

MARIO VARVARO

Sulla storia dell'editto
*De pecunia constituta**

* Questo contributo è in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di Remo Martini*.

SOMMARIO: 1. Stato della questione e obiettivi dell'indagine. – 2. L'interpretazione tradizionale secondo cui già in età classica il cosiddetto *constitutum debiti* avrebbe riguardato anche beni fungibili diversi dal denaro e la ricostruzione di Lenel dell'editto *De pecunia constituta* e della formula della relativa azione. – 3. Le fonti richiamate dalla dottrina in tale ordine di idee. – 4. Esame delle informazioni fornite in CI. 4.18.2 e del loro valore probatorio. – 5. L'editto *De pecunia constituta* ai tempi di Labeone secondo quanto risulta da D. 13.5.3.2 (Ulp. 27 *ad ed.*). – 6. Valore di D. 13.5.23 (Iul. 11 *dig.*) per l'età adrianea. – 7. La testimonianza di Gai 4.171 sull'applicabilità di *sponsio et restipulatio dimidiae partis* e l'applicabilità all'*actio constitutae pecuniae* del *ius iurandum in iure*. – 8. Precisazione dei rapporti fra *constitutum debiti* e mutuo. – 9. Irrilevanza dell'interpretazione estensiva della nozione di *pecunia* desumibile da Gai 3.124 per la determinazione del campo di applicazione dell'editto *De pecunia constituta*. – 10. Riconoscimento della validità del *constitutum* di una quantità determinata di frumento in D. 13.5.1.5 (Ulp. 27 *ad ed.*). – 11. Conclusioni e nuove prospettive di ricerca.

1. Fra i 'patti pretori' si è soliti annoverare il cosiddetto *constitutum debiti*. Come si insegna comunemente, si tratta di un atto con il quale si prometteva informalmente, e senza alcun effetto novativo, di adempiere entro un termine perentorio un preesistente debito proprio (*constitutum debiti proprii*), oppure un debito altrui (*constitutum debiti alieni*).¹

Nel sistema del processo formulare tale promessa era sanzionata

¹ Sul *constitutum debiti* v. la letteratura citata in M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München 1971, 583, nt. 3, cui *adde* E. RICART, «*Constitutum debiti*», in AA. VV., *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, a cura di J. PARRICIO, Madrid 1994, 695-708, ove la precedente letteratura (a p. 108).

da un'apposita azione *in factum* prevista dal pretore in appendice alla rubrica edittale *Si certum petetur*,² e che presentava una peculiarità. Secondo quanto ricorda Gaio nelle Istituzioni, infatti, quando si agiva con questa azione l'attore e il convenuto avrebbero dovuto scambiarsi *in iure* una *sponsio* e una *restipulatio* analoghe a quelle che si prestavano innanzi al magistrato giusdicente in caso di *actio certae creditae pecuniae*, ma il cui importo era pari non a un terzo,³ bensì alla metà dell'ammontare della pretesa che si voleva far valere in giudizio.⁴

Si sa che l'espressione 'patto pretorio' è assolutamente estranea alle fonti giuridiche romane. Del resto, poiché tanto nel *constitutum debiti* quanto nei *recepta* non si aveva alcuna vera e propria *conventio*, si capisce come mai negli scritti dei giuristi classici non si parli di *pacta*. Tale locuzione, tuttavia, continua a tramandarsi indisturbata «nei placidi anfratti»⁵ dei manuali senza destare troppe perplessità,⁶ e viene giustificata sulla base del rilievo che anche la promessa informale di adempiere un debito presupponeva comunque il consenso del creditore.⁷

² Si veda la ricostruzione della rubrica proposta da O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927, 232 ss. (d'ora innanzi: *EP*³). Per la questione specifica che concerne il posto occupato in tale sezione dell'editto dalla clausola sul *ius iurandum in iure delatum* v. *infra*, § 7, nt. 74.

³ Cfr. Gai 4.13 e 4.171; v. anche Cic. *pro Rosc. com.* 4.10 e 5.14. Un esempio documentale dell'applicazione di tale *sponsio* si può ricavare dalle due formule tramandate in TPSulp. 31 (= TP. 34), che secondo la convincente interpretazione suggerita da R. SANTORO, *Le due formule della Tabula Pompeiana 34*, in *AUPA* 38 (1985), 344 ss., e accettata dalla dottrina successiva (v. gli autori citati in L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova 2003, 394, ntt. 78-79), riguardavano la formula di un' *actio certae creditae pecuniae* preceduta da quella dell' *actio ex sponsione tertiae partis*.

Come si avrà modo di osservare *infra*, § 7, nt. 66, la *sponsio* e la *restipulatio tertiae partis* si prestavano solamente in caso di esercizio dell' *actio certae creditae pecuniae*, e non di ogni *condictio certae pecuniae*.

⁴ Gai 4.171, il cui testo è riferito *infra*, § 7.

⁵ L'immagine è di G. ARICÒ ANSELMO, *'Ius publicum'-'ius privatum' in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, in *AUPA* 37 (1983), 450.

⁶ Sull'improprietà di questa denominazione si vedano le considerazioni di A. PHILIPPIN, *Le pacte de constitut. Actio de pecunia constituta*, Paris 1929, 48 s.

⁷ Così G. ASTUTI, *Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento*, I. *Il costituito di debito*, in *Annali Camerino* 11 (1937), 138 s. [= estr. 58 s.]; ID., *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito*, II, Milano 1941, 13 ss.; F. GUIZZI, s.v. *Constitutum debiti*, in *NNDI* 4 (1959), 299; KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 583, e ivi nt. 1; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁶, Torino 1993, 491; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo 2006, 487. Al riguardo v. anche J. ROUSSIER, *Le Constitut*, in *Varia. Etudes de droit romain*, III, Paris 1958, 74, nonché la recensione di TH.

Ma in senso contrario si può replicare che nella promessa di adempiere un debito preesistente entro un termine stabilito era solamente il debitore a manifestare la propria volontà.

Anche di *constitutum debiti* si tende a discorrere in modo ormai traluzio e indifferenziato, senza precisare che nelle fonti più antiche ricorre, in realtà, il sintagma verbale *pecuniam constituere*.⁸

Alla base di un uso così generalizzato sta forse l'inveterata convinzione⁹ che il *constitutum*, seppur nato sì in relazione a debiti di dena-

MAYER-MALY, in ZSS 76 (1959), 618. Di *conventio* parla anche G. MELILLO, s.v. *Patti (storia)*, in ED 32 (1982), 483 s.

In proposito potrebbe richiamarsi, in effetti, quanto si legge in D. 13.5.1 pr. (Ulp. 27 *ad ed.*), dove Ulpiano, in apertura del suo commento all'editto *De pecunia constituta*, riconnette l'intervento del pretore all'esigenza di apprestare tutela ai *constituta ex consensu facta*. A dispetto dei sospetti avanzati dalla dottrina, questo testo dovrebbe considerarsi genuino: in tal senso v. ASTUTI, *Studi*, II, cit., 14 s., e ivi nt. 12, con citazione degli autori più antichi che invece lo avevano ritenuto spurio.

Secondo S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², II, Roma 1928, 239, e ivi nt. 1, il costituito di debito si sarebbe configurato addirittura come un contratto verbale.

L'idea che il *constitutum* presupponesse un accordo si ritrova già a partire dalla Glossa, dove, dopo aver affermato che si tratta di un contratto, simile ai *recepta*, e non già di un nudo patto, che si perfeziona con il semplice consenso («*Fiunt consensu nudo non verbis, nec tamen pacta sunt nuda, sed contractus, quia recepta imitantur, quae fuere contractus*»), si dice: «*Et breuiter constitutum est conuentio, qua quis respondet citra stipulationem soluturum se, quod ipse, vel alius debet*».

⁸ Si leggano i passi di Cicerone riferiti *infra*, § 3, ntt. 34-35. In età successiva si comincia a parlare di *pecunia constituta* (il titolo 5.13 del Digesto e il titolo 4.18 del *Codex Iustinianus repetitae praelectionis* sono rubricati, rispettivamente, *De pecunia constituta* e *De constituta pecunia*) e di *constituere pro alieno debito*, come in CI. 4.18.1 (Imp. Gordianus A. Felici). Questa costituzione, a dispetto di quanto si legge nell'*inscriptio*, è stata emessa dalla cancelleria dei tetrarchi nel 294.

⁹ Cfr., per esempio, F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette tradotte e arricchite di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia. Libro XIII*, Milano 1906, 129; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1. *Privatrecht*, Leipzig 1901, 1373; P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*⁴, trad. ital. di C. Longo, Milano 1909, 617; ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 126 e 130 [= estr. 46 e 50]; F. SCHWIND, *Römisches Recht*, I. *Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechts*, Wien 1950, 283; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951 (rist. Aalen 1992), 561; J. IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*⁶, Barcelona 1958, 449; GUIZZI, s.v. *Constitutum debiti*, cit., 299; KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 584; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 1991, 589; BURDESE, *Manuale*⁸, cit., 491; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano 1994, 470; G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano*³, Torino 2000, 390; A.D. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 2003, 382, che discorre al riguardo di 'cosa di genere' anziché di 'cosa fungibile'; M. KASER-R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*⁸, München 2005, 236; MARRONE, *Istituzioni*², cit., 487.

ro, potesse avere per oggetto già dagli inizi dell'epoca classica, se non addirittura dalle sue origini, anche debiti di altri beni che oggi si dicono fungibili.¹⁰ L'azione pretoria che lo tutelava, pertanto, avrebbe mantenuto il nome di *actio de pecunia constituta* (o di *actio constitutae pecuniae*)¹¹ anche quando il *constitutum* avesse riguardato debiti di beni fungibili diversi dal denaro: in tale denominazione, la nozione di *pecunia* sarebbe stata intesa dai giuristi romani in senso ampio, secondo quanto le nostre fonti attesterebbero con sicurezza a partire dall'età classica, o già dall'ultima età repubblicana.

Sullo sfondo di questa impostazione non è difficile scorgere l'idea che il *constitutum* sarebbe sorto come istituto legato a debiti da mutuo.¹² E il mutuo, com'è risaputo, poteva avere per oggetto quantità determinate di denaro o di altre *res quae pondere numero mensura constant*.¹³

Noi riteniamo, invece, che tale convinzione non trovi un adeguato sostegno nel materiale testuale di cui disponiamo. Ci sembra opportuno, pertanto, riconsiderare il fondamento su cui l'opinione tradizionale continua a reggersi. Ciò consentirà, come vedremo, di ricostruire la storia dell'ambito di applicazione dell'*actio de pecunia constituta*, e di verificare se in età adrianea la formula di questa azione e il relativo editto potessero essere espressi nei termini suggeriti da Lenel.

Si potrà constatare, così, che solamente sul finire dell'età classica si cominciò a riconoscere validità anche a *constituta* di debiti aventi per oggetto beni diversi dal denaro; e che ciò avvenne non già in dipendenza dell'estensione di questa figura a ogni debito nascente da mu-

¹⁰ Anche questa espressione, correntemente impiegata dalla romanistica, è estranea alle fonti giuridiche romane, che parlano invece di *res quae pondere numero mensura constant* (o *consistunt*, o *continentur*, o *valent*).

¹¹ L'espressione *actio constitutoria* ricorre nelle fonti una volta soltanto in D. 13.5.20 (Paul. 4 *ad Plaut.*): cfr. H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1926 (rist. Graz 1958), 99, s.v. *constituere*, sub 6). Essa potrebbe pertanto non essere classica, come ritenuto da A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona 1986, 459, nt. 2.

¹² In proposito si vedano gli autori citati *infra*, § 2, nt. 29, nonché le osservazioni che saranno svolte nel testo, § 8.

¹³ Gai 3.90, da leggere insieme a D. 44.7.1.2 (Gai. 2 *aur.*) e I. 3.14 pr.; D. 12.2.1.2 (Paul. 28 *ad ed.*).

tuo, ma grazie al riconoscimento di effetti liberatori alla cosiddetta *datio in solutum*.¹⁴

2. L'editto *De pecunia constituta* risale almeno all'epoca di Labeone,¹⁵ e sulla base dei commentari dei giuristi classici Lenel ha congetturato che per l'età adrianea fosse così formulato:

QUI PECUNIAM DEBITAM CONSTITUIT *se soluturum eoue nomine se satisfacturum esse, in eum iudicium dabo*.¹⁶

A corredo di questa promessa dovevano seguire la clausola editta-
le relativa alla *sponsio et restipulatio dimidiaie partis* e quella che riguardava la prestazione del *ius iurandum in iure*.¹⁷

¹⁴ Come si ricorderà, anche l'espressione *datio in solutum* non è nelle fonti romane, nelle quali ricorrono, piuttosto, il sintagma verbale *in solutum* (o *pro soluto*) *dare*, oppure espressioni analoghe. Sul punto v., nella recente letteratura, A. SACCOCCIO, *La c.d. 'datio in solutum necessaria' nel sistema giuridico romanistico*, in «*Roma e America. Diritto romano comune*», 14 (estr., 2002, ma pubbl. 2003), 18, nt. 2; ID., *Compravendita e 'datio in solutum'*, in AA. VV., *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. GAROFALO, I, Padova 2007, 632, con altra bibliografia alla nt. 1.

Sulla graduale affermazione della *datio in solutum* come fattispecie definita v. invece G. MELILLO, *'In solutum dare'. Contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*, Napoli 1970, *passim* (v. spec. 156 s. per le conclusioni).

¹⁵ Ciò può ricavarsi da D. 13.5.3.2 (Ulp. 27 *ad ed.*) e D. 13.5.27 (Ulp. 14 *ad ed.*), in cui è richiamata, appunto, l'opinione di questo giurista. Cfr. [C.]G. BRUNS, *Das 'constitutum debiti'*, in ZRG 1 (1861), 41 [= *Kleinere Schriften*, I, Weimar 1882, 232], e ivi nt. 21; ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 191 s. e 214 [= estr. 111 s. e 134].

¹⁶ LENEL, *EP*³, cit., 248, sulla base di D. 13.5.1.1 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Ait praetor 'Qui pecuniam debitam constituit' rell.* Questo passo può considerarsi genuino: v. ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 101 [= estr. 21].

KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 1375, proponeva la seguente ricostruzione: *Qui pecuniam debitam constituit se soluturum si neque fecit quod constituit, neque per actorem stetit quominus fieret, in eum iudicium dabo*. La promessa editta non avrebbe invece fatto riferimento al *satisfacere* per PEROZZI, *Istituzioni*, II², cit., 238, nt. 4; ASTUTI, *Studi*, II, cit., 5; SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., 560.

¹⁷ Cfr. LENEL, *EP*³, cit., 249, seguito da L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, Napoli 1954, 56 s., e ivi nt. 32; v. anche KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 1375 (a parere del quale, tuttavia, la prestazione della *sponsio et restipulatio dimidiaie partis* sarebbe stata facoltativa: ma in senso contrario v. *infra*, § 7, e ivi nt. 64); B. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Palermo 1913, 20; ASTUTI, *Studi*, II, cit., 5 e 10. Sulla prestazione del giuramento decisorio v. *infra*, § 7.

Per Lenel, dunque, quando si ebbe il presunto riordinamento dell'editto perpetuo da parte di Salvio Giuliano,¹⁸ la clausola che concerneva la *pecunia constituta* poteva riguardare anche promesse di *satisfacere*.¹⁹ Non mancano tuttavia studiosi che ritengono interpolati i passi su cui si fonda questa convinzione, e che pertanto affermano che in età classica il *constitutum* non potesse avere per oggetto una *satisfactio*.²⁰

Coerentemente, la formula è stata ricostruita da Lenel con *intentio in factum concepta* nei termini:

*Si paret N^m N^m A^o A^o sestertium decem milia constituisse se soluturum eoue nomine se satisfacturum esse, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.*²¹

¹⁸ Per i dubbi avanzati in dottrina sulla veridicità delle notizie che attribuiscono al giurista Salvio Giuliano la cosiddetta codificazione dell'editto perpetuo per incarico dell'imperatore Adriano, non attestata in alcuna fonte coeva, v. gli autori richiamati in S. LONGO, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Milano 2003, 154-156, nt. 129.

¹⁹ In tal senso v. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 1371 ss.; LENEL, *EP*³, cit., 248, che si basava fondamentalmente su quanto si legge in D. 13.5.14.1-2 (Ulp. 27 *ad ed.*), dove si allude al caso in cui taluno avesse effettuato un *constitutum* avente per oggetto *se pignus daturum* o *certam personam fideiussuram pro se*, e in D. 13.5.21.2 (Paul. 29 *ad ed.*); P. FREZZA, *Questioni esegetiche e sistematiche in materia di «constitutum debiti»*, in AA. VV., *Studi in memoria di Giovan Battista Funaioli*, Milano 1962, 714-716 [= *Scritti*, II, a cura di F. AMARELLI-E. GERMINO, Romae 2000, 330-332]; S. TONDO, *In tema di «constitutum debiti»*, in *Labeo* 4 (1958), 208 ss.

È probabile che qui *satisfacere* voglia dire solo garantire, più che effettuare una prestazione sostitutiva.

²⁰ V. ARANGIO RUIZ, *Le genti e la città*, in «*Annuario*» dell'Università di Messina (estr., 1914), 56 s. [= *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, 572 s.], che riteneva interpolato D. 13.5.16.2, e addirittura 'interpolatissimo' D. 13.5.14.2 (con argomentazioni che LENEL, *EP*³, cit., 248, nt. 3, considerava però insufficienti), seguito da PEROZZI, *Istituzioni*, II², cit., 239; PHILIPPIN, *Le pacte de constitut*, cit., 72-75; ASTUTI, *Studi*, II, cit., 4-10 (con altra bibliografia alla nt. 129) e 188 ss.; ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 16 ss.; MAYER-MALY, *Recensione di Roussier*, cit., 617; GUIZZI, s.v. *Constitutum debiti*, cit., 300, il quale ha notato che solamente per effetto dell'estensione operata con la riforma giustiniana del 531 oggetto del *constitutum* poteva essere anche la *satisfactio*. In argomento v. anche, nella letteratura più recente, A. SANGUINETTI, *La promessa del fatto altrui nella riflessione dei giuristi romani*, in *SDHI* 65 (1999), 191-193, che ha rivalutato la genuinità (almeno sostanziale) di D. 13.5.14.2; E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II. *Contesti e pensieri*, Milano 2001, 172-175.

²¹ LENEL, *EP*³, cit., 251. Per altre critiche alla ricostruzione leneliana v. PHILIPPIN, *Le pacte de constitut*, cit., 94 ss.

La *condemnatio*, in età adrianea, doveva essere al *quanti ea res est*²²

Diversa era invece la proposta suggerita da A.F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae 1869 (rist. Barañáin 1997), 106-108 (§ 97), a parere del quale il programma di giudizio avrebbe incluso nella *condemnatio* anche l'ammontare della *dimidia pars* (*iudex quanti ea res est, tantam pecuniam et eius dimidium Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. s. n. p. a.*). Ma questa idea è stata respinta, sulla base di varie argomentazioni, da diversi autori: v. BRUNS, *Das 'constitutum debiti'*, cit., 60, nt. 46 [= *Kleinere Schriften*, I, cit., 249, nt. 47]; J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, *Über constituta pecunia*, trad. tedesca di M. Conrat, in *Abhandlungen zum römischen Staats- und Privatrecht*, Stuttgart 1885, 234 s.; PHILIPPIN, *Le pacte de constitut*, cit., 100; LENEL, *EP*, cit., 251 s., nt. 3.

Pure la proposta di KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, *Über constituta pecunia*, cit., 230, è stata criticata da LENEL, *EP*, cit., 249, nt. 4, che l'ha giudicata «totalmente campata in aria».

Secondo alcuni studiosi, nel programma di giudizio sarebbe stato menzionato anche il termine perentorio indicato nel costituito: cfr. RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., 107; KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, *Über constituta pecunia*, cit., 230; ASTUTI, *Studi*, II, cit., 5.

È stato congetturato che nel modello editale più antico della formula di quest'azione la *condemnatio* fosse *certa* e corrispondesse alla somma di denaro indicata nell'*intentio* (al riguardo v. la nt. successiva). Del resto le fonti parlano spesso di *solvere* in relazione alla *pecunia constituta*, e ciò, in considerazione del valore più antico di questo verbo (per cui v. *infra*, § 7, nt. 70), potrebbe valutarsi come indizio della natura *certa* dell'oggetto dell'*actio de pecunia constituta*.

²² Così, sulle orme di BRUNS, *Das 'constitutum debiti'*, cit., 59 ss. [= *Kleinere Schriften*, I, cit., 248 ss.], e, richiamandosi a D. 13.5.18.2-3 (Ulp. 27 *ad ed.*), LENEL, *EP*, cit., 251 s., e ivi nt. 3, seguito da: F. SCHWARZ, *Die Grundlage der *condictio* im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln 1952, 284; SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., 561; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg 1990 (rist. 1992), 511; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova 1999, 68, e ivi nt. 254, con critica della contraria opinione espressa da G. VON BESELER, *Das Edictum de eo quod certo loco. Eine rechtshistorische Untersuchung*, Leipzig 1907, 104-107, che sulla base di D. 13.5.16.1 aveva proposto una ricostruzione del programma di giudizio munito di *condemnatio certa* (ciò era stato ritenuto probabile da ARANGIO RUIZ, *Le genti e la città*, cit., 57 [= *Scritti*, I, cit., 573], per la formula dell'azione che si dava quando oggetto del costituito fosse un debito di *certa pecunia*), non condividendo quella suggerita da Lenel e Bruns, e affermando che questa parte del programma di giudizio doveva essere analoga a quella della *condictio certae pecuniae* (v. pure, nello stesso senso, la critica di ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 241 s. [= estr. 161 s.]). Pure H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II. *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, 183, aveva ritenuto che la condanna fosse al *quanti ea res est*.

A una *condemnatio certa* aveva pensato in un primo momento anche M. KASER, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München 1935, 195, a giudizio del quale la probabile origine penale dell'azione desumibile da D. 13.5.18.2 (Ulp. 27 *ad ed.*), considerato genuino nella sostanza e nella forma, a parte qualche sospetto sul *magis est* – ma forse la penalità dell'azione può ricollegarsi alla prestazione della *sponsio et restipulatio dimidia partis*: v. BESELER, *Das Edictum de eo quod certo loco*, cit., 106; BIONDI, *Il giuramento decisorio*, cit., 26, nt. 2; SIBER, *Römisches Recht*,

o anche al *quanti ea res erit*,²³ in modo da consentire al giudice di valutare anche l'interesse del creditore all'adempimento entro il termine stabilito.²⁴

La dottrina e la manualistica, come già osservato, sono generalmente concordi nel ritenere che l'applicabilità della previsione edittale

II, cit., 183; PHILIPPIN, *Le pacte de constitut*, cit., 106; sul punto v. pure ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 243 s. [= estr. 163 s.]; ID., *Studi*, II, cit., 79 ss.; ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 34 ss. e 109; FREZZA, *Questioni esegetiche e sistematiche*, cit., 701-708 [= *Scritti*, II, cit., 317-324]; A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris 1958, 139, nt. 305, con altra letteratura – non escluderebbe che l'azione avesse una formula munita di *condemnatio certae pecuniae*, e D. 13.6.18.3, giudicato dalla dottrina gravemente alterato, non riguarda la *condemnatio* formulare, ma il concorso di azioni. Kaser, però, ha poi mutato opinione in *Das römische Privatrecht*, I², cit., 584, nt. 12.

Che la *condemnatio* fosse *incerta* è stato invece sostenuto da ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 125 ss. e 143 [= estr. 45 ss. e 63]; ID., *Studi*, II, cit., 10; P. KOSCHAKER, *Recensione di G. Astuti, Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito. I-II*, in *ZSS* 63 (1943), 472 s., che pur ritenendo verosimile, con Astuti, che l'azione in origine potesse aver avuto carattere penale, ha sostenuto che in età classica si fosse trasformata in azione reipersecutoria; ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 26 ss., con cui ha concordato MAYER-MALY, *Recensione di Roussier*, cit., 617; D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln-Graz 1962, 265, nt. 15; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, 318, nt. 46; A. GUARINO, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Napoli 1992, 944, nt. 90.4.1.

Bruns, in realtà, aveva pensato che l'azione avesse per oggetto un *incertum*, e non una *certa pecunia*, traendone argomento a favore dell'idea che la *condemnatio* della formula di quest'azione dovesse essere al *quanti ea res est*. Contro questa convinzione si è espresso BESELER, *Das Edictum de eo quod certo loco*, cit., 105 s.

A giudizio di MAGDELAIN, *Le consensualisme*, cit., 137 ss., tanto la *condemnatio certa* quanto quella concepita al *quanti ea res est*, in ogni caso, non sarebbero state in grado di sanzionare in modo efficace il *constitutum debiti*, sicché tale sanzione andrebbe scorta nella *sponsio dimidia partis*, che, a differenza di quella *tertia partis* dell'*actio certae creditae pecuniae*, avrebbe svolto non solo la funzione di pena processuale, ma anche quella di pena per l'inadempimento entro il termine stabilito nel *constitutum* (un'idea analoga era già stata espressa da BESELER, *Das Edictum de eo quod certo loco*, cit., 105, richiamandosi alla tesi di dottorato di BONNECARRÈRE, *De l'action pecuniae constitutae*, Paris 1896, 12 ss., che non ci è stato possibile consultare personalmente).

²³ Così KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 1375; ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 34; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 608. Ciò è stato ritenuto plausibile da MANTOVANI, *Le formule*, cit., 68, nt. 254, in considerazione della «natura della prestazione».

²⁴ Sul concorso fra *actio constitutae pecuniae* e azione diretta a fare valere in giudizio l'obbligazione relativa al debito oggetto del *constitutum* v. ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 244 ss. [= estr. 164 ss.]; ID., *Studi*, II, cit., 46 ss.; SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., 561 s.; E. RICART MARTÍ, *Perfil del «constitutum debiti»*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, 3 (1991), 146 s., con citazione di altra letteratura.

sulla *pecunia constituta* si sia estesa per tempo alle *res quae pondere numero mensura constant*,²⁵ e oscillano soltanto in relazione alla individuazione del momento in cui tale estensione sarebbe avvenuta, talora mantenendosi sul vago.²⁶

Quest'idea troverebbe un appiglio testuale in una costituzione emessa dalla cancelleria di Giustiniano nel 531, dove in prospettiva storica si ricorda che in età più antica quest'azione poteva avere per oggetto soltanto beni fungibili.²⁷

Sulla scorta di quanto si legge in questo stesso provvedimento, peraltro, si è ritenuto che l'estensione ai crediti aventi per oggetto beni fungibili diversi dal denaro sia avvenuta interpretando estensivamente la nozione di *pecunia*,²⁸ perché ancora in età adrianea, come si è visto, nell'editto *De pecunia constituta* e, corrispondentemente, nell'*intentio* della formula ricostruita da Lenel, si faceva riferimento a *pecunia constituta*, ma non ad altre *res quae pondere numero mensura constant*.

A questa conclusione si è pervenuti anche riflettendo sulla posi-

²⁵ L'unica eccezione, per quanto ci risulta, è rappresentata da TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 608, secondo cui non sarebbe sicura l'estensione dell'azione a crediti di una quantità di cose fungibili.

²⁶ In proposito v. ARANGIO RUIZ, *Le genti e la città*, cit., 57 [= *Scritti*, I, cit., 573], che ha riconnesso l'interpretazione estensiva a quella di cui si discorre in Gai 3.124 (ma per questa idea v., criticamente, *infra*, § 9, nel testo); ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 130 ss. [= estr. 50 ss.]; ID., *Studi*, II, cit., 21 s. (che si richiamava a Huschke), seguito da G.G. ARCHI, *Contributi alla critica del Corpus Juris*. II. *Riforme giustinianee in tema di garanzie personali*, in *BIDR* 65 (1962), 147 [= *Scritti di diritto romano*, III. *Studi di diritto penale. Studi di diritto postclassico e giustiniano*, Milano 1981, 2044], da GUIZZI, s.v. *Constitutum debiti*, cit., 300, e da F. LA ROSA, *Il formalismo del pretore: «constituta» e «recepta»*, in *La-beo* 43 (1997), 211; SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., 561 e 563.

A giudizio di Astuti, in ciò seguito da ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 99, l'applicazione dell'editto *De pecunia constituta* a tutti i debiti aventi per oggetto *res quae pondere numero mensura constant* risalirebbe già alle origini dell'istituto, le cui caratteristiche dimostrerebbero che sin da età antica esso presupponeva un mutuo. Ma a questo riguardo v. quanto si dirà *infra*, § 8, nel testo.

Per GIRARD, *Manuale elementare*, cit., 617, invece, l'estensione ai debiti di *res quae pondere numero mensura constant* sarebbe stata operata in età classica.

²⁷ Cl. 4.18.2.1 (Iustinianus A. Iuliano pp., a. 531), che trascriviamo per la parte che ci interessa *infra*, nel testo, § 4, e che va letto insieme a B. 26.3.2 (Hb. III 109). Nella sua Parafrasi alle Istituzioni di Giustiniano, Teofilo, indicando le differenze fra l'*actio recepticia* (per il caso di *receptum argentariorum*) e l'*actio constitutae pecuniae*, afferma pure che quest'azione ha per oggetto *res quae pondere numero mensura constant* (PT. 4.6.8: ...τὸ πόνδεραι, νῦμῆραι, μέσῶν κτλ.).

²⁸ In tal senso v., per esempio, H. STEINER, *Datio in solutum*, München 1914, 88.

zione occupata dall'editto *De pecunia constituta* in appendice alla rubrica *Si certum petetur*. Ciò, infatti, dimostrerebbe che il pretore avrebbe applicato la disciplina del *constitutum* ai rapporti obbligatori aventi per oggetto quantità determinate di beni fungibili, il cui prototipo era rappresentato da quelli nascenti dal mutuo o, comunque, da negozi che avevano come presupposto un mutuo.²⁹ Da questo punto di vista, l'*actio constitutae pecuniae* sarebbe stata una 'sorella gemella' dell'azione che tutelava il mutuo.³⁰

Bisogna allora chiedersi se nelle fonti sia possibile rintracciare prove o indizi che consentano di stabilire quando tale estensione sia stata operata, e come mai si sia limitata solamente alle sole cose fungibili, e non a tutti i beni.³¹

3. Che in origine il *constitutum debiti* avesse per oggetto solamente *pecunia* è dato generalmente sicuro e indiscusso.³² Le prime attesta-

²⁹ Così ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 134 [= estr. 54] (v. anche 156 [= estr. 76], dove si parla di «accessorietà del costituito al mutuo»); ID., *Studi*, II, cit., 11 e 21, seguito da ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 99; GUIZZI, s.v. *Constitutum debiti*, cit., 300; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano, I. Le garanzie personali*, Padova 1962, 249; FRANCIOSI, *Corso istituzionale*³, cit., 390. Sul punto v. però quanto si avrà modo di osservare criticamente *infra*, § 8, nel testo.

³⁰ L'espressione è di KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 1372.

³¹ Per dar conto di tale estensione ai soli debiti di cose fungibili, anziché a tutti quelli di *certa res*, BRUNS, *Das 'constitutum debiti'*, cit., 50 [= *Kleinere Schriften*, I, cit., 240], ha abbozzato una spiegazione secondo cui, così come l'espressione *condictio triticaria* potrebbe far pensare che il commercio di *triticum* avrebbe determinato l'estensione dell'applicabilità della *condictio* dal denaro alle altre cose, uno sviluppo analogo potrebbe supporre in materia di *constitutum*. Al riguardo, tuttavia, ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 131 s. [= estr. 51 s.], ha rilevato che la *condictio triticaria* si applicava ai crediti di qualunque *certa res*, mentre l'*actio constitutae pecuniae* sarebbe stata applicata fino alla riforma giustiniana esclusivamente a debiti aventi per oggetto *res quae pondere numero mensura constant*.

In proposito può ricordarsi come secondo un'ipotesi che risale a J.C. NABER, *Observatiunculae de iure Romano. XXI. De certis formulis*, in *Mnemosyne. Bibliotheca philologica batava* 20 (1892), 186, e giudicata verosimile da LENEL, *EP*³, cit., 232 e 240, potrebbe pensarsi che le formule della *condictio* fossero addirittura tre: una per la *certa pecunia*, una per beni fungibili diversi dal denaro, e una per beni di specie (*rectius*: infungibili); in argomento v. anche F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti*, in *ZSS* 17 (1896), 151; R. VON MAYR, *Die Condictio des römischen Privatrechts*, Leipzig 1900, 209 ss.

³² Così già BRUNS, *Das 'constitutum debiti'*, cit., 48-50 [= *Kleinere Schriften*, I, cit., 238-241]; O. KARLOWA, *Ueber den Begriff der fungiblen Sachen und die Anwendung desselben bei den verschiedenen Rechtsverhältnissen und Rechtsgeschäften des römischen Rechts*, in

zioni in proposito provengono dagli scritti di Cicerone, e riguardano appunto promesse di pagare somme di denaro determinate.³³ Si tratta,

Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart [a cura di C.S. GRÜNHUT] 16 (1889), 449 s., a parere del quale l'estensione del *constitutum debiti* a beni fungibili diversi dal denaro sarebbe giovata al creditore, consentendogli di agire con l'*actio constitutae pecuniae* in caso di mancato adempimento nel termine stabilito, laddove la *condictio de certa pecunia* e quella *de certa re*, in quanto azioni di stretto diritto, non gli avrebbero permesso di far valere questo suo interesse, così come l'*actio de eo quod certo loco* avrebbe consentito al giudice di tener conto dell'interesse del creditore all'adempimento nel luogo convenuto: con l'*actio constitutae pecuniae*, infatti, il creditore avrebbe potuto richiedere in giudizio anche gli interessi moratori, che erano concepibili solo in relazione alle cose fungibili. In senso analogo: E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, I. *L'ancien droit*, Paris 1891, 679; R. LEONHARD, s.v. *Constituere*, in *RE* 4 (1901), 1105; GLÜCK, *Commentario alle Pandette. Libro XIII*, cit., 159, nt. c; GIRARD, *Manuale elementare*, cit., 616, e ivi nt. 2; PHILIPPIN, *Le pacte de constitut*, cit., 53; ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 126 [= estr. 46]; ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 83, 87 e 109 s.

³³ In proposito la dottrina si è richiamata genericamente ad alcuni passi di Cesare, di Cicerone e di Livio (v. le fonti citate in GUIZZI, s.v. *Constitutum debiti*, cit., 299). Di questi luoghi, tuttavia, solamente due si riferiscono al *pecuniam constituere* in senso tecnico (per cui v. *Thesaurus linguae Latinae*, IV, s.v. *constituo*, sub II E 4, col. 523), e cioè quelli riferiti *infra*, nelle ntt. 34-35. Negli altri passi, invece, il verbo *constituo* ricorre con significati differenti.

È del tutto congetturale, perché sprovvista di riscontri nelle fonti, la tesi secondo cui la tutela processuale della *pecunia constituta*, in origine, sarebbe stata civile, e potrebbe farsi rimontare addirittura alle Dodici Tavole, dovendosi porre in connessione con la possibilità accordata all'*addictus* in seguito a *legis actio per manus iniunctionem* di mettersi d'accordo con il creditore nei sessanta giorni successivi all'*addictio* prima di essere venduto *trans Tiberim* o ucciso: in questa prospettiva il *constitutum* sarebbe stato l'accordo transattivo con cui il debitore esecutato si fosse impegnato a pagare il proprio debito entro un giorno determinato per far rinunciare il creditore all'esecuzione sulla sua persona. Contro questa ricostruzione v. GIRARD, *Manuale elementare*, cit., 616, nt. 2; ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 210 s. [= estr. 130 s.].

Come notato già da Girard (*loc. ult. cit.*), peraltro, la possibilità che l'*actio constitutae pecuniae* discendesse dalla *legis actio per conditionem* è esclusa in radice dalla circostanza che la *formula* di quest'azione era in *factum concepta*, e dunque pretoria. La natura pretoria dell'azione si ricava dalla lettura di D. 13.5.31 (Scaev. 5 *dig.*) e di I. 4.6.8: *In personam quoque actiones ex sua iurisdictione propositas habet praetor. veluti de pecunia constituta* rell. Sul punto v., in questo senso, LEONHARD, s.v. *Constituere*, cit., 1104; TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 608.

Ciò, peraltro, è confermato dalla constatazione che la formula era preceduta da un editto (v. *supra*, nel testo, § 2, su nt. 16), mentre le azioni civili, come generalmente si crede, non lo erano: cfr. M. WŁASSAK, *Edict und Klageform. Eine romanistische Studie*, Jena 1882, 35 s. e 54 ss.; P. DE FRANCISCI, *Iudicia bonae fidei editi et formulae in factum*, in *Studi Senesi* 24 (1907), 403-410; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, III. *Dalla nascita della iurisdictione all'avvento del processo per formulas*. *Dispense del Corso di Diritto Romano 1981-82*, Catania 1982 (in lito), 48 s.; MANTOVANI, *Le formulæ*, cit., 32 s.; LONGO, *Fi-*

in particolare, di un passo della *pro Quinctio*,³⁴ e di una lettera scritta ad Attico prima delle idi di febbraio del 67 a.C.³⁵

In proposito, peraltro, è sicuramente significativa la circostanza che l'azione data al creditore in caso di inadempimento della promessa nel termine stabilito si chiamasse *actio constitutae pecuniae* (o *actio de pecunia constituta*), e, dunque, si riferisse chiaramente a *pecunia*.³⁶

lius familias se obligat?, cit., 156 ss.; M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I. *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino 2006, 225.

Aggiungiamo che, come notato già da ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 213 [= estr. 133], e ivi nt. 262, la natura di azione pretoria risulta anche dall'impiego del verbo *teneri* (caratteristico dei rapporti obbligatori tutelati dal diritto pretorio: v. M. BRETONE, *Storia del diritto romano*⁰, Roma-Bari 2004, 150), per indicare il vincolo obbligatorio. Ciò risulta, per esempio, da D. 13.5.1 (Ulp. 27 *ad ed.*); D. 13.5.2 (Iul. 11 *dig.*); D. 13.5.3 (Ulp. 27 *ad ed.*); D. 13.5.4 (Paul. 29 *ad ed.*); D. 13.5.5 (Ulp. 27 *ad ed.*); D. 13.5.8 (Paul. 29 *ad ed.*); D. 13.5.11 (Ulp. 27 *ad ed.*); D. 13.5.12 (Paul. 13 *ad ed.*); D. 13.5.13 (Paul. 29 *ad ed.*); D. 13.5.14 (Ulp. 27 *ad ed.*); D. 13.5.16 (Ulp. 27 *ad ed.*); D. 13.5.18 (Ulp. 27 *ad ed.*); D. 13.5.19 (Paul. 29 *ad ed.*); D. 13.5.21 (Paul. 29 *ad ed.*); D. 13.5.23 (Iul. 11 *dig.*); D. 13.5.24 (Marc. l. s. *resp.*); D. 13.5.26 (Scaev. 1 *resp.*); D. 13.5.29 (Paul. 24 *ad ed.*); PS. 2.2.1.

È vero che in due luoghi delle fonti – D. 13.5.8 (Paul. 29 *ad ed.*) e CI. 4.18.1 (a. 294) – si dice che l'*actio (pecuniae constitutae) competit*, con ciò inducendo a credere che tale azione fosse civile (sul punto v., da ultimo, VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, cit., 225 ss.); ma quasi sicuramente ci troviamo di fronte a espressioni spurie: in questo senso, per CI. 4.18.1, v. ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 5, nt. 2; per D. 13.5.8 (Paul. 29 *ad ed.*) v. l'*Index interpolationum*, I, 203, *ad h. l.* Analogamente, sono sembrati sospetti anche i passaggi delle fonti giustiniane, come per esempio D. 13.5.3.1-2 (Ulp. 27 *ad ed.*), in cui si parla di *obligare* e di *obligatio* con riferimento al vincolo nascente dal *constitutum*: sul punto v. ARANGIO RUIZ, *Le genti e la città*, cit., 54 s. [= *Scritti*, I, cit., 570 s.]; G. SEGRÈ, '*Obligatio*', '*obligare*', '*obligari*' nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, III, Milano 1930, 607, e ivi nt. 318; ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 213 [= estr. 133], nt. 262; ID., *Studi*, II, cit., 217, nt. 21; ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 5, nt. 2. Tuttavia, potrebbe trattarsi di casi in cui, come messo in luce da BRETONE, *Storia*⁰, cit., 150, nt. 91, la «terminologia del *debere*, dell'*obligari* e dell'*obligatio* si estende però anche ai rapporti pretorii».

³⁴ Cic. *pro Quinctio* 5.18: ...*quasi domi nummos haberet, ita constituit Scapulis se daturum* rell. (con riferimento al debito di cui si parlava in 4.17: *Cum pecuniam C. Quinctius P. Scapulae debuisset, per te, C. Aquili, decedit P. Quinctius, quid liberis eius dissolveret* rell.). L'orazione in favore di Publio Quinzio è dell'anno 81 a.C., come si desume da quanto si dice in Gell. 15.28.3: cfr. M. SCHANZ, *Geschichte der römischen Litteratur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian*, I.2, München 1909, 234.

³⁵ Cic. *ad Att.* 1.3 (1.7) [ed. DI SPIGNO]: ...*L. Cincio HS XXXCD constitui me curatum Id. Febr.* rell. Sul valore di queste due testimonianze ai fini della datazione dell'editto *De pecunia constituta* v. BRUNS, *Das 'constitutum debiti'*, cit., 34, nt. 10, e 41 s. [= *Kleinere Schriften*, I, cit., 226, nt. 11, e 232 s.]; ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 214 [= estr. 134].

³⁶ In tal senso GIRARD, *Manuale elementare*⁶, cit., 617; TH. RÜFNER, *Vertretbare Sachen? Die Geschichte der res, quae pondere numero mensura constant*, Berlin 2000, 45.

Sulla base delle testimonianze ciceroniane, si è ipotizzato che in età più antica l'editto riguardasse la *pecunia credita* (QUI PECUNIAM CREDITAM CONSTITUIT rell.), e non la *pecunia debita*. Muovendosi in questa direzione, Rudorff aveva ricostruito la promessa editale sostituendo CREDITAM a DEBITAM.³⁷ Tuttavia, come osservato da Lenel, la parola DEBITAM era indubbiamente contenuta nell'editto di età adrianea, perché a essa si riferiscono più volte i giuristi classici nei loro commentari.³⁸

Noi non abbiamo elementi per sapere come fosse formulato l'editto ai tempi di Cicerone, ma possiamo essere sicuri del fatto che si riferisse al pagamento di debiti di *pecunia numerata*.

Assai meno sicuro, invece, è che già per tempo la giurisprudenza dell'ultima età repubblicana o dei primi anni del principato abbia interpretato estensivamente la nozione di *constituta pecunia*, fino a ricomprendervi tutte le *res quae pondere numero mensura constant*.³⁹ Si vedrà, infatti, che tale convinzione risulta sprovvista di adeguati riscontri nelle fonti.

4. Come si accennava, l'unica fonte da cui si desume che l'editto *De pecunia constituta* si sarebbe applicato non soltanto alla *pecunia numerata*, ma anche alle altre cose che oggi si dicono fungibili, è una costituzione emessa da Giustiniano nel febbraio del 531⁴⁰ con cui si san-

³⁷ Così, riallacciandosi a Bruns, RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., 106 s., e ivi nt. 4; GLÜCK, *Commentario alle Pandette. Libro XIII*, cit., 159, nt. c; più di recente, citando l'*Index interpolationum, ad b. l.*, F. LA ROSA, *Il formalismo del pretore*, cit., 203. Ma in senso contrario v. LENEL, *EP*, cit., 248, e ivi nt. 1, il quale ha osservato che la supposizione di Bruns richiamata da Rudorff si riferiva, in realtà, solamente al più antico editto, e non a quello di età adrianea; KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, *Über constituta pecunia*, cit., 240 s. Sul punto v. pure ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 130 [= estr. 50]; ID., *Studi*, II, cit., 5, e ivi nt. 5; ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 15 (e la recensione di MAYER-MALY, cit., 617); PHILIPPIN, *Le pacte de constitut*, cit., 53.

³⁸ Cfr. D. 13.5.1.5-8 (Ulp. 27 *ad ed.*); D. 13.5.3 (Ulp. 27 *ad ed.*); D. 13.5.11 (Ulp. 27 *ad ed.*); D. 13.5.18.1 (Ulp. 27 *ad ed.*). In tutti questi passi si parla più volte di *debitum* e di *debere*.

³⁹ Al riguardo v. *supra*, § 2.

⁴⁰ Si tratta di una delle cosiddette *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*: cfr. M. VARVARO, *Contributo allo studio delle 'quingaginta decisiones'*, in *AUPA* 46 (2000), 483, nt. 347; in questo senso v. cautamente anche RICART MARTÍ, *Perfil*, cit., 138, nt. 8.

Sulla riforma giustiniana, di cui si dà conto anche in I. 4.6.8 (da leggere insieme a PT. 4.6.8), v. PHILIPPIN, *Le pacte de constitut*, cit., 109 ss.; ASTUTI, *Studi*, II, cit., 281 ss.;

cisce l'abolizione dell'*actio recepticia* contro gli *argentarii* e, contestualmente, l'estensione dell'applicabilità dell'*actio constitutae pecuniae* a tutti i crediti, anche diversi da quelli di denaro e di cose fungibili, e anche sottoposti a termine o a condizione:

CI. 4.18.2.1 (Iustinianus A. Iuliano pp., a. 531): *Cum igitur praefata actio, id est pecuniae constitutae, in his tantummodo a veteribus conclusa est, ut exigeret res quae in pondere numero mensura sunt, in aliis autem rebus nullam haberet communionem et neque in omnibus casibus longaeva sit constituta, sed in speciebus certis annali spatium concluderetur, et dubitaretur, si pro debito sub condicione vel in diem constituto eam possibile est fieri et si pure constituta pecunia contracta valeret, hac apertissima lege definimus, ut liceat omnibus constituere non solum res quae pondere numero mensura sunt, sed etiam alias omnes sive mobiles sive immobiles sive se moventes sive instrumenta vel alias quascumque res, quas in stipulationem possunt homines deducere: et neque sit in quocumque casu annalis, sed (sive pro se quis constituat sive pro alio) sit et ipsa in tali vitae mensura, in qua omnes personales sunt actiones, id est in annorum metis triginta: et liceat pro debito puro vel in diem vel condicionali constitui: et non absimilem penitus stipulationi habeat dignitatem, suis tamen naturalibus privilegiis minime defraudata rell.*

In questo provvedimento si dice soltanto che l'*actio constitutae pecuniae*, secondo i *veteres*, era applicata esclusivamente alle *res quae in pondere numero mensura sunt*, e non alle altre cose.

Poco dopo, per giustificare l'estensione del campo di applicazione di quest'azione a tutti i crediti, qualunque ne fosse l'oggetto, sono richiamati gli antichi scritti (*antiqui libri*) dei *prudentes*,⁴¹ dai quali ri-

ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 134 ss.; ARCHI, *Contributi alla critica*, II, cit., 142-149 [= *Scritti di diritto romano*, III, cit., 2029-2046]; K.-H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz 1966, 75 s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II², München 1975, 383 s.; F. LA ROSA, *Il formalismo del pretore*, cit., 215 ss.; EAD., *La pressione degli 'argentarii' e la riforma giustiniana del 'constitutum debiti'* (C. 4,18,2,2), in AA. VV., *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, I, Napoli 1997, 445-451; RICART, «*Constitutum debiti*», cit., 707 s.; G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 1996, 513-516, ove altra letteratura.

⁴¹ Nel precedente § 1 del testo della costituzione erano stati richiamati i *libri legislatorum*.

sultava che, a dispetto del nome, l'*actio constitutae pecuniae* si applicava non soltanto alla *pecunia* propriamente detta, ma a tutte le *res quae pondere numero mensura constitutae sunt*. La cancelleria giustiniana, inoltre, osserva che qualunque bene, anche infungibile (come una casa, un fondo o uno schiavo), purché determinato, è suscettibile di essere valutato pecuniariamente:⁴²

CI. 4.18.2.1b-1d: [1b] *Et neminem moveat, quod sub nomine pecuniae etiam omnes res exigi definimus, cum et in antiquis libris prudentium, licet pecunia constituta nominabatur, tamen non pecuniae tantum per eam exigebantur, sed omnes res quae pondere numero mensura constitutae sunt.* [1c] *Sed et possibile est omnes res in pecuniam converti. si enim certa domus vel certus ager vel certus homo vel alia res quae expressa est in constituendis rebus ponatur, quid distat a nomine ipsius pecuniae?* [1d] *Sed ut et subtilitati eorum satisfiat, qui non sensum, sed vana nominum vocabula amplecti desiderant, ita omnes res veniant in constitutam, tamquam fuisset ipsa pecunia constituta, cum etiam veteres pecuniae appellatione omnes res significari definiunt et huiusmodi vocabulum et in libris iuris auctorum et in alia antiqua prudentia manifestissime inventum est.*

In effetti, in alcuni passi delle opere dei giuristi dell'ultima età classica si trova precisato che il termine *pecunia* non va inteso esclusivamente con riferimento al denaro.

Questa circostanza doveva essere ben nota a Triboniano e ai suoi collaboratori, i quali inserirono nel titolo *De verborum significatione* del Digesto tre frammenti da cui chiaramente risulta che il termine *pecunia* può riferirsi non solo al denaro, ma a qualunque bene suscettibile di valutazione patrimoniale, sia corporale – mobile o immobile – sia incorporale:⁴³

D. 50.16.5 pr. (Paul. 2 *ad ed.*): *'Rei' appellatio latior est quam 'pecuniae', quia etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continent, cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt.*

D. 50.16.178 pr. (Ulp. 49 *ad Sab.*): *'Pecuniae' verbum non solum*

⁴² Al riguardo v. le osservazioni di ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 84 s.

⁴³ Si legga anche Sch. 1 *ad B.* 23.1.1 (Hb. II 585).

numeratam pecuniam complectitur, verum omnem omnino pecuniam, hoc est omnia corpora: nam corpora quoque pecuniae appellatione contineri nemo est qui ambiget.

D. 50.16.222 (Hermog. 2 *iuris epit.*): *'Pecuniae' nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli quam mobiles et tam corpora quam iura continentur.*

Due precisazioni, tuttavia, vanno subito fatte nella prospettiva che ci ha indotto a considerare questi tre frammenti.

Innanzitutto, va notato che in nessuno dei testi appena trascritti la nozione di *pecunia* è intesa con esclusivo riferimento alle *res quae pondere numero mensura constant*.

In secondo luogo, deve osservarsi che nessuno di questi passi riguardava nella sua stesura originaria il tema del *constitutum debiti*. Nel primo testo, infatti, Paolo stava commentando il titolo edittale sul *vadimonium Romam faciendum*.⁴⁴ Il secondo frammento è tratto dal quarantanovesimo libro del commentario *ad Sabinum* di Ulpiano, dove il giurista si occupava delle *obligationes verbis*, e in particolare delle *stipulationes emptae et venditae hereditatis*.⁴⁵ Il terzo, infine, proviene dal secondo libro dell'*epitome iuris* di Ermogeniano, dove è probabile che il giurista discorresse di compravendita.⁴⁶

Nelle nostre fonti, dunque, non si trovano indizi che consentano

⁴⁴ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig 1889 (rist. Graz 1960), 968; v. anche ID., *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, in ZSS 2 (1881), 43, con rinvio ai capp. XXI-XXII della *Lex de Gallia Cisalpina* e a D. 35.2.32 pr. (Maecian. 9 *fiduc.*). Questo testo va posto in relazione con quanto si legge in un passo tratto dal ventiseiesimo libro del commentario all'editto di Ulpiano tramandato nel P. Ryl. III 474 (frag. b verso) [FIRA II 314]: *'Rem' praetor ait, potuit autem et 'pecuniae' appellatione uti. nam 'pecuniae' appellatione quidquid in patrimonio inest significatur*. In proposito v. F. SCHULZ, *Die Ulpianfragmente des Papyrus Rylands 474*, in ZSS 68 (1951), 17; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen 1972, 234 s.; A. BÜRGE, *Geld- und Naturwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht*, in ZSS 99 (1982), 156, nt. 111; B.-H. JUNG, *Darlehensvaluation im römischen Recht*, Göttingen 2002, 30 s., nt. 38.

⁴⁵ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig 1889 (rist. Graz 1960), 1189; v. anche FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I, cit., 278, secondo cui il termine *pecunia* andrebbe inteso con riferimento alla norma decemvirale dell'*Uti legassit* (XII tab. 5.3).

⁴⁶ LENEL, *Palingenesia*, I, cit., 270.

di stabilire se antichi giuristi, come si afferma in CI. 4.18.2.1b, interpretavano estensivamente il termine *pecunia* con riferimento a tutte le *res quae pondere numero mensura constant*, proprio con specifico riguardo all'applicazione dell'*actio constitutae pecuniae*.

Il testo della costituzione giustiniana, peraltro, non fornisce alcun elemento che consenta di individuare chi fossero gli antichi *prudentes* ai quali si allude. Le espressioni *veteres*, *iuris auctores* e *antiqua prudentia* vanno allora intese nel senso in cui si trovano solitamente impiegate nelle fonti di età giustiniana, e cioè come richiamo non solo ai giuristi dell'età classica,⁴⁷ ma, talvolta, anche a quelli dell'età postclassica. Come già osservato a partire da Rotondi, e poi confermato dagli studi di altri autori, infatti, i compilatori giustiniani hanno allora impiegato il termine *veteres* o *antiqui* riferendosi all'età postclassica.⁴⁸ Ciò è stato dimostrato da Amelotti in almeno due casi che riguar-

⁴⁷ Nelle fonti dell'età giustiniana, infatti, sono detti solitamente (anche se non sempre: v. nt. successiva) *veteres* (oppure *antiqui*, *antiqui interpretes*, *antiqui prudentes*, *antiqua prudentia* o *antiquae prudentiae cultores*) i giuristi dell'età classica (v. le fonti citate in VARVARO, *Contributo allo studio delle 'quingenta decisiones'*, cit., 451, nt. 219, cui *adde*, per il richiamo ai *veteres*, anche I. 1.12.5; I. 1.17; I. 1.22 pr.; I. 2.7.3; I. 2.10.10; I. 2.19.7; I. 2.25 pr. I. 3.9.7; I. 3.15 pr.; I. 3.23.1; I. 3.24.3; I. 3.27.7; I. 3.29.3a; I. 4.1.6; I. 4.1.11, I. 4.1.16; I. 4.8.7; I. 4.15.4a): in questo senso v. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, cit., 621, s.v. *vetus*, sub d, α (v. anche 34, s.v. *antiquus*, sub c); SCHINDLER, *Justinians Haltung*, cit., 13 s., con altra letteratura.

⁴⁸ Come hanno messo in luce G. ROTONDI, *Scritti giuridici*, I. *Studi sulla storia delle fonti e del diritto pubblico romano*, a cura di V. ARANGIO-RUIZ, Pavia 1922, 440 s.; F. PRINGSHEIM, *Die Entstehungszeit des Digestenplanes und die Rechtsschulen*, in AA. VV., *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano*. Roma, I, Pavia 1934, 454, nt. 7. Sul punto v. anche, PELLECCHI, *La 'praescriptio'*, cit., 371 s., G. D'ANGELO, *La perdita della 'possessio animo retenta' nei casi di occupazione*, Torino 2007, 166 s., nt. 31.

Secondo F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946, 274, nt. 11, anzi, quando Giustiniano parla di controversie insorte fra i *veteres* o fra gli *antiqui*, o discorre di *antiqua sapientia* e di *antiquae disputationes*, si riferirebbe sempre ai professori della scuola di diritto di Berito del V secolo; v. anche ID., *Nachklassische Quaestionen in den Justinianischen Reformgesetzen des Codex Justinianus*, in *ZSS* 50 (1930), 212 ss.

Pur essendosi occupati della questione che concerne l'identificazione dei *veteres* (o degli *antiqui* o dei *maiores*) menzionati nelle fonti giuridiche e letterarie, non si sono dati carico di stabilire con quale significato l'espressione ricorre nelle fonti giustiniane H.E. DIRKSEN, *Ueber die technische Bedeutung des Ausdruckes 'Veteres', und einiger anderer verwandter Bezeichnungen, im römischen Recht*, in *Beiträge zur Kunde des Römischen Rechts*, Leipzig 1825, 159-188; F. HORAK, *Wer waren die "veteres"? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen*, in AA. VV., *Vestigia Iuris Romani. Festschrift für G. Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992*, a cura di G. KLINGENBERG ET AL., Graz 1992, 201 ss.

dano, rispettivamente, la donazione *mortis causa* e la donazione di rendita.⁴⁹

Anzi, sembra che fosse di origine ellenistica la prassi di dedurre in obbligazione l'*aestimatio* di beni di vario genere, anche infungibili, in modo da convertirli in mutui di denaro. Il riferimento ai *veteres*, allora, non costringe di certo a pensare che l'estensione di cui si parla nel provvedimento con cui Giustiniano riformò il regime del *constitutum debiti* sia avvenuta proprio in età classica,⁵⁰ a meno che non si preferisca ipotizzare che si tratti di un cenno generico, che non allude ad alcuna fonte determinata.⁵¹

In base alla costituzione giustiniana, comunque, non è possibile stabilire quando, in che modo e da chi sarebbe stata operata l'estensione dell'applicazione dell'*actio pecuniae constitutae* anche ai debiti di cose fungibili diverse dal denaro.

5. L'unica via da battere per verificare se i giuristi classici abbiano davvero esteso l'applicazione del *constitutum* e dell'*actio constitutae pecuniae* a promesse relative all'adempimento di debiti aventi per oggetto non soltanto somme di denaro, ma anche altre *res quae pondere numero mensura constant*, dunque, sembra proprio quella di cercare nelle fonti attestazioni di *constituta* che abbiano per oggetto beni diversi dalla *pecunia*.

Per le origini dell'istituto, infatti, possiamo essere certi che si po-

⁴⁹ M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, Milano 1953, 207, con citazione di altra letteratura alla nt. 13; ID., *Rendita perpetua e rendita vitalizia*, in *SDHI* 19 (1953), 231, e ivi nt. 95; ID., *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano 1958, 196, e ivi nt. 266.

⁵⁰ Sul punto v. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I, cit., 278 s., che, richiamandosi in proposito ai risultati proposti da L. MITTEIS, *Trapezitika*, in *ZSS* 19 (1898), 198 ss., adduceva come fonti CI. 4.2.8 (Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Proculo, a. 293); CI. 4.32.25 (Constantinus A. ad populum, s.d.); N. 136.3 (Iustinianus A., a. 535).

Sarà bene comunque ricordare che il ricorso al *constitutum debiti* va declinando in età postclassica, tanto nella parte occidentale dell'impero, quanto in quella orientale: v. KASER, *Das römische Privatrecht*, II², cit., 383, con altra bibliografia.

⁵¹ In questo senso v. le osservazioni svolte da M. MASSEI, *Le citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale*, in AA. VV., *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, a cura di G.G. ARCHI, Milano 1946, 413-415, nt. 2.

tesse solamente *constituere pecuniam*, come risulta dalle prime testimonianze ciceroniane più su richiamate.⁵²

Per quanto riguarda la giurisprudenza del primo principato, non si hanno testimonianze che consentano di prospettare l'eventualità che in questo periodo il *constitutum* potesse riguardare debiti diversi dal denaro. Grazie a un passo del commentario all'editto di Ulpiano sappiamo invece che Labeone aveva affrontato la questione che concerneva la validità del *constitutum* relativo a un debito di *pecunia* non ancora esigibile, perché sottoposto a un termine non ancora scaduto:

D. 13.5.3.2 (Ulp. 27 *ad ed.*): *Si is, qui et iure civili et praetorio debebat, in diem sit obligatus, an constituendo teneatur? et Labeo ait teneri constitutum,*⁵³ *quam sententiam et Pedius probat: et adicit Labeo vel propter has potissimum pecunias, quae nondum peti possunt, constituta inducta: quam sententiam non invitus probarem: habet enim utilitatem, ut ex die obligatus constituendo se eadem die soluturum teneatur.*⁵⁴

Riferendosi a un *constitutum* avente per oggetto *pecunia* (*vel propter has potissimum pecunias*), Labeone aveva dato all'interrogativo una risposta positiva, esprimendo un'opinione che successivamente sarà approvata anche da Pedio e da Ulpiano.

6. Per stabilire se in età adrianea la giurisprudenza avesse esteso il *constitutum* a debiti diversi dal denaro, si deve considerare quanto si legge in un frammento in materia di *pecunia constituta* tratto dai *Digesta* di Salvio Giuliano⁵⁵ e posto dai compilatori giustiniani in

⁵² Cfr. *supra*, § 3, e ivi ntt. 34-35.

⁵³ Haloander sopprimeva nel testo la parola *constitutum*, proponendo dunque di leggere 'ait teneri, quam sententiam rell.'

⁵⁴ Sul testo v. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 1372; FREZZA, *Questioni esegetiche e sistematiche*, cit., 703 [= *Scritti*, II, cit., 319]. Per le censure al dettato del frammento v. ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 92. Sulla base di questo passo si potrebbe argomentare che Pedio conosceva l'opera di Labeone: in questo senso v. C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano 2005, 7 s., e ivi nt. 20.

⁵⁵ LENEL, *Palingenesia*, I, cit., 344.

D. 13.5.23 (Iul. 11 *dig.*): *Promissor hominis homine mortuo, cum per eum staret quo minus traderetur, etsi hominem daturum se constituerit, de constituta pecunia tenebitur, ut pretium eius solvat.*⁵⁶

Il promittente si era obbligato con *stipulatio* a *dare* uno schiavo, che però era morto prima di essere trasferito al creditore.⁵⁷ Giuliano affermava che il debitore responsabile per l'inadempimento (da considerarsi in mora),⁵⁸ anche se avesse effettuato un *constitutum* in cui avesse promesso *hominem se daturum*, sarebbe stato tenuto *de constituta pecunia* per il prezzo dello schiavo.

Prima di valutare quanto si legge in questo frammento, dal quale si potrebbe desumere che a partire dal secondo principato sarebbe stata riconosciuta la possibilità di effettuare un *constitutum* avente per oggetto uno schiavo, occorre stabilire se il suo dettato possa considerarsi o meno genuino. Proprio perché in contrasto con tutte le altre testimonianze tramandate dalle fonti dell'età classica, che non ammettevano la possibilità di *constituere* beni infungibili,⁵⁹ infatti, il testo di questo passo è stato ritenuto alterato.⁶⁰

⁵⁶ Si legga anche B. 26.7.23 (Hb. III 137): Τὸν μετὰ ὑπέρθεσιν ἀποθανόντα δοῦλον, ὃν ὁμολόγησα διδόναι, εἰάν ἀντιφωνήσω παρασχεῖν, ἐπὶ τῷ τιμῆματι ἐνέχομαι. (Heimbach: *Si servum, quem promisi, post moram mortuum me daturum constituerem, de pretio eius teneor*).

⁵⁷ Si trattava di un'obbligazione di *dare* uno schiavo, e dunque una *res Mancipi*. Non è da escludere, pertanto, che i compilatori giustinianeî, in considerazione della formale abolizione della distinzione fra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* operata da Giustiniano (CI. 7.31.1.5, a. 531) abbiano sostituito nel testo di questo frammento un originario *Mancipio daretur* con *traderetur*. In questo senso v. P. VOCI, *Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano*, Milano 1933, 33; KOSCHAKER, *Recensione di Astuti*, cit., 474, nt. 7.

⁵⁸ Ciò si può ricavare dalla lettura di D. 13.5.21 pr. (Paul. 29 *ad ed.*): *Promissor Stichum post moram ab eo factam mortuo Stichum si constituerit se pretium eius soluturum, tenetur.*

⁵⁹ Al riguardo non sembra rilevare D. 13.5.12 (Paul. 13 *ad ed.*): *Sed et si decem debeantur et decem et Stichum constituat, potest dici decem tantummodo nomine teneri.* In questo frammento, infatti, la validità del *constitutum* è limitata ai dieci perché erano i dieci a essere dovuti in base al precedente debito (*si decem debeantur*).

⁶⁰ Così KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, *Über constituta pecunia*, cit., 252; O. GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*, in ZSS 34 (1913), 269; ARANGIO RUIZ, *Le genti e la città*, cit., 57 [= *Scritti*, I, cit., 573]; W. RECHNITZ, *Studien zu Salvius Julianus*, Weimar 1925, 74, che per ragioni stilistiche considerava di origine glossematica la chiusa *ut solvat*; PHILIPPIN, *Le pacte de constitut*, cit., 72; ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 131 [= estr. 51]; ID., *Studi*, II, cit., 178 s.; ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 84, e ivi nt. 5.

Una più attenta lettura del brano, tuttavia, induce a proporre un'esegesi conservativa. Si potrebbe infatti pensare che nella fattispecie considerata il giurista, ben consapevole dell'impossibilità di effettuare un *constitutum* avente per oggetto un bene non fungibile come uno schiavo, ritenesse che il *constitutum* potesse nondimeno considerarsi valido per l'equivalente pecuniario, da determinarsi sulla base del criterio rappresentato dal prezzo dello schiavo,⁶¹ così come in caso di stipulazione di *hominem dari*, una volta perito lo schiavo per colpa del debitore costituito in mora, lo stipulante, per effetto della cosiddetta *perpetuatio obligationis*, avrebbe potuto agire *ex stipulatu* per l'*aestimatio* dello schiavo.⁶²

È a un'ipotesi del genere, probabilmente, che si riferiva la cancelleria giustiniana quando, come si è visto, per giustificare l'estensione del campo di applicazione dell'*actio constitutae pecuniae*, richiamava la possibilità di convertire in una somma di denaro qualunque bene, anche infungibile, come una data casa, un dato fondo, un dato schiavo o qualunque altra cosa determinata.⁶³

Pure questo frammento, in definitiva, sembra attestare che in età adrianea l'*actio constitutae pecuniae* poteva esercitarsi esclusivamente in relazione a una somma determinata di denaro, e non direttamente per *constituta debiti* aventi per oggetto altri beni fungibili.

7. Anche il modo in cui si esprime Gaio nelle Istituzioni farebbe pensare che ancora ai suoi tempi la *sponsio* e la *restipulatio dimidiaie partis* riguardassero un'azione che avesse per oggetto esclusivamente *pecunia numerata*. In quest'ordine di idee va letto e interpretato

⁶¹ In senso analogo v. VOCI, *Risarcimento del danno e processo formulare*, cit., 33; KOSCHAKER, *Recensione di Astuti*, cit., 474 s., nt. 7, seguito da MAYER-MALY, *Recensione a Roussier*, cit., 619, nt. 22; S. RICCOBONO JR., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, in *AUPA* 29 (1964), 318. Verso un'esegesi conservativa appare orientato anche FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I, cit., 258 ss.; ID., «*Animus novandi*», in AA. VV., *Studi in onore di Biondo Biondi*, I, Milano 1965, 255 s. [= *Scritti*, II, Romae 2000, 497 s.].

⁶² Cfr. D. 45.1.91.6 (Paul. 17 *ad Plaut.*), su cui v. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I, cit., 259 s.

⁶³ Cl. 4.18.2.1c, il cui testo è riferito *supra*, § 4.

Gai 4.171: ...*ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, ueluti de pecunia certa credita et pecunia constituta; sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae uero pecuniae partis dimidiae.*

I casi in cui il pretore avrebbe imposto⁶⁴ di prestare *in iure* la *sponsio*, dunque, riguardavano la *pecunia certa credita* e la *pecunia constituta*.⁶⁵ La *sponsio et restipulatio tertiae partis*, infatti, non si prestavano per qualunque azione nascente dal contratto di mutuo, e pertanto anche dal mutuo di beni fungibili, ma solamente per l'*actio certae creditae pecuniae*.⁶⁶ Questa azione, si sa, aveva per oggetto esclusivamente una de-

⁶⁴ Si tratta, infatti, di un obbligo, e non di una facoltà, non potendosi trarre argomento in tal senso dall'uso del *permittitur* che si legge in Gai 4.171. Sul punto si vedano le considerazioni svolte in tal senso da SANTORO, *Le due formule*, cit., 348 s., e ivi nt. 64, con fonti e letteratura. In senso contrario v., di recente, C. BUZZACCHI, *Abuso del processo nel diritto romano*, Milano 2002, 89-91, e ivi nt. 56, con citazione di altri autori.

⁶⁵ Secondo BUZZACCHI, *Abuso del processo*, cit., 86, Gaio, pur conoscendo anche altre azioni in relazione alle quali si sarebbero prestate *sponsio* e *restipulatio*, in questo brano delle Istituzioni avrebbe limitato in modo consapevole gli esempi esclusivamente all'*actio certae creditae pecuniae* e all'*actio constitutae pecuniae*. Tale convincimento è fondato sull'interpretazione dell'espressione '*ex quibusdam causis ... ueluti*', che andrebbe intesa in senso meramente esemplificativo, come si ricaverrebbe dall'uso del *ueluti*. Lo stesso varrebbe anche per l'elenco delle azioni caratterizzate dalla cosiddetta litiscrescenza fornito in Gai 4.9. Proprio in relazione a tale elenco, tuttavia, non si può dire che esso fosse esemplificativo: in questo senso v. M. VARVARO, *Osservazioni sulla pretesa esistenza di una 'legis actio per manus iniunctionem' in relazione al 'furtum manifestum'*, in AA. VV., *Studi per Giovanni Nicosta*, VIII, Milano 2007, 359 [= *AUPA* 51 (2006, ma 2007), 372], e ivi nt. 70.

Circa la prestazione di *sponsio et restipulatio dimidiae partis*, va ricordata l'opinione di ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 59, secondo cui, sul presupposto che la *sponsio* di cui si discorre in Gai 4.171 poteva riguardare soltanto azioni aventi per oggetto somme di denaro, essa non avrebbe trovato applicazione nell'azione nascente da un costituito relativo a debiti di derrate. Nello stesso senso si era già espresso BIONDI, *Il giuramento decisorio*, cit., 30, nt. 3. Ma di questo presunto regime diversificato non si trova alcuna traccia nelle nostre fonti, dove non si distingue fra i due casi. Per conto nostro, il fatto che l'applicazione di *sponsio et restipulatio* sia attestata esclusivamente per i *constituta* di debiti di somme di denaro ben si spiega se si abbandona l'impostazione che dà per scontato che in età classica fosse comunemente ammesso il *constitutum debiti* aventi per oggetto beni fungibili diversi dal denaro.

⁶⁶ Al riguardo sarà opportuno precisare che nelle fonti di cui disponiamo la *sponsio* e la *restipulatio tertiae partis* si trovano connesse esclusivamente all'esercizio dell'*actio certae creditae pecuniae*, ossia all'azione avente per oggetto una quantità determinata di *pecunia* data a *creditum*, e non già a ogni *condictio certae pecuniae*, secondo quanto si legge in KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 283.

Ciò, infatti, risulta chiaramente da Gai 4.13, dove si parla esplicitamente di *actio certae creditae pecuniae*, e 4.171, dove si discorre di *pecunia certa credita*, nonché da *Lex de*

terminata quantità di *pecunia numerata* data a mutuo o stipulata in connessione a operazioni di mutuo. Sul piano documentale, le tavolette dell'archivio puteolano dei Sulpicii riferiscono un esempio di formula di *actio ex sponsione tertiae partis*, in cui l'*intentio* e la *condemnatio* indicano direttamente la quantità di denaro corrispondente a un terzo dell'ammontare di quella indicata nella formula dell'*actio certae creditae pecuniae* che la segue.⁶⁷ Il fatto che la pretesa fosse determinata in denaro consentiva già nella fase *in iure* di indicare la terza parte sulla base di un semplice calcolo aritmetico: in relazione a tutte le altre pretese, invece, ciò non sarebbe stato possibile, perché avrebbe richiesto una preventiva procedura di conversione in denaro che, a dispetto di quanto ipotizzato da alcuni studiosi, non è per nulla attestata nelle fonti di cui disponiamo.⁶⁸

Gallia Cisalpina, cap. XXI [FIRA I 173], dove si menziona una *pecunia certa credita*, *signata forma* (*p(ublica) p(opulei) R(omane)*). Anche in Cic. *pro Rosc. com.* 4.10 e 5.14, si allude a una *certa pecunia* derivante da (un'operazione di mutuo effettuata mediante) *datio, expensi latio* o *stipulatio*.

Inoltre, se si accetta la tesi di Biondi per cui il campo di applicazione del *ius iurandum in iure* coincide con quello dell'applicazione della *sponsio et restipulatio tertiae partis* (per cui v. *infra*, nt. 70), un riscontro dell'applicabilità della *sponsio et restipulatio tertiae partis* all'azione diretta al *DARE OPORTERE* di *certa credita pecunia* è costituito da quanto si legge in D. 12.2.14 (Paul. 3 *ad ed.*): *Quotiens propter rem iuratur, nec parenti nec patrono remittitur iusiurandum: propter rem autem iusiurandum exigitur veluti de pecunia credita, cum iurat actor sibi dare oportere vel reus se dare non oportere. idem est, cum de pecunia constituta iusiurandum exigitur.*

Per quanto riguarda il testo di Cic. *pro Rosc. com.* 5.14 (*pecunia petita est certa, cum tertia parte sponsio facta est*), a noi sembra da respingere senz'altro la correzione di *cum* in *cuius*, suggerita a suo tempo da Huschke, e addotta a fondamento dell'idea secondo cui la *summa sponsionis* avrebbe compreso, oltre alla terza parte, anche la *pecunia certa credita*, sicché il giudice avrebbe giudicato solamente sull'*actio ex sponsione tertiae partis*. Sul punto v. LENEL, *EP*³, cit., 238, nt. 6, con richiamo della letteratura più antica; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 595; SANTORO, *Le due formule*, cit., 346 s., e ivi nt. 58, con altra bibliografia (ma v. anche *op. cit.*, 348 s., nt. 64).

Per una critica della tesi sostenuta da quanti hanno voluto scorgere nell'*actio ex sponsione tertiae partis* una funzione pregiudiziale, oltre che penale, v. M. VARVARO, 'Praescriptio' e 'sponsio' nella 'Tabula Pompeiana Sulpiciorum' 31, in *AUPA* 47 (2002), 393-404, con altra bibliografia, cui *adde* PELLECCHI, *La 'praescriptio'*, cit., 353 ss., nonché S. PIETRINI, *Recensione a L. Pellecchi, La Praescriptio*, in *Studi Senesi* 117 (2005), 159 s.

⁶⁷ TPSulp. 31 (= TP. 34), su cui v. *supra*, § 1, nt. 3.

⁶⁸ Contro l'idea che si facesse ricorso a un *arbitrium liti aestimandae* v. BIONDI, *Il giuramento decisivo*, cit., 18 s. Di questo misterioso *arbitrium* ricordato in una delle *Notae iuris* di Valerio Probo, peraltro, bisogna riconoscere che sappiamo soltanto che era riferibile alle antiche *legis actiones*. Così già S. PEROZZI, *Dell'arbitrium liti aestimandae nel-*

Come messo in luce da Biondi, peraltro, la sfera di applicazione di *sponsio et restipulatio* di una frazione del *petitum* coincideva originariamente con quella in cui si faceva ricorso al *ius iurandum in iure*,⁶⁹ e cioè esclusivamente nelle azioni aventi per oggetto una *certa pecunia*.⁷⁰

la procedura civile romana, Vicenza 1884, ora in *Scritti giuridici*, III. *Famiglia, successione, procedura e scritti vari*, a cura di U. BRASIELLO, Milano 1948, 422, il quale osservava che «l'unica conclusione che si può trarre da Probo si è: esserci stata nella procedura per *L^{is} a.^{es}* una persona incaricata di stimar l'oggetto della lite». Anzi, al riguardo, va ricordato che nelle *Notae iuris* si parla di un *arbiter* (Prob. 4.10: *A.L.A. arbitrum liti aestimandae*), sicché la stessa espressione *arbitrium liti* (o *litis*) *aestimandae*, che rinvia all'idea di un procedimento, non trova alcun riscontro diretto nelle nostre fonti. In proposito sarà bene ricordare le incisive parole di PEROZZI, *op. cit.*, 419 s., che aveva notato come tale idea si fosse subito diffusa e affermata «non tanto per la sua giustezza quanto per la sua comodità», perché avrebbe permesso di colmare parecchi vuoti nelle nostre conoscenze del più antico processo *per legis actiones* («Con essa infatti è dato, giovandosi di abili ipotesi coordinate, di riempire non poche lacune, che sono nelle nostre conoscenze della procedura per *L^{is} a.^{es}* e di presentare di questa un quadro abbastanza completo»), rilevando al contempo che «questo lavoro di sostenere un'ipotesi con un'altra è tutt'altro che scientifico, premendo non tanto di aver nozioni compiute di un dato soggetto quanto di averle esatte».

⁶⁹ Nel caso di formule previste sotto il titolo editale *Si certum petetur*, come quella dell'*actio certae creditae pecuniae*, l'attore, dopo aver prestato il *ius iurandum de calumnia* (D. 12.2.34.4), avrebbe potuto deferire al debitore convenuto, nella fase *in iure*, un giuramento circa l'esistenza del credito (*ius iurandum in iure delatum*), con la conseguenza che quest'ultimo era posto di fronte all'alternativa di giurare – fatta salva, comunque, la possibilità di riferire il giuramento all'attore, come è precisato in D. 12.2.34.7 (Ulp. 26 *ad ed.*) – oppure di pagare il debito per cui si era agito in giudizio.

Il relativo editto è riportato in D. 12.2.34.6 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Ait praetor: 'eum, a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam'*. Questo passo è stato ritenuto interpolato a partire da O. GRADENWITZ, *Zum Sprachgebrauch des prätorischen Edikts*, in *ZSS* 8 (1887), 275, sulla base del rilievo che il *ius iurandum* può essere oggetto di un *deferre*, e non di un *petere*: cfr. LENEL, *EP*³, cit., 235, e ivi ntt. 7-8; BIONDI, *Il giuramento decisorio*, cit., 25; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. ital. di R. Orestano, Milano 1938, 115, nt. 64; AMIRANTE, *Il giuramento*, cit., 11 e 55; KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 269, nt. 27. Si è pertanto proposto di sostituire *iusiurandum* con *certum* (Gradenwitz; Lenel; Amirante), con *certa pecunia* (Geoffre de Lapradelle; Giffard), o con *certa credita pecunia* (Biondi; Betti; Pugliese). Sul punto v. anche *infra*, nt. 76.

⁷⁰ BIONDI, *Il giuramento decisorio*, cit., 26-30 (ma v. anche 39); in questo senso v. già CUQ, *Les institutions juridiques*, I, cit., 679. Biondi, nell'ambito della sua teoria per cui il giuramento decisorio andrebbe concepito come mezzo alternativo alla prestazione di *sponsio et restipulatio* (consentendo così alle parti di evitare di *agere cum poena*), si preoccupava di giustificare l'applicazione di questo genere di giuramento anche al *iudicium operarum*. In questo ordine di idee, che sarà poi criticato da AMIRANTE, *Il giuramento*, cit., 59, nt. 42, Biondi osservava che secondo i giuristi classici l'azione per far valere in giudizio la mancata prestazione delle *operae libertorum* era la *condictio certae pecuniae* o un'azione modellata sulla *condictio certae pecuniae*, come si ricaverebbe da D. 38.1.4 (Pomp. 4 *ad Sab.*), dove Pomponio riferisce e approva l'opinione espressa in tal senso da Aristone (*perinde*

Per l'*actio de pecunia constituta* gli esempi non mancano.⁷¹ Ciò si può dimostrare, fra l'altro, considerando che i soggetti esentati dall'obbligo di prestare la *sponsio tertiae partis* o *dimidiae partis*, ossia donne e pupilli,⁷² erano gli stessi che non erano tenuti a prestare tale giuramento.⁷³

enim operae a libertis ac pecunia credita petitur. haec ita Aristo scripsit, cuius sententiam puto veram rell.).

Ulteriore indizio in tal senso sarebbe rappresentato da quanto si legge in D. 12.6.26.12 (Ulp. 26 *ad ed.*), dove è ricordata l'opinione di Celso secondo cui il liberto avrebbe potuto prestare con effetti liberatori l'*aestimatio pecuniaria* delle *operae* dovute al proprio patrono. Da questo stesso frammento, peraltro, si desume la possibilità di ricorrere alla *condictio* per la ripetizione delle *operae* indebitamente prestate.

Al riguardo, peraltro, è certamente significativo che nelle fonti di età classica si trovi impiegato il verbo *solvo* in relazione alle *operae* prestate dal liberto al patrono, come risulta, per esempio, dal già citato D. 12.6.26.12, e che si parli di *dare operas* come contenuto della *stipulatio* prestata dal liberto, secondo quanto risulta da D. 37.14.6.1 (Paul. 2 *ad leg. Ael. Sent.*) e da D. 40.7.4.4 (Paul. 5 *ad Sab.*).

Sul significato più antico del verbo *solvo* e del sostantivo *solutio* nel senso di pagamento attraverso denaro (prima *aes*, poi *pecunia numerata*), e successivamente nel senso di adempimento di *obligationes* aventi per oggetto un *certum dare*, si possono vedere: S. CRUZ, *Da «solutio». Terminologia, conceito e características, e análise de vários institutos afins*, I. *Épocas arcaica e clássica*, Coimbra 1962, 66 ss.; O. BEHREND, *Der Zwölfstafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen 1974, 173 s., con richiamo a D. 46.3.54 (Paul. 56 *ad ed.*) – che testimonia l'avvenuto superamento della più antica nozione di liberazione effettuata mediante *nummorum solutio* – e D. 50.16.47 (Paul. 56 *ad ed.*); A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux de la justice civile arcaïque à Rome*, in *Jus Imperium Auctoritas. Etudes de droit romain*, Rome 1990, 627, e ivi nt. 110; C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano 1996, 62.

⁷¹ D. 12.2.14 (Paul. 3 *ad ed.*), il cui testo è stato trascritto nella nt. 66; D. 12.2.36 (Ulp. 27 *ad ed.*); Sch. 1 *ad B.* 22.5.34 (Hb. II 559); altre fonti in LENEL, *EP*⁸, cit., 249. Al riguardo v. G. DEMELIUS, *Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozesse. Beitrag zur Erörterung der Eidesfrage*, Leipzig 1887, 69 s.; LENEL, *EP*³, cit., 249; GLÜCK, *Commentario alle Pandette. Libro XII*, cit., 498 s.; GIRARD, *Manuale elementare*⁶, cit., 618, nt. 4; BIONDI, *Il giuramento decisorio*, cit., 16 s. e 26; AMIRANTE, *Il giuramento*, cit., 56 s.

⁷² Gai 4.172: ... *Vnde quamuis heredes uel qui heredum loco habentur, obligati sint, item feminae pupillaque eximantur periculo sponsionis, iubet tamen eos iurare*. Su questo testo v. VARVARO, *'Praescriptio' e 'sponsio'*, cit., 403, con richiami bibliografici, cui *adde* BUZZACCHI, *L'abuso del processo*, cit., 103 s.

⁷³ Per i pupilli ciò si ricava espressamente da D. 12.2.34.2 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Pupillo non defertur iusiurandum*. Per le donne, invece, nelle fonti mancano attestazioni dirette in tal senso: ma ciò potrebbe imputarsi alla scomparsa della *tutela mulierum*, avvenuta, come si ricorderà, già in età postclassica. L'esenzione delle donne dalla prestazione del *ius iurandum in iure*, nondimeno, sembra potersi desumere da quanto si dice in relazione al giuramento cosiddetto volontario, nella prima parte di D. 12.2.26 pr. (Paul. 18 *ad ed.*), dove si allude all'irrelevanza del sesso di chi avesse prestato il giuramento (*Qui iurasse dicitur nihil refert cuius sexus aetatisve sit rell.*). In tal senso v. BIONDI, *Il giuramento decisorio*, cit., 30, nt. 1.

La circostanza che nel processo formulare il giuramento decisorio fosse riconnesso, in origine, solamente alle azioni formulari aventi per oggetto una *certa pecunia*,⁷⁴ quali l'*actio certae creditae pecuniae* e l'*actio constitutae pecuniae*, ben si spiega se, richiamando il principio della condanna necessariamente pecuniaria enunciato nelle Istituzioni di Gaio,⁷⁵ si riflette sul fatto che tale tipo di giuramento, diretto a troncare la controversia ancora prima della *litis contestatio*, poteva trovar spazio soltanto nei giudizi aventi per oggetto un *certum* in relazione al quale fosse possibile effettuare una *solutio*, e, pertanto, solamente in quelli aventi per oggetto *certa pecunia*.⁷⁶

⁷⁴ Nella struttura della rubrica editale *Si certum petetur* ricostruita da Lenel l'editto sul *ius iurandum* è posto in apertura della rubrica, e precede pertanto sia la formula dell'*actio certae creditae pecuniae*, con relativa *sponsio et restipulatio tertiae partis*, sia quella della *condictio certae rei* (LENEL, *EP*³, cit., 232-234, ove altri richiami bibliografici; v. anche 239).

Tuttavia, poiché il ricorso al *ius iurandum in iure* riguardava in origine solamente l'*actio certae creditae pecuniae* (BIONDI, *Il giuramento decisorio*, cit., 15 ss.; v. anche LENEL, *EP*³, cit., 235, e ivi nt. 5), ma non la *condictio certae rei* (v. *infra*, nt. 77), si potrebbe pensare, con BIONDI, *Il giuramento decisorio*, cit., 19 s., che, diversamente da quanto immaginato da Lenel, l'editto sul giuramento seguisse la formula della *condictio certae pecuniae* e precedesse quella della *condictio certae rei*. Quest'ordine, infatti, risulta dalla palingenesi dei frammenti dei commentari all'editto di Ulpiano e di Paolo e dei *Digesta* di Giuliano, in cui la trattazione relativa alla *condictio certae pecuniae* precede quella relativa al giuramento.

Lo stesso ordine si ritrova in RUDORFF, *De iuris dictione edictum*, cit., 102-106, che nell'ambito della ricostruzione del titolo *De rebus creditis* proponeva dapprima la rubrica *Si certum petetur*, comprendente sotto la sezione della *condictio ex lege Silia de certa pecunia* le formule della *sponsio et restipulatio tertiae partis* e dell'*actio certae creditae pecuniae* [§ 93], l'editto sul *ius iurandum* [§ 94], e poi, nella sezione della *condictio ex lege Calpurnia de omni certa re*, la formula della *condictio tritic(i)aria* [§ 95].

Anche secondo DEMELIUS, *Schiedseid und Beweiseid*, cit., 38, la clausola relativa al *ius iurandum in iure* sarebbe stata posta dopo la formula dell'*actio certae creditae pecuniae* e i connessi modelli della *sponsio* e della *restipulatio tertiae partis*, e prima della formula della *condictio triticaria*.

⁷⁵ Gai 4.48.

⁷⁶ La stessa formulazione della promessa relativa al *ius iurandum in iure* (*solvere aut iurare cogam*) ricompresa nel titolo editale *Si certum petetur*, e che conosciamo grazie a D. 12.2.34.6 (Ulp. 26 *ad ed.*), riferito *supra*, nt. 69, presuppone una nozione di *certum* ristretta al denaro, perché – stando ai risultati della specifica ricerca condotta da Cruz, e già richiamata più su (nt. 70) – in età più antica la *solutio* aveva per oggetto solamente il *DARE OPORTERE* di *certa pecunia*; nello stesso senso v. E. BETTI, *L'effetto della 'confessio' e della 'infinitatio certae pecuniae' nel processo civile romano*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, 50 (1914-1915), 710 s., nt. 3: «di una res non si dice "solvere,»». Si potrebbe anzi credere che la *solutio* riguardasse in origine solamente determinate quantità di denaro che potevano costituire oggetto di *solutio per aes et libram* (così BETTI, *L'effetto della 'confessio'*, cit., 710 s., nt. 3, *in fine*).

Si capisce bene, allora, come mai il *ius iurandum in iure* potesse trovare applicazione nelle azioni in cui veniva in considerazione esclusivamente la questione dell'*an debeat* e non vi fosse alcun bisogno di dover procedere a una quantificazione della *condemnatio*. Ove, infatti, fosse stata dubbia anche la questione relativa al *quantum debeat*, o si fosse rivelato necessario l'intervento di un organo che procedesse alla liquidazione in una somma di denaro di quanto dovuto dal convenuto, il giuramento sull'*an* non sarebbe stato idoneo a troncane in modo definitivo la controversia. Si può dunque credere che il giuramento prestato *in iure* fosse idoneo a risolvere la controversia solamente nei casi in cui l'intervento ulteriore del giudice sarebbe stato superfluo perché la questione da decidere era limitata alla verifica della fondatezza della pretesa, e a nulla di più. In tutti quei casi in cui si fosse invece rivelato necessario determinare anche il *quantum debeat*, come nelle *incertae formulae*, oppure procedere alla quantificazione dell'ammontare della condanna pecuniaria, come nelle *formulae (certae)* aventi per oggetto una *certa res* diversa da una somma di denaro, sarebbero venuti a mancare i presupposti per troncane la controversia *in limine litis* ricorrendo al giuramento decisorio.⁷⁷

8. A questo punto abbiamo tutti gli elementi di giudizio che ci permettono di stabilire in che misura possa istituirsi un parallelismo fra il mutuo e il cosiddetto *constitutum debiti*, e di valutare l'idea corrente in dottrina secondo cui sarebbe possibile scorgere un'identità dei campi di applicazione dei due istituti.⁷⁸

⁷⁷ Non si può accogliere l'idea che il giuramento decisorio potesse trovare applicazione anche nella *condictio certae rei*, come pur sostenuto da AMIRANTE, *Il giuramento*, cit., 55-60, e più di recente da A. MÜNKS, *Vom Parteieid zur Parteivernehmung in der Geschichte des Zivilprozesses*, Köln-Berlin-Bonn-München 1992, 9. La studiosa tedesca, pur partendo dal presupposto che la funzione di questo giuramento fosse quella di sostituire il giudizio (*urteilsetzende Funktion*), ha ritenuto nondimeno che esso trovasse applicazione, oltre che nell'*actio certae creditae pecuniae*, anche nell'azione con la quale l'attore facesse valere in giudizio una pretesa obbligatoria relativa a una cosa determinata. In tal caso, però, non si capisce bene come il *ius iurandum* potesse troncane *in iure* la controversia, assolvendo la funzione di sostituire il giudizio, in quanto sarebbe stata comunque necessaria l'attività di un organo diretta a quantificare l'ammontare del valore del bene per procedere a determinare l'importo della *condemnatio*. Il ricorso a un *arbitrium liti aestimandae*, peraltro, non è attestato nelle fonti (cfr. *supra*, nt. 68).

⁷⁸ Al riguardo v. la letteratura citata *supra*, § 2, nt. 29.

Come si accennava in apertura, infatti, qualche studioso ha insistito sul nesso che legherebbe sin dalle origini il costituito al mutuo. Si è anzi rilevato che le fonti non consentirebbero di affermare che l'ipotesi di applicazione originaria del *constitutum* sarebbe stata esclusivamente quella del debito pecuniario, tanto più se si riflette sulla circostanza che per il mutuo i testi classici sembrerebbero considerare indistintamente il mutuo di denaro e quello di altre cose fungibili, e che sin dall'origine il cosiddetto *constitutum* sarebbe stato sempre connesso a un mutuo o, comunque, a un negozio formale avente come presupposto un'operazione di mutuo.⁷⁹

Una conferma di questo convincimento è stata poi scorta nella sistematica edittale del titolo *De rebus creditis*, in cui la formula dell'*actio pecuniae constitutae*, insieme a quella dell'*actio de eo quod certo loco*, segue i programmi di giudizio della *condictio certae pecuniae* e di quella *certae rei*. Ciò, infatti, lascerebbe intendere che con esse si volesse ovviare agli inconvenienti strutturali della formula della *condictio*, che non avrebbe consentito di tener conto dell'interesse del creditore all'adempimento nel *locus* o entro il *dies* stabilito.

Così impostato, però, il paragone che si effettua in dottrina fra il mutuo e il *constitutum debiti* dà proprio l'impressione di zoppicare.

In proposito bisogna anzi tutto rilevare, con riguardo alla rubrica edittale *Si certum petetur*, che la sfera di applicazione della *condictio certae pecuniae* e della *condictio certae rei* non coincide esattamente con quella del mutuo. Tale contratto reale, infatti, poteva avere per oggetto solamente denaro o altri beni fungibili, mentre con la *condictio ex lege Calpurnia*, la cui formula era diretta al *dare oportere* di ogni *certa res*, era possibile agire anche in relazione a beni infungibili.⁸⁰

Inoltre, il parallelismo fra l'applicazione non solo della *sponsio et restipulatio* di una frazione del *petitum*, ma anche del *ius iurandum in*

⁷⁹ Così ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 126 [= estr. 46].

⁸⁰ In proposito deve essere richiamata la tesi di quanti hanno congetturato che in età più antica, prima del riconoscimento di specifiche azioni, con la *condictio certae rei* fosse possibile agire in giudizio per tutelare comodato, pegno e *locatio operis* cosiddetta irregolare. Sul punto v. R. SANTORO, *Studi sulla 'condictio'*, in *AUPA* 32 (1971), 359 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo 1987, 112, nt. 385; A. SACCOCCIO, *'Si certum petetur'. Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'conditiones' dei giustiniane'*, Milano 2002, 33 ss.

iure alle sole azioni aventi per oggetto una quantità determinata di denaro, ma non di altri beni fungibili, induce a restringere l'analogia del *constitutum debiti* sanzionato dall'*actio constitutae pecuniae* solamente al mutuo di denaro sanzionato dall'*actio certae creditae pecuniae*.

9. Per completare l'esame delle informazioni presenti nel manuale gaiano bisogna considerare il passo in cui si allude all'applicabilità del *beneficium* concesso dalla *lex Cornelia* a quanti avessero assunto garanzie personali:

Gai 3.124: *Sed beneficium legis Corneliae omnibus commune est. Qua lege idem pro eodem apud eundem eodem anno uetatur in amplio-rem summam obligari creditae pecuniae quam in XX milia. Et quamuis sponsores uel fidepromissores in amplam pecuniam, ueluti si sesterium C milium <se obligauerint, tamen dumtaxat XX tenentur>. Pecuniam autem creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tum cum contrahitur obligatio certum est debitum iri, id est <quae> sine ulla condicione deducitur in obligationem. Itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debitum iri, licet post tempus petatur. Appellatione autem pecuniae omnes res in ea lege significantur. Itaque si uinum uel frumentum aut si fundum uel hominem stipulemur, haec lex obseruanda est.*

Dopo aver parlato di quanto disposto dalla *lex Cicereia* in relazione a garanzie assunte con *sponsio* o *fidepromissio*,⁸¹ il giurista ricorda che una *lex Cornelia*⁸² aveva stabilito che nel corso di uno stesso anno (*eo-*

⁸¹ Gai 3.122.

⁸² Sulla denominazione completa e sulla datazione della *lex Cornelia* v., nella letteratura più recente, SACCOCCIO, 'Si certum petetur', cit., 44 s., e ivi ntt. 90-91; C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II,1, Torino 2003, 163, e ivi nt. 269. Per i dubbi avanzati dalla dottrina più antica sull'attribuzione a Silla, piuttosto che al tribuno della plebe Cornelio, della *lex Cornelia* di cui parla Gaio v. E. LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio. Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte*, Berlin 1907, 118, con riferimenti ad altra letteratura.

Secondo CANNATA, *Corso*, II,1, cit., 163, nt. 269, sarebbe difficile credere che il provvedimento sia stato emanato nell'anno 88 a.C., perché Silla sarebbe stato «in ben altre faccende affaccendato» e non si sarebbe potuto dunque occupare delle garanzie personali delle obbligazioni, sicché sarebbe preferibile pensare all'anno 81 a.C.

dem anno) non potevano assumersi garanzie personali in relazione a *credita pecunia* a favore dello stesso debitore (*pro eodem*) e nei confronti dello stesso creditore (*apud eundem*) per un ammontare superiore a ventimila sesterzi (*in ampliorem summam ... creditae pecuniae quam in XX milia*).⁸³ La legge doveva essere *perfecta*,⁸⁴ perché disponeva che nel caso di mancato rispetto del divieto in essa stabilito, l'ammontare delle garanzie assunte sarebbe stato ridotto al limite massimo di ventimila sesterzi in essa stabilito.⁸⁵

Il provvedimento si occupava di stabilire un limite massimo in favore di *sponsores* e *fidepromissores* che, com'è noto, potevano garantire solamente obbligazioni contratte *verbis*.⁸⁶ Di conseguenza, la nozione di *credita pecunia* del testo legislativo doveva riferirsi originariamente a un ambito corrispondente alle garanzie relative a somme di denaro date a mutuo o dedotte in *stipulationes* connesse a operazioni di mutuo,⁸⁷

⁸³ Secondo B. ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, in *AUPA* 32 (1971), 106 s., nt. 69, il testo della legge in questione avrebbe contenuto alcune delle espressioni impiegate da Gaio per illustrarne il regime.

⁸⁴ In proposito si vedano, però, i rilievi formulati da KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 64, nt. 49, secondo il quale al riguardo non sarebbe corretto discorrere di *lex perfecta*. Sul punto v., da ultimo, CANNATA, *Corso*, II,1, cit., 166, e ivi nt. 287, il quale ha notato che l'integrazione di Huschke è plausibile, e che per potersi parlare di *lex perfecta* non sarebbe necessario che essa «stabilisca la nullità di un atto effettuato in sua violazione, ma è sufficiente che essa preveda direttamente l'adeguazione della realtà giuridica al suo proprio disposto».

⁸⁵ Va osservato che il testo del palinsesto veronese è guasto in alcuni punti, ma è stato ricostruito senza difficoltà dagli editori delle Istituzioni gaiane. Per una diversa integrazione della lacuna v., di recente, H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar*, Berlin 1999, 40 s., che hanno proposto di leggere: *et quamvis sponsores uel fidepromissores <uel fideiussores> in amplam pecuniam, uelut si <in> sestertia c milia <se obligauerint, tamen non pluris tenentur quam sestertium xx milium>*.

⁸⁶ Gai 3.119.

⁸⁷ Diversamente ALBANESE, *Per la storia*, cit., 107 s., seguito da C.A. CANNATA, «*Creditum*» e «*obligationes*», in *Labeo* 20 (1974), 109 s., sulla base del presupposto che il testo della legge Cornelia si riferisse anche ai *fideiussores*.

Infatti, benché Gaio precisi che il *beneficium legis Corneliae* è *omnibus commune*, lasciando così intendere che, a differenza di quello previsto dalla *lex Cicereia*, esso si sarebbe applicato anche alle garanzie assunte con *fideiussio*, nel seguito del discorso si parla soltanto di *sponsores* e *fidepromissores*. Si è allora pensato che dal testo del manoscritto veronese sia caduto un riferimento ai *fideiussores*: così PH.E. HUSCHKE, *Gaius. Beiträge zur Kritik und zum Verständnis seiner Institutionen*, Leipzig 1885, 91; ALBANESE, *Per la storia*, cit., 102, e ivi nt. 65; ID., *Rilievi minimi sul "credere" editale*, in AA. VV., *Studi in onore di A. Biscardi*, I, Milano 1981, 232 [= *Scritti giuridici*, II, a cura di M. MARRONE, Palermo

perché solamente in età successiva, secondo quanto ricorda Gaio, il *beneficium* previsto dal provvedimento divenne comune a tutti i garanti (*omnibus commune*), applicandosi anche ai *fideiussores*, che, a differenza di *sponsores* e *fidepromissores*, potevano garantire qualunque tipo di obbligazione.⁸⁸

In questo contesto, la nozione di *pecunia credita* riguarda ogni tipo di obbligazione, anche nata *verbis*, come assicura il duplice riferi-

1991, 1562]; CANNATA, «*Creditum*» e «*obligationes*», cit., 109; ID., *Corso*, II,1, cit., 166; NELSON-MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181*, cit., 41 e 182.

In senso contrario, tuttavia, è stato obiettato che la *fideiussio* non appare ancora conosciuta nell'età di Cicerone e di Cesare, ed è stata probabilmente escogitata solamente in epoca successiva: forse ai tempi di Labeone, se non più tardi. Ci si spiegherebbe in questo modo perché i fideiussori non fossero menzionati, accanto agli *sponsores* e ai *fidepromissores*, nel testo del provvedimento, emesso in età sillana (v. gli autori citati *supra*, nt. 82): cfr. M.P. PIAZZA, «*Tabulae novae*». *Osservazioni sul problema dei debiti negli ultimi decenni della repubblica*, in AA. VV., *Atti del II Seminario Romanistico Gardesano*, Milano 1980, 86 s., seguita da SACCOCCIO, «*Si certum petetur*», cit., 47 s., e ivi nnt. 101-104. Sul punto v. però anche S.E. WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln-Graz 1964, 66, con richiamo agli studi di Levy.

A tale rilievo si è voluto replicare ribadendo l'idea che Gaio fosse convinto del fatto che il testo della legge Cornelia facesse riferimento esplicito anche ai *fideiussores*, e che la loro mancata menzione nel seguito del discorso (Gai 3.124) dovrebbe pertanto imputarsi a una svista del copista, il cui grado di disattenzione sarebbe dimostrato, nello stesso tratto del palinsesto veronese, da altri problemi testuali che hanno richiesto in più punti l'intervento dei moderni editori. Questa replica si basa fondamentalmente sull'interpretazione dell'affermazione iniziale di Gai 3.123 (*sed beneficium legis Corneliae omnibus commune est*), che porterebbe alla conclusione che secondo il giurista il testo della legge fossero contemplati anche i *fideiussores* (così ALBANESE, *Rilievi minimi*, cit., 230-233 [= *Scritti giuridici*, II, cit., 1560-1563]).

Tale replica può essere a sua volta superata, tuttavia, osservando che il modo di esprimersi di Gaio riguarda i suoi tempi, come mostra l'uso dell'indicativo presente (*beneficium omnibus commune est*), sicché dall'affermazione con cui si apre Gai 3.123 non può trarsi, ci pare, alcuna illazione relativa all'origine legislativa dell'applicazione di tale beneficio. Ciò, peraltro, non vale di per sé a escludere l'ipotesi che essa fosse frutto di un'interpretazione estensiva operata dai giuristi in seguito all'emanazione del provvedimento sillano. Un peso determinante nell'impostazione della questione deve riconoscersi, in ogni caso, alla questione che riguarda l'origine della *fideiussio*, perché se si crede, con la dottrina dominante, che essa sia nata fra la fine dell'età repubblicana e gli inizi del principato, e comunque successivamente all'emanazione della *lex Cornelia*, è giocoforza rinunciare all'idea che il provvedimento potesse far menzione dei *fideiussores* accanto agli *sponsores* e ai *fidepromissores*.

Contro il convincimento che la legge contemplasse originariamente, accanto agli *sponsores* e ai *fidepromissores*, anche i *fideiussores* v. A. D'ORS, *Répliques Panormitanas. I. De nuevo sobre "creditum"* (*Réplica a la crítica de Albanese*), in *SDHI* 41 (1975), 231 s.

⁸⁸ E, dunque, anche quelle di *facere*: cfr. Gai 3.119a.

mento alla *stipulatio* (...*et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur ... si uinum uel frumentum aut si fundum uel hominem stipulemur*), che può garantirsi con *sponsio* e *fidepromissio*, e, secondo quanto chiarisce Gaio, ricomprende *omnes res*, ossia anche cose diverse dal denaro, come per esempio altri beni fungibili (vino o frumento) o singoli beni di specie (uno schiavo o un fondo).⁸⁹

Proprio questa precisazione ha fatto sì che questo passo delle Istituzioni sia stato richiamato da alcuni studiosi anche in materia di *constitutum debiti*,⁹⁰ allo scopo di dimostrare che già nell'ultimo secolo dell'età repubblicana la nozione di *pecunia* era stata intesa in senso ampio, fino a ricomprendere anche cose diverse dal denaro; e che dunque anche a questo tipo di beni si potesse applicare l'*actio constitutae pecuniae* facendo leva su questa interpretazione estensiva.

⁸⁹ Ricordiamo che a giudizio di ALBANESE, *Per la storia*, cit., 109, in quest'ampia nozione sarebbero state ricomprese anche le prestazioni di *facere*, e non solo quelle di *dare*.

⁹⁰ Così BRUNS, *Das 'constitutum debiti'*, cit., 48-50 [= *Kleinere Schriften*, I, cit., 238-241]; GLÜCK, *Commentario alle Pandette. Libro XIII*, cit., 159, nt. c; ARANGIO RUIZ, *Le genti e la città*, cit., 57 [= *Scritti*, I, cit., 573]; ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 133 [= estr. 53]; ID., *Studi*, II, cit., 23; ARCHI, *Contributi alla critica*, II, cit., 147 [= *Scritti di diritto romano*, III, cit., 2044]; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I, cit., 278.

Bruns, tuttavia, parlava di *pecunia certa* nel senso di *pecunia credita* (e data a credito sia *re*, sia *verbis*, sia *litteris*), nel quadro di una più ampia ricostruzione che, sulla base di quanto si legge in Gai 4.171 e in Gai 3.124 (a proposito della nozione di *pecunia certa* come non sottoposta a condizione), dovrebbe indurre a credere che la determinazione dell'ammontare della *sponsio* e della *restipulatio* per la *dimidia pars* costituissero un inasprimento rispetto a quella per la *tertia pars* prevista per l'*actio certae creditae pecuniae*, in considerazione del fatto che le parti avevano rimandato il termine per l'adempimento; e che di conseguenza in origine non vi fosse una particolare azione pretoria *de pecunia constituta*, bensì l'*actio certae creditae pecuniae* con una *summa sponsionis* determinata nella misura della metà anziché di un terzo (per questa idea, già avanzata da G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*⁸, I, a cura di P. KRÜGER, Leipzig 1875, 507 s., v. BRUNS, *Das 'constitutum debiti'*, cit., 57 ss. [= *Kleinere Schriften*, I, cit., 246 ss.], e ivi ntt. 45-46; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 1371 s.; ASTUTI, *Studi preliminari*, I, cit., 99, 108, 138 s., 153 ss. [= estr. 19, 28, 58 s., 73 ss.]; ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 6 s.).

Al riguardo può osservarsi che la supposta equivalenza fra *pecunia certa* e *pecunia credita* su cui si fonda la ricostruzione congetturata da questo studioso per la *pecunia constituta* ci sembra smentita da quanto si legge in Gai 4.171, dove, a proposito della prestazione della *sponsio* penale, sono contrapposte le due ipotesi in cui si agisce *de pecunia certa credita* da un lato, e *de pecunia constituta* dall'altro (*ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, ueluti de pecunia certa credita et pecunia constituta* rell.).

Per altre osservazioni circa l'irrilevanza del richiamo a Gai 3.124 v. quanto si dirà nel testo.

In senso contrario, tuttavia, si può obiettare che se fosse vero che l'ampliamento del campo di applicazione dell'editto *De pecunia constituta* anche alle *res quae pondere numero mensura constant* diverse dal denaro dovesse riferirsi all'estensione della nozione di *pecunia* attestata in relazione all'applicazione della *lex Cornelia*,⁹¹ bisognerebbe spiegare come mai tale ampliamento si fosse limitato esclusivamente ai beni fungibili, e non a tutte le *certae res*, anche infungibili, che, secondo quanto attesta Gaio, erano ricomprese nella nozione di *pecunia* ai fini di questo provvedimento (*Appellatione autem pecuniae omnes res in ea lege significantur. Itaque si uinum vel frumentum aut si fundum uel hominem stipulemur, haec lex obseruanda est*).

Già questo rilievo ci sembra sufficiente a svalutare il significato di quanto si legge in Gai 3.124 con riferimento al *beneficium legis Corneliae* per stabilire quale fosse il valore con cui intendere la nozione di *pecunia* in relazione all'applicazione dell'editto *De pecunia constituta*.

Fin qui abbiamo esaminato passi provenienti dalle opere dei giuristi dei primi due secoli del principato. Da tale esame è emerso che per questo periodo non si possano trarre prove del fatto che il *constitutum* potesse avere per oggetto beni diversi dal denaro. Bisognerà adesso verificare se negli scritti dei giuristi dell'età dei Severi possano rinvenirsi elementi che giustifichino l'idea secondo cui già in quest'epoca si riconoscesse validità ai *constituta debiti* relativi a beni fungibili.

⁹¹ Piuttosto sorprendente, perché in palese contrasto con quanto si ricava dal quadro complessivo offerto dalle fonti, risulta l'affermazione di RICART MARTÍ, *Perfil*, cit., 141, nt. 17, secondo cui Gaio, in questo passo delle Istituzioni, avrebbe avuto in mente il *constitutum debiti* inteso come figura di garanzia personale sottoposta al limite previsto dalla *lex Cornelia*. Il passo in questione, infatti, fa riferimento alla *pecunia, quam in diem certum dari stipulamur*, sicché non è possibile scorgervi un'allusione alla *pecunia constituta*. Peraltro, se fosse vero quanto affermato dalla studiosa spagnola, si dovrebbe pervenire alla conclusione che il *constitutum debiti* fosse conosciuto già nell'età in cui la *lex Cornelia* fu emessa (per cui v. *supra*, nt. 82); e che già a quel tempo, secondo quanto si legge in Gai 3.124, la nozione di *pecunia* andava interpretata estensivamente, ricomprendendo anche beni infungibili. Ma ciò cozzerebbe con quanto si dice nella costituzione di Giustiniano del 531 (CI. 4.18.2), dove l'ampliamento del *constitutum* anche alle cose infungibili è apertamente presentato come una novità derivante dalla riforma (v. il testo del provvedimento riferito *supra*, § 4).

10. Nel suo commentario all'editto *De pecunia constituta*, Ulpiano fornisce la propria opinione su una questione che doveva agitarsi fra alcuni non meglio precisati giuristi, e che doveva essere ancora oggetto di dibattito ai suoi tempi.⁹² Segnatamente, ci si chiedeva se fosse possibile o meno effettuare un *constitutum* di una cosa diversa da quella dovuta:

D. 13.5.1.5 (Ulp. 27 *ad ed.*): *An potest aliud constitui quam quod debetur, quaesitum est. sed cum iam placet rem pro re solvi posse, nihil prohibet et aliud pro debito constitui: denique si quis centum debens frumentum eiusdem pretii constituat, puto valere constitutum.*⁹³

La soluzione positiva fornita nel passo è argomentata dal giurista muovendo dall'effetto liberatorio che si era finito per riconoscere alla cosiddetta *datio in solutum*. In base a ciò, Ulpiano ammette che qualora fosse dovuta una somma di cento (*si quis centum debens*), doveva ritenersi valido il *constitutum* avente per oggetto una quantità di frumento equivalente nel suo prezzo a tale somma.

Così come ci è pervenuto nella redazione giustiniana, in effetti, questo testo non è esente da mende formali,⁹⁴ che, unitamente a ragioni di sostanza, hanno indotto a ipotizzarne un rimaneggiamento.⁹⁵

⁹² Ciò si può ricavare dal modo in cui il giurista, dopo aver riferito la questione, enuncia la propria opinione, introducendola con il verbo *puto*. In tal senso v. già PHILIPPIN, *Le pacte de constitut*, cit., 70, nt. 1.

⁹³ Sul passo v. GLÜCK, *Commentario alle Pandette. Libro XIII*, cit., 181; ASTUTI, *Studi*, II, cit., 172 ss., ove altra letteratura; ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 86; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I, cit., 258 ss.

⁹⁴ Come, per esempio, l'uso di grecismi, quali l'impiego dell'indicativo, anziché del congiuntivo, retto da *cum* con valore causale (*cum iam placet*), o da *an* (*an potest*) nell'ambito di una proposizione interrogativa indiretta; oppure l'espressione '*nihil prohibet*', corrispondente al greco 'οὐδὲν κωλύει'. Sul punto v. PHILIPPIN, *Le pacte de constitut*, cit., 70, e ivi nt. 2, con indicazione di altri autori.

⁹⁵ Sulla genuinità del passo si sono appuntati i sospetti di G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen 1911, 86; ID., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen 1920, 128; ID., *Einzelne Stellen*, in *ZSS* 43 (1922), 541, secondo cui nella chiusa bisognerebbe correggere '<ille recte scribit non> [puto] valere constitutum'; ID., *Unklassische Wörter*, in *ZSS* 56 (1936), 50; STEINER, *Datio in solutum*, cit., 87 ss., seguito da H.-CHR. PIETSCH, *Satisfaction nach der Litis Contestatio*, in *ZSS* 69 (1952), 439; PHILIPPIN, *Le pacte de constitut*, cit., 70 s.; M. KASER, *Restituere als Prozeßgegenstand*, in *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte* 16, München 1932, 184, nt. 1; S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, I²,

Potrebbe però trattarsi di interventi che non hanno intaccato nel contenuto la classicità della soluzione prospettata.⁹⁶ Si può pensare, infatti, che nel brano si alludesse a un'operazione negoziale complessa, in cui le parti dapprima avessero determinato di comune accordo⁹⁷ la quantità di frumento equivalente alla somma dovuta, probabilmente tenendo conto del prezzo di mercato, e poi, considerando *debita* tale quantità, avessero effettuato un *constitutum* su di essa.⁹⁸

Nel passo dei Basilici corrispondente a D. 13.5.1.5 e negli scolii che lo corredano la possibilità di *constituere* frumento in luogo di denaro è presentata ancora una volta in connessione al riconoscimento dell'effetto estintivo all'*aliud pro alio solvere*, purché effettuato con il consenso del creditore. Ciò si ricava chiaramente dalla lettura di

B. 26.7.1 (Hb. III 135): Ἐτερον ἀνθ' ἑτέρου καὶ καταβάλλεται καὶ ἀντιφωνεῖται.

(Heimbach: *Aliud pro alio et solvitur, et constituitur*).

Napoli 1935, 168; ASTUTI, *Studi*, II, cit., 173 ss.; ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., 86; MELILLO, *In solutum dare*, cit., 99; RICART, «*Constitutum debiti*», cit., 702, nt. 36, sulla base della considerazione che il mutamento della prestazione presuppone una novazione, e che per difendere la genuinità del testo occorrerebbe dunque pensare che il debitore fosse stato costituito in mora.

⁹⁶ In questo senso v. PHILIPPIN, *Le pacte de constitut*, cit., 70 s., secondo il quale il passo in questione sarebbe stato riscritto dai compilatori del Digesto con intento generalizzante; *contra* v. però ASTUTI, *Studi*, II, cit., 174.

⁹⁷ Secondo quanto si ricorda nelle Istituzioni gaiane a proposito della questione disputata fra Sabiniani e Proculiani circa l'operatività *ipso iure* oppure *ope exceptionis* dell'effetto liberatorio della cosiddetta *datio in solutum*, infatti, era necessario il consenso del creditore (Gai 3.168), e dunque un accordo fra le parti. Che si richiedesse il consenso del creditore nel caso di *constitutum* di *aliud pro alio* risulta anche da altre fonti, come D. 12.1.2.1 (Paul. 28 *ad ed.*); D. 46.3.46 pr. (Marcian. 3 *reg.*); CI. 4.44.9 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Domitio Civalensi, a. 293); CI. 8.42.16 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Charidemo, a. 293); cfr. pure, in materia di *constitutum*, Sch. 4 *ad B.* 26.7.1 (Hb. III 135), riferito nel testo. Su Gai 3.168 v. MELILLO, *In solutum dare*, cit., spec. 40 ss., con citazione di altra letteratura, cui *adde* SACCOCCIO, *Compravendita e 'datio in solutum'*, cit., 633.

⁹⁸ Ciò perché, come si accennava, il *constitutum* non implicava, di per sé, una novazione, come risulta da D. 13.5.18.3 (Ulp. 27 *ad ed.*), su cui v., anche in relazione al problema della genuinità del testo, ASTUTI, *Studi*, II, cit., 90 ss.; SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., 561; KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 666 s., nt. 68; D. 13.5.28 (Gai. 15 *ad ed. prov.*); D. 15.3.15 (Ulp. 2 *disp.*). In argomento v. pure FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I, cit., 270 ss.

Sch. 4 *ad B.* 26.7.1 (Hb. III 135): ἕτερον – καὶ καταβάλλεται] Θέλοντος τοῦ δανειστοῦ.

(Heimbach: *aliud – et solvitur*] *Volente creditore*).

Sch. 5 *ad B.* 26.7.1 (Hb. III 135): καὶ ἀντιφωνεῖται] Ἐντὶ νομισμάτων ἀντιφωνήσας δοῦναι σῖτον, καλῶς ἀντιφώνησε.

(Heimbach: *et constituitur*] *Qui pro pecunia frumentum dare constituit, recte constituit*).

Se è classico nella sostanza, il brano riferito dai compilatori giustiniani in D. 13.5.1.5 e riecheggiato nelle fonti bizantine costituisce prova del fatto che solamente sul finire dell'età classica alcuni giuristi, come Ulpiano, avevano cominciato ad ammettere un *constitutum* relativo a beni diversi dal denaro.

Va però subito precisato, a tale proposito, che dall'esame di queste fonti si ricava che la possibilità di *constituere* cose come il frumento finì per essere ammessa non già in considerazione dell'oggetto del contratto di mutuo, ma grazie al superamento della questione che riguardava la possibilità, accordata al debitore con il consenso del creditore, di adempiere prestando un bene diverso da quello dovuto.

Sfortunatamente il passo di Ulpiano rappresenta l'unico esempio di costituito che concerne un debito di cose diverse dalla *pecunia numerata*. Anche le fonti bizantine, come si è appena visto, non riferiscono altri casi di applicazione di *constituta* a beni diversi dal denaro. Ma poiché fu lo sviluppo della nozione di *solutio* a giocare un ruolo decisivo nell'ampliamento dell'oggetto del *constitutum*, si dovrebbe essere disposti ad ammettere che una volta riconosciuta la possibilità di *rem pro pecunia solvere*, la fungibilità del bene dedotto nel costituito non assumesse alcuna rilevanza. Anche da questo punto di vista, allora, non si può istituire alcun rapporto fra il campo di applicazione del *constitutum debiti* e l'oggetto del contratto di mutuo.

11. Se fu questa la via imboccata da una parte della giurisprudenza dell'età severiana, e poi percorsa dai maestri delle scuole bizantine per riconoscere validità al costituito avente per oggetto debiti di cose diverse dal denaro, sarà bene riconsiderare su nuove basi la notizia fornita nella costituzione di Giustiniano con cui fu riformata l'*actio de pe-*

cunia constituta e provare a tracciare brevemente la storia dell'evoluzione dell'ambito di operatività di quest'azione sulla base dei dati che abbiamo acquisito nel corso dell'indagine.

L'esame delle fonti sin qui condotto, infatti, ha permesso di liberare il campo dal pregiudizio che vede nel costituito di debito un istituto sorto sin dalle sue origini e poi sviluppatosi in connessione a qualunque tipo di mutuo, e quindi anche a quello avente per oggetto beni fungibili diversi dal denaro.

È stato inoltre possibile valutare in una nuova prospettiva l'attendibilità delle informazioni fornite dalla cancelleria giustiniana in CI. 4.18.2. Tale costituzione, come si è detto, costituisce l'unico testo su cui da sempre si fonda la convinzione, ampiamente diffusa fra i romanisti, che con riferimento all'applicazione dell'editto *De pecunia constituta* i giuristi dell'età classica, se non già quelli dell'ultima età repubblicana, avrebbero generalmente interpretato il termine *pecunia* in modo estensivo, ricomprendendovi anche beni fungibili diversi dal denaro.

Si è avuto modo di vedere, tuttavia, che i riferimenti ai *veteres* e agli *antiqui libri* contenuti nel provvedimento giustiniano non impongono affatto di pensare che i giuristi classici conoscessero già un'applicazione generalizzata dell'*actio constitutae pecuniae* a debiti di *res quae pondere numero mensura constant*.

Gli altri brani che abbiamo analizzato hanno semmai confermato l'impressione che fino al II secolo d.C. la promessa di pagamento era considerata valida purché concernesse debiti di quantità determinate di denaro. La lettura dei passi dai quali si potrebbe dedurre il contrario, difatti, ha dimostrato che quando un *constitutum* riguardasse un precedente debito avente per oggetto un bene infungibile come uno schiavo (D. 13.5.23), oggetto della promessa di pagare entro il termine stabilito era comunque una somma di denaro, calcolata in base al valore dello schiavo dovuto.

Per quanto riguarda il *constitutum* di una quantità determinata di frumento, invece, si è visto che una valutazione complessiva del brano di Ulpiano che ne ammette la validità (D. 13.5.1.5), non permette di concludere che i giuristi classici riconoscessero il *constitutum* di beni diversi dal denaro in considerazione della loro fungibilità.

Sulla base di questo passo, peraltro, si può concludere che nel percorso che condusse gradualmente all'ampliamento del campo di applicazione dell'editto *De pecunia constituta* un ruolo di fondamentale ri-

lievo sia stato giocato proprio dall'avvenuto riconoscimento di effetti liberatori alla cosiddetta *datio in solutum*, che avrebbe contribuito a spianare la strada per considerare vincolanti anche le promesse di adempimento aventi per oggetto beni diversi da quelli dovuti.⁹⁹

Si sarebbe così impressa una spinta decisiva al processo di interpretazione estensiva del termine *pecunia* che sarebbe poi culminato nel 531, quando la riforma giustiniana finalmente consentirà di agire con *actio constitutae pecuniae* per le promesse di adempimento relative a ogni tipo di debito, e dunque anche per quelli che avessero avuto per oggetto beni infungibili.

Se si ritiene che la ricostruzione che abbiamo proposto sia plausibile, e che pertanto solamente a partire dalla fine dell'età classica si riconobbe validità al costituito di debiti di beni diversi dal denaro, si dovrà valutare l'opportunità di considerare nuovamente sulla base dei risultati ai quali siamo pervenuti la ricostruzione dell'editto *De pecunia constituta* e quella della formula dell'*actio constitutae pecuniae* proposte da Lenel per l'età adrianea.

⁹⁹ Al riguardo v. PEROZZI, *Istituzioni*, II², cit., 239 s., e ivi nt. 3; GUIZZI, s.v. *Constitutum debiti*, cit., 299.