatio*. Per altre obiezioni v. M. MARRONE, *La formula della rivendica: astratta o causale?*, cit., 235 (= *Scritti giuridici*, II, cit., 787).

²¹² F.L. KELLER, *Ueber Litis Contestation*, cit., 290.

²¹³ G.F. PUCHTA, *Ueber die expressa causa*, cit., 260 s. (= *Kleine civilistische Schriften*, cit., 179 s.).

²¹⁴ F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., 523 ss. Sulla stessa scia di Savigny si sono collocate le riflessioni svolte da H. DERNBURG, *Ueber das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen*, Heidelberg 1852, 29 ss., che si è richiamato anche a quanto si legge in D. 5.3.7.2 (Paul. 14 *ad ed.*), su cui v. ora M. MARRONE, *La formula della rivendica: astratta o causale?*, cit., 236 ss. (= *Scritti giuridici*, II, cit., 788 ss.), ove altra letteratura.

²¹⁵ Cic., *ad fam.* 13.27.1; Cic., *de fin.* 5.29.88.

Contro tale ipotesi si è obiettato che le *praescriptiones pro actore* attestate nel manuale di Gaio e quelle che dovevano impiegarsi nell'*agere praescriptis uerbis* riguardavano solamente azioni *in personam* munite di *intentio* cosiddetta *incerta*.²¹⁶

Senonché, la trattazione delle *praescriptiones* nota grazie al palinsesto veronese presenta una lacuna di un'intera pagina²¹⁷ che impedisce di conoscere la parte centrale – pari a un terzo circa – del discorso dedicato da Gaio a questo tema,²¹⁸ e nella quale non si può escludere che Gaio trattasse di *praescriptiones* da anteporre a *formulae certae* o a programmi di giudizio di azioni *in rem*. L'argomento che se ne è tratto, pertanto, non appare in sé concludente, e anzi risulta smentito dal primo dei due programmi di giudizio tramandati in TPSulp. 31, che mostra come anche la *formula certa* di un'azione come quella della *condictio* poteva essere munita di *praescriptio*.

Né va dimenticato che anche la *praescriptio* di Gai 4.133 poteva essere premessa al programma di giudizio di un'azione *in rem* come la *rei uindicatio* allo scopo di determinare l'estensione della *res qua de agitur*.²¹⁹

Se è vero che in questo caso la *praescriptio* anteposta alla formula sarebbe stata *pro reo*, non vi sono motivi per negare che una clausola analoga potesse anteporsi alla formula anche nell'interesse dell'attore. La distinzione che oppone le *praescriptiones pro actore* a quelle *pro reo*, infatti, doveva avere rilievo nell'ottica di Gaio perché ai tempi in cui scriveva quelle *pro reo* si erano ormai trasformate '*in speciem exceptionis*'. Ciò, nondimeno, non vale a escludere una considerazione unitaria della loro funzione, messa in discussione a partire dagli studi di Wlassak che avevano scorto nella *praescriptio pro reo* il ruolo di condizionare gli effetti della *litis contestatio*.²²⁰

²¹⁶ Cfr. M. MARRONE, *La formula della rivendica: astratta o causale?*, cit., 234 (= *Scritti giuridici*, II, cit., 786) e gli autori ivi citati alla nt. 18.

²¹⁷ Cfr. *supra*, § 12, nt. 124.

²¹⁸ Al riguardo v. H. DERNBURG, *Ueber das Verhältniß*, cit., 29 nt. 10; M. VARVARO, *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 162 nt. 4.

²¹⁹ Sul punto v. *supra*, § 12.

²²⁰ La convinzione di ascendenza wlassakiana che scorgeva una profonda diversità fra la funzione delle *praescriptiones pro actore* e quella delle *praescriptiones pro reo* è ancora presente nell'impostazione di R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 25 ss. Questo studio, infatti, muove dall'idea che ammette la possibilità che la *praescriptio pro reo* impedisca «che si arrivi alla sentenza, perché se il giudice si rende conto di non poter decidere senza tener conto della questione esclusa dalla *praescriptio*, deve fingere che non vi sia stato un *agere* con la conseguenza di non poter né condannare né assolvere». Una conclusione del genere, tuttavia, postula che la lacuna di Gai 4.133 vada integrata nel modo ritenuto da Wlassak (v. *supra*, § 12, nt. 123), e dà così per scontata una base testuale che invece sarebbe stato necessario verificare autonomamente anche alla luce delle ricostruzioni più antiche di quella accettata dallo studioso austriaco. L'idea che il giudice potesse 'fingere' che non vi fosse stato un *agere*, e che di conseguenza avrebbe potuto porre fine alla controversia senza pronunciare una condanna o un'assoluzione, peraltro, non si allontana di molto dalla convinzione di Wlassak secondo cui il processo poteva 'abortire' (cfr. *op. cit.*, 20), e presta il fianco pertanto a una serie di gravi obiezioni (v. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 57 ss.; ID., *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 157 ss.) che – a tacer d'altro – impediscono di condividere l'impianto e i risultati dell'intera ricerca di Fiori già a partire dai presupposti su cui risulta edificata. Per una diversa prospettiva v. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., *passim*; ID., *Praescriptio e pregiudizio*, cit., 147 ss.

Quanto alla *praescriptio* 'DE EADEM RE ALIO MODO' testimoniata da Cicerone, infine, non vi sono ragioni per non ammettere che essa potesse avere un significato tecnico analogo a quello delle *praescriptiones* di cui si parla nelle fonti giuridiche.²²¹

²²¹ In proposito, infatti, non va dimenticato che Cicerone aveva una preparazione giuridica di tutto rispetto, avendo cominciato ad apprendere il diritto da Quinto Mucio Scevola l'Augure a soli sedici anni e passando in seguito fra gli *auditores* del cugino di secondo grado di quest'ultimo, Quinto Mucio Scevola il Pontefice.

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato Scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 31 maggio, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2014
presso le Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Palermo)

