

**Thomas Finkenauer, *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, 108, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2010, ISBN 9783161506017.**

Il volume è il risultato di un ulteriore approfondimento della Habilitationsschrift dell'autore, accolta dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trier nel 2005. Il nucleo centrale del lavoro è costituito dall'analisi della *stipulatio* come paradigma del vincolo contrattuale ad efficacia bilaterale in cui si ritiene normalmente esclusa l'estensione delle posizioni obbligatorie a terzi estranei all'accordo. La sedimentazione della critica testuale nonché la cristallizzazione di talune opinioni storiografiche hanno cooperato nell'offuscamento di alcune dimensioni pratiche dello strumento stipulatorio che risulta invece dotato di una flessibilità operativa in grado di soddisfare, in maniera plastica, le esigenze delle parti. La dilatazione dello spettro di incidenza della regolamentazione autonoma privata è la conseguenza delle osservazioni formulate dall'autore e articolate in due direttrici principali di ricerca: le singole *stipulationes* (oggetto di trattazione generale nella seconda sezione, p. 21-329) e le *pactiones et stipulationes* (indagate nella terza sezione, p. 333-410). La prima (p. 3-19) e l'ultima sezione (p. 411-412, seguita da indici: della bibliografia, delle fonti, delle cose notevoli) contengono rispettivamente l'introduzione al problema e le conclusioni e rappresentano pertanto la cornice entro la quale va ad iscriversi lo studio, tratteggiando l'oggetto e lo scopo della ricerca, le avvertenze metodologiche, nonché il principio dell'efficacia contrattuale normalmente riservata alle parti negoziali.

L'indagine è dunque focalizzata sui due principali meccanismi 'tipici' di espansione dell'ambito obbligatorio di un accordo, determinata dall'inserimento di apposite clausole, segnatamente la trasmissione in via ereditaria (attraverso la *mentio heredis*), nonché l'esplicazione degli effetti verso terzi (tramite la *mentio eius ad quem ea res pertinebit*). L'inclusione dell'erede nel negozio risponde ad una *ratio* di conservazione nel tempo dell'effetto voluto dalle parti e, per quanto possa apparire una conseguenza naturale della successione universale, per gli stessi giuristi romani essa non costituiva un'ovvietà, specialmente con riguardo alle stipulazioni *in faciendo*, attesa la personalità della prestazione loro propria, almeno fino alla liberalizzazione degli acquisti ereditari, a prescindere dal loro oggetto specifico (se consistente cioè in un bene materiale ovvero in un comportamento attivo o inerte): in tal senso si esprimeva Scherillo, la cui opinione ha dominato la scienza romanistica fino ad ora, salve talune critiche isolate che non si sono però strutturate in una critica sistematica. L'intento dell'autore è allora quello di riunire i tasselli di un mosaico scomposto per fornire una visione globale e completa del pensiero giurisprudenziale classico, dall'orizzonte del quale risulterebbe assente, secondo la tesi maggioritaria che egli contesta, la trasmissibilità delle stipulazioni aventi ad oggetto un *facere*, le quali, tra l'altro, si sarebbero manifestate con una frequenza ed una rilevanza negoziale ed economica tali da rendere quasi una conseguenza necessaria il loro trasferimento *mortis causa*.

Analogamente, in ordine all'estensione dell'efficacia negoziale a terzi, l'autore

si confronta con una consolidata linea dottrinale tratteggiata da Longo e Bonfante, la quale, da un lato, affermava la corrispondenza biunivoca del fenomeno successorio e del subingresso in tutti i rapporti giuridici del *de cuius*, dall'altro, escludeva dal perimetro della classicità taluni frammenti della compilazione giustiniana che deponevano a favore della configurabilità di una successione a titolo particolare. Se l'impostazione generale è stata superata, la storiografia non si sarebbe però ancora cimentata con risultati soddisfacenti nella valutazione critico-testuale delle testimonianze giurisprudenziali, almeno a dire dell'autore, il quale dichiara esplicitamente (p. 10-11) di attenersi alla versione 'modificata' dei frammenti solo laddove specifici criteri interpretativi, quanto più oggettivi possibili, la suggeriscano come autentica, rigettando peraltro le ricostruzioni spesso meramente congetturali ovvero organizzate intorno a tesi preconcepite. Proprio alla demolizione del dogma apparentemente radicato nelle 'regole' *alteri stipulari nemo potest* (ricavabile ex Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 45.1.38.17 e ostativa alla ricognizione del fenomeno della rappresentanza e del contratto a favore di terzo, salva la concessione, a partire dal periodo postclassico, di un' *actio utilis*), *nemo factum alienum promittere potest* (v. Paul. 72 *ad ed.*, D. 45.1.83, su cui in part. p. 111 ss., in tema di «Haftungsübernahme für Dritte») e *ab heredis persona obligatio incipere non potest* (v. Gai. *inst.* 3.100 e, per la sua abolizione, C. 6.23.25, a. 528, nonché C. 4.11.1, a. 531, su cui in part. p. 316 ss.) è volta la *pars destruens* della riflessione dell'autore che non contesta, mi sembra, l'esistenza di 'un' pensiero giurisprudenziale da cui siano escerpibili sinteticamente tali principi, quanto il presunto orientamento 'del' «Gedankengang» dei giuristi esclusivamente in tal senso: i menzionati principi risultano allora nulla più che argomentazioni prive di valore cogente.

Nella seconda sezione il lavoro è articolato in tre capitoli («Die *stipulationes in dando* und *in (non) faciendo*»; «Die Prozesskautionen» e «Justinian und die Vererblichkeit der Stipulation»). In essi ad una parte sintetica sullo *status quaestionis* segue normalmente una parte argomentativa.

Il primo capitolo si divide a sua volta in diversi paragrafi ognuno dei quali affronta con diseguale approfondimento le stipulazioni *in dando*, *in faciendo*, *habere licere*, *duplae*, *doli mali*, *uti frui licere*, *per te non fieri quo minus quid fiat* e il *compromissum*. Le obbligazioni originate da stipulazioni *in dando* (p. 23-33) sono considerate pacificamente trasmissibili in via ereditaria dalla moderna letteratura, tanto dal lato passivo (Iul. 52 *dig.*, D. 45.1.56.1), quanto da quello attivo (Ven. 1 *stip.*, D. 45.1.137.8, sui due frammenti v. ampiamente a p. 189 ss.) già a partire dal periodo delle XII tavole e senza la necessità di stabilire tale effetto di volta in volta, almeno laddove la prassi si fosse sufficientemente consolidata, come nel caso delle stipulazioni *in faciendo*. Con riguardo a queste, specie se considerate alla luce di alcuni discussi frammenti in materia di *locatio conductio operarum* (Ulp. 26 *ad ed.*, D. 12.6.26.12) e dell'interpretazione sistematica delle pertinenti costituzioni, la necessità di aggiungere una clausola relativa alla trasmissibilità ereditaria (si pensi alla *mentio heredis* in Scaev. 28 *dig.*, D. 45.1.122.2) non viene meno solo con la costituzione raccolta in C. 8.37.13 (a. 530), come vorrebbe l'opinione dominante; in realtà, il parallelo con analoghi testi pertinenti agli obblighi di non fare rivelerebbe, unitamente all'apprezzamento della fungibilità soggettiva nell'esecuzione dell'attività e quindi della soluzione della questione se

quest'ultima possa essere indiscriminatamente trasferita a terzi in via successoria, che l'inclusione dell'apposita clausola nella stipulazione era funzionale al chiarimento di una conseguenza implicita e non al raggiungimento dell'obiettivo di garantire la produzione *post mortem* degli effetti correlati, in quanto essi si sarebbero determinati naturalmente, salvo l'ostacolo opposto dalle prestazioni personalissime (p. 40 ss.). Proprio la natura dell'oggetto delle prestazioni appare all'autore, dunque, decisivo ai fini della traslazione del rapporto giuridico in capo all'erede, anche in relazione alla garanzia della liceità dell'acquisto di una cosa nei confronti di terzi, nonché della sua conservazione, prestata dal venditore attraverso strumenti diversi nel corso del tempo (*auctoritas, satisdatio secundum mancipium, stipulatio habere licere* ovvero, in forma rafforzata dalla promessa della dazione di una penale, *stipulatio duplae*). Recependo opportunamente un'indicazione di Nörr (*Probleme der Eviktionshaftung im klassischen römischen Recht*, in ZSS. 121, 2004, 159), il ragionamento viene applicato alla cd. «Nichtangriffsklausel» o «Unterlassungsklausel», che tutelava il compratore da ingerenze del venditore o dei suoi eredi (rientrando nella specie delle *obligationes in non faciendo*), ma è limitato alla mera responsabilità per evizione, che poteva essere modellata, com'è noto, nei modi più diversi, dal versamento di *simpla pecunia* al *quanti ea res est* (dunque, consisteva in una *obligatio in dando*). La differenza tra i due tipi di clausole che si evince da Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 45.1.38 pr.-2 può essere acclarata anche facendo ricorso a Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19.1.11.18, in cui la limitazione della responsabilità del venditore a fatti compiuti da sé o dalle persone *a se venientes* configurerebbe, con tratti però paradossali, un *pactum de non praestanda evictione*. D'altronde è pur vero, come si deduce proprio dal primo dei due frammenti ora citati, che la promessa di un *factum alienum* è inefficace e che, per aggirare l'ostacolo logico frapposto da tale principio, oggetto dell'obbligazione dedotta nella *stipulatio* era la prestazione di una somma subordinata al verificarsi del fatto altrui. In tale contesto assumono un rilevante significato le *emptiones per mancipationem factae* risalenti al II sec. d.C., dalla cui struttura e dal cui tenore si traggono interessanti spunti in merito alle formule stereotipe utilizzate nella prassi. Nello specifico si evidenzia un'espressione (*is ad quem ea res pertinebit*) che la dottrina dominante vorrebbe suscettibile di un'interpretazione restrittiva (limitata cioè al mero erede universale) e di cui invece l'autore riesce a dimostrare una generale onnicomprensività, tale da includere anche il titolare di una pretesa a carattere particolare; a supporto della sua argomentazione egli utilizza Ulp. 29 *ad Sab.*, D. 21.2.21.1-2, nonché Iul. 57 *dig.*, D. 21.2.39.1.

Come si è visto, un ruolo centrale nella ricostruzione dell'autore (p. 52 ss.) è assunto dall'interpretazione di Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 45.1.38: le questioni concernenti la logicità intrinseca del frammento e la sua genuinità hanno fatto molto discutere. Scherillo reputava il passo sostanzialmente interpolato, tenuto conto della soppressione della clausola di menzione dell'erede, operata, a suo dire, sulla scorta della costituzione giustiniana raccolta in C. 8.37.13; eppure la pertinenza di quest'ultima appare quantomeno dubbia all'autore che la respinge argomentando sulla base degli indizi rinvenibili in Ulp. 32 *ad ed.*, D. 19.1.11.8; Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 45.1.3 pr. e Gai. 1 *ad ed. aed. cur.*, D. 21.1.22, che deporrebbero invece a favore della persistenza della menzione. L'eccezione che gli si potrebbe opporre (perché allora proprio nei passi citati è sempre presente la *mentio heredis*, nonostante la sua superfluità?) è superata ricorrendo a motivi non solo pratici (e

discutibili, in quanto non confermabili, quali un eccesso di prudenza del giurista oppure una prassi consolidata irrilevante a fini giuridici), ma anche di costruzione linguistica della formula stipulatoria: diversi effetti sembra avere, a tal riguardo, la formulazione in terza persona (che includerebbe automaticamente l'erede) ovvero in prima persona (del tipo *mihī heredique meo*, la quale necessiterebbe appunto della specificazione, di una *demonstratio*, per prevenire eventuali equivoci nell'interpretazione).

A prescindere dall'indicazione puntuale dei soggetti, anche la *stipulatio doli* (p. 95-124) risulta, in esito all'esame di Pap. 11 *resp.*, D. 45.1.121.3, Ulp. 49 *ad Sab.*, D. 45.1.38.13, Ulp. 79 *ad ed.*, D. 7.9.5 pr., Venul. 9 *stipul.*, D. 46.7.19 pr., e Paul. 12 *ad Sab.*, D. 45.1.4 pr., trasmissibile per diritto classico in via attiva e passiva; la *mentio heredis* avrebbe la mera funzione di prevenire ambiguità in sede di interpretazione. Si può solo supporre, con buona dose di verisimiglianza, che da un'originaria ampia configurazione di siffatta *stipulatio in rem concepta* si pervenne alla limitazione al comportamento doloso dell'erede e del padre adottivo, potendo essere implicata una responsabilità per la condotta del terzo solo attraverso una clausola *quanti ea res est*, in contrasto con il 'principio' *nemo factum alienum promittere potest* (p. 111-123). Analoga soluzione, ai fini della trasmissione *mortis causa* di diritti e obblighi originati dal *compromissum*, fu trovata, ma solo nel periodo altoclassico, nel caso di assenza della *mentio heredis* in quell'atto (p. 124-138). Radicalmente dirompente rispetto alla tradizionale insuscettibilità di successione nell'usufrutto, invece, appare la funzione della *stipulatio uti frui licere* che consentiva l'ereditarietà delle posizioni di vantaggio contrariamente a quanto ritenuto da Scherillo, sulla scorta di D. 45.1.38.12 e D. 45.1.92 (p. 139-166). Del resto, in particolare la catena paolina dei frammenti raccolti in D. 10.2.25.9-10 e D. 45.1.4.1 sarebbe un indizio a favore dell'irrelevanza della clausola per la trasmissibilità della particolare *stipulatio per te non fieri quo minus quid fiat* (p. 167-185). L'indicazione nominativa dell'erede (diversamente dalla menzione generica) costituiva, nella prospettiva dell'autore, il superamento del dubbio inerente alla trasmissibilità delle *stipulationes in faciendo* – come sarebbe testimoniato, ad esempio, dai frammenti di Iul. 52 *dig.*, D. 45.1.56.1, Scaev. 13 *quaest.*, D. 45.1.131 pr. e Ven. 1 *stip.*, D. 45.1.137.8, a proposito della disposizione da parte del *de cuius* del modo di ripartire diritti e obblighi tra gli eredi – estendendosi successivamente anche alle *stipulationes in dando* attraverso la clausola *haec fieri*, quantomeno in riferimento ai patti dotali (p. 186-210).

Le diverse cauzioni processuali (*ratam rem haberi, pro praede litis et vindiciarum, iudicatum solvi, vadimonium sisti, ex operis novi nuntiatione, damni infecti, de amplius non turbando, non faciendi operis in loco publico, usufructuaria* e *legatorum servandorum causa*) sono analizzate nel II capitolo (p. 211-313) secondo lo schema della ricostruzione della loro rispettiva *ratio* e con riguardo alle ipotesi di successione a titolo universale e particolare. A tal proposito, pur nella conclusione positiva in ordine alla generale trasmissibilità, si sottolinea che sebbene, in fin dei conti, dette cauzioni consistano in dazioni, talune di esse (ad es. la *cautio ex operis novi nuntiatione* e la *cautio usufructuaria*) erano dirette ad un *restituere*, ovvero ad un *facere*, non presentando, nondimeno, un analogo regime in tema di *mentio heredis* (p. 257 ss. e 295). La diversità di effetti e struttura viene ricondotta ad una distinzione genetica delle varie stipulazioni, sorte in momenti differenti per soddisfare specifiche e articolate esigenze. Di particolare

rilievo l'inserimento della *mentio eius ad quem ea res pertinebit* o la designazione del *successor*, che consentiva l'ampliamento della cerchia dei legittimati attivi e passivi, producendo in tal senso altresì effetti verso terzi: testimonianza ne sarebbero i passi paolini in D. 39.1.8.7, 48 *ad ed.*, e D. 8.5.7, 21 *ad ed.*, e ulpiane in D. 39.2.24, 81 *ad ed.* e D. 43.8.2.18, 68 *ad ed.*

Nel terzo capitolo si affronta, infine, la questione della trasmissibilità ereditaria della stipulazione nell'ambito della compilazione giustiniana, in cui, grazie all'intervento legislativo dell'imperatore – attraverso le successive costituzioni C. 8.37.11 del 528, C. 8.37.13 del 530 (ampiamente commentata a p. 322 ss.), C. 4.11.1 del 531, C. 8.37.15 del 532 –, si liberalizzò il regime delle stipulazioni sia *in faciendo* sia *in dando*, rimarcando invero la tendenziale superfluità della *mentio heredis* tanto nelle *stipulationes in personam conceptae*, tanto in quelle pretorie, non realizzando una vera e propria riforma, ma chiarendo e consolidando i termini raggiunti dallo sviluppo integrato di giurisprudenza, da un lato, e attività normativa di matrice imperiale, dall'altro.

Le *pactiones et stipulationes* costituiscono l'oggetto dell'indagine condotta nella terza sezione del volume (p. 333-410), in cui l'autore si propone di acclarare gli effetti costitutivi reali in relazione ai *praedia provincialia* a partire dalla testimonianza gaiana (2.31), reputata un genuino riflesso del pensiero coevo. Tale conclusione appare avallata ad es. da Gai. 2 *rer. cott.*, D. 7.1.3 pr., nonché dal parere ulpiano (70 *ad ed.*, D. 43.18.1.9), invero meno palesemente a favore dell'ipotesi esposta, la quale estende peraltro l'efficacia del menzionato modello costitutivo anche al suolo italico, rendendo il sistema delle *pactiones [vel] stipulationes* (sulla valenza alternativa e non cumulativa della congiunzione *et*, v. p. 360 ss., in particolare riferimento ad Afr. 9 *quaest.*, D. 8.3.33 pr.-1, C. 3.34.3, a. 223, Ulp. 18 *ad ed.*, D. 7.1.25.7, Iul. 52 *dig.*, D. 45.1.56.4) una generalizzata «Bestellungsform» (p. 401 s.), destinata a «flexibilisieren» l'ordinamento giuridico, oltre che associata, in riferimento alle servitù e all'usufrutto, alla *traditio vel patientia* di cui si retrodata al periodo classico l'idoneità fondativa dei diritti, contrariamente alle tesi sostenute, tra gli altri, da Perozzi e Bonfante (p. 346 ss.). La sufficienza di un mero patto ai fini della determinazione degli effetti costitutivi, dimostrata proprio in base all'interpretazione in senso disgiuntivo dell'endiadi gaiana, unitamente alla configurazione della *traditio* e della *patientia* come «ausdrückliches oder stillschweigendes pactum», confermerebbe la loro natura di «formlose Begründungen» di un *ius in re aliena*. Concludono il volume gli indici della bibliografia, delle fonti e delle cose rilevanti.

La ricerca, condotta dall'autore secondo uno schema analitico delle diverse forme di manifestazione dell'agire stipulatorio, che può apparire a tratti disorganico, irrompe con la forza della logica a disinnescare i meccanismi interpretativi automatizzati propri della romanistica dell'inizio del secolo scorso, quando alla presenza di strutture testuali assunte come indici di interventi interpolatori si collegava la deduzione della non classicità delle soluzioni giurisprudenziali da esse evidenziate. Molto fruttuoso mi è parso il sistema della lettura trasversale (ma contestualizzata) delle fonti in materia con le lenti del cercatore di argomenti in favore della trasmissibilità in via ereditaria degli effetti dei diversi tipi di stipulazione, nonché del riverberarsi di tale efficacia nelle posizioni giuridiche di soggetti estranei alla dinamica negoziale originaria. In definitiva,

un interessante esempio di metodo di indagine imbastito su un approccio autoptico che conduce ad un efficace dialogo tra le fonti, fatte parlare (e dunque svelate) con domande appropriate, più orientate e specifiche di quelle finora poste.

Natale Rampazzo  
(ISGI-CNR Napoli)