

**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

115

RAFFAELE VOLANTE

**LA SOSTITUZIONE
DEGLI EFFETTI NEGOZIALI
NEL DIRITTO COMUNE CLASSICO**

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI

PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

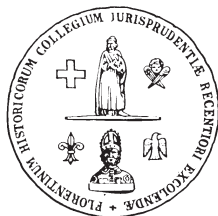
fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da PAOLO CAPPELLINI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTOQUINDICESIMO

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da PAOLO CAPPELLINI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTOQUINDICESIMO

RAFFAELE VOLANTE

LA SOSTITUZIONE
DEGLI EFFETTI NEGOZIALI
NEL DIRITTO COMUNE CLASSICO



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 9788814222658

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2017

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.r.l.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

« I seem to smell the stench of appeasement in the air »
(MARGARET THATCHER, 1990)

CAPITOLO INTRODUTTIVO

OGGETTI E METODI DELL'INDAGINE

1. Chi ha paura del dogma? — 2. Relatività degli effetti contrattuali e istituti di sostituzione. — 3. La sostituzione degli effetti contrattuali nel diritto romano. Cenni. — 4. I titoli di legittimazione alla sostituzione degli effetti contrattuali nel diritto comune classico. — 5. Nostra tesi. La struttura di responsabilità costruita sull'interesse dello stipulante. — 6. Per una conferma. Il ruolo del procuratore e quello del notaio nell'*alteri stipulari*. — 7. Conclusioni.

1. *Chi ha paura del dogma?*

Era la domanda che Paolo Cappellini faceva nell'ormai lontano 1993 alla storiografia giuridica, dominata da una costante quanto generica critica verso la cosiddetta storia dogmatica, malagevole traduzione del più pregnante *Dogmengeschichte* ⁽¹⁾. Cappellini avvertiva come questo rifiuto avrebbe potuto compromettere la leggibilità storica di istituti fondamentali del diritto civile che, costantemente intesi come applicazione dei principi fondanti di un ordinamento, non avrebbero potuto essere capiti fuori da questa ipotesi. L'analisi storica avrebbe dunque dovuto comprendere l'ipotesi dogmatica su cui quegli istituti erano stati costruiti, per poterli efficacemente sottoporre a critica, non separarli aprioristicamente da quella rappresentazione, pena il non ritrovarsi più tra le mani l'oggetto di cui si sarebbe voluto condurre lo studio.

È quanto accadrebbe — continuiamo noi — per gli istituti che

(1) P. CAPPELLINI, *Wer hat Angst vor'm Dogma? Kurze Bemerkungen über Sinn und Wandel des Verhältnisses zwischen Rechtstheorie und sog. Dogmengeschichte*, in C. PETERSON (a cura di), *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit. Beiträge zu einem rechtshistorischen Seminar in Stockholm im September 1992*, Lund, Nerenius u. Santerus, 1993.

importano, nei diversi ordinamenti, la sostituzione soggettiva degli effetti negoziali, ed è quanto accadrebbe, più in generale, per tutto il diritto dei contratti.

Consentiamoci un'ovvietà: il contratto non esiste in natura, e le diverse esperienze giuridiche di cui abbiamo fonti hanno rappresentato in maniera molto diversa ciò che noi, oggi, definiamo « contratto ». Ogni esperienza giuridica ha dovuto far ricorso a dei concetti per operare questa rappresentazione, e questi si possono ben definire dogmi: non articoli di fede rivelati da qualche oscura e malvagia divinità, ma più semplicemente concetti giuridici irriducibili ad altri concetti giuridici, e che sono per questo i principi di quell'esperienza, il segno della sua specificità. Se il dogma in senso religioso significa verità rivelata, e per questo indiscutibile, il dogma in senso giuridico è, più banalmente, il concetto non più scindibile all'analisi di una o più discipline concrete, che il giurista isola come termine di rappresentazione di quelle stesse discipline, e di cui si serve per costruirne altre.

Togliere per principio alla storia del diritto il compito di individuare i concetti irriducibili di ogni esperienza giuridica significa privarla del proprio oggetto e costringerla, per pari principio, a recuperare altrove — nella storia politica, nella storia dei processi economici, finanche nei sociologismi più vieti — i segni della specificità delle singole esperienze e, di conseguenza, la percezione del loro mutare nel corso della storia.

Eppure, a più di trent'anni da quella domanda, occorre serenamente constatare che la paura del dogma contraddistingue ancora molta parte della storiografia giuridica italiana, soprattutto quando si parla dell'esperienza giuridica medievale.

Come ogni paura, essa nasconde — malamente — un'impotenza: quella di confrontarsi con il dato tecnico di quell'esperienza, di percepirlo nella sua originalità, di cogliere quanto del suo raffinato strumentario quell'esperienza giuridica ha lasciato, abbandonando la scena, alle esperienze successive.

È così che gelfi e ghibellini brucano ai piedi della *iurisdictio*, che la teologia e il suo immancabile divieto delle usure diventano l'unica voce degna cui rivolgersi per studiare i contratti mercantili, e che Carlo Magno e la *renovatio imperii* possono ancora pensare di

essere causa del regime delle ipoteche del diritto comune, molto più longevo dell'uno e dell'altra. E sono solo pochi esempi.

Come ogni impotenza, essa produce — evidentemente — un'incapacità: quella di rendere comunicabili al dibattito giuridico attuale i dati di quell'esperienza e la complessità del suo originale apparato di concetti, sia di quelli che il giurista odierno utilizza ancora, spesso inconsapevolmente, sia di quelli per contrastare i quali sono nati altri concetti, che il giurista odierno percepisce come privi di storia, forse perché nessuno quella storia si è incaricato di studiare.

È così che la storia del diritto si riduce spesso a un solipsismo autoreferenziale, fatto dell'ossessiva ricerca di manoscritti che dovrebbero rivelare costruzioni giuridiche tanto arcane da essere sconosciute anche ai giuristi coevi, e che rinuncia per principio all'analisi delle discipline per limitarsi a mettere in fila le figure dei giuristi come i quadri di una galleria, pronta a lamentarsi se una cornice rimane vuota, perché chi dovrebbe abitarla è inutile a quell'analisi.

Il presente saggio attende di essere valutato su questa ipotesi: la giusta critica della *Dogmengeschichte* non comporta l'illegittimità di un'analisi puramente tecnica delle dottrine dei giuristi medievali, attraverso il linguaggio tecnico del diritto moderno. La *Dogmengeschichte* ha avuto come ipotesi fondamentale quella della continuità delle forme giuridiche di Roma antica nel diritto dei codici civili. In quell'ipotesi, il dogma era il segno di una razionalità giuridica immanente che si era fatta strada nelle faticose nebbie del medioevo. Noi partiamo dall'ipotesi esattamente opposta, quella della originalità dell'esperienza giuridica medievale, pur conquistata attraverso il confronto quotidiano di glossatori e commentatori con le forme giuridiche di Roma antica. Non per questo rinunceremo però ai concetti irriducibili creati dai quei giuristi per descrivere le loro discipline, si vogliano chiamare o meno dogmi.

E ora, possiamo cominciare.

2. *Relatività degli effetti contrattuali e istituti di sostituzione.*

Concetto irriducibile è il principio di relatività degli effetti contrattuali: il contratto produce effetti solo tra le parti. Non una manifestazione di primitivismo giuridico, ma implicazione del principio consensualista: se il contratto è accordo, consenso, volontà,

non è ammissibile che un soggetto sia unilateralmente legato alla volontà altrui ⁽²⁾.

Pure l'ordinamento giuridico moderno conosce una serie di istituti mediante i quali un terzo viene sostituito negli effetti di un contratto. I codici moderni in genere contengono due discipline separate: una per l'ipotesi in cui il terzo sia estraneo al contratto e ne riceva gli effetti per volontà delle parti, e l'altra per l'ipotesi in cui il terzo sia la parte di un contratto, che egli conclude col proposito che gli effetti si producano nel patrimonio di chi lo ha incaricato. La prima fattispecie va in genere sotto il nome di contratto a favore di terzi, la seconda sotto il nome di rappresentanza, nelle diverse ipotesi della rappresentanza legale, volontaria e organica.

La differenza tra queste due ipotesi viene recuperata sul piano sistematico avendo riguardo alla figura sostanziale del terzo rispetto alla dimensione economica del negozio, non rispetto alla veste che egli assume nella struttura contrattuale di cui considerare gli effetti. Rispetto a questa, il terzo è sempre il soggetto che non ha preso parte al contratto, e tuttavia ne riceve lo scopo. Solo osservando l'operazione economica che il contratto realizza, tuttavia, si può

⁽²⁾ È significativo, sotto questo profilo, che il principio di *privity of contract* sia sempre stato osservato dal *common law* come un elemento sostanziale del contratto, la cui mancanza avrebbe importato l'impossibilità di riconoscere una *consideration* per le obbligazioni derivanti. Si veda al proposito *House of Lords, Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v Selfridge & Co. Ltd.*, 1915 AC 847. Non vi è di meglio che citare da questa pronuncia l'opinione del Viscount Haldane LC: « My Lords, in the Law of England certain principles are fundamental. One is that only a person who is a party to a contract can sue on it. Our law knows nothing on a *jus quaesitum tertio* arising by way of contract. Such a right may be conferred by way of property, as, for example, under a trust, but it cannot be conferred on a stranger to a contract as a right to enforce the contract in personam. A second principle is that if a person with whom a contract not under seal has been made is to be able to enforce it consideration must have been given by him to the promisor or to some other person at the promisor's request. These two principles are not recognized in the same fashion by the jurisprudence of certain Continental countries or of Scotland, but here they are well established. ». Ancora nel 1995 la Court of Appeal, pur riconoscendo che i sistemi civilistici europei comprendevano da tempo varie ipotesi di contratto a favore di terzo, affermava che un simile mutamento del *common law* of England non potesse che passare dalla House of Lords o da uno *statute*, che lo abolisse o limitasse (*Darlington Borough Council v Wiltshire Northern Ltd.*, [1995] 1 WLR 68). Tale *statute* prese poi la forma del *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*.

vedere nel terzo il *dominus* dell'affare, che dirige e attua a mezzo di un incaricato, o il mero percettore di una sostanziale gratuità, disposta da altri.

È in funzione di questa posizione sostanziale che i Codici moderni differenziano queste due discipline, attraverso la posizione di obblighi specifici tra le parti e il terzo. Nel contratto a favore di terzo, il punto nodale è consentire al terzo di non essere legato dagli effetti di una decisione unilaterale altrui, da cui potrebbe ricevere pregiudizio. Da qui discipline che centrano l'irrevocabilità della disposizione o sulla dichiarazione del terzo di voler profittare degli effetti del contratto — per come si esprime l'articolo 1411 del nostro Codice civile, riprendendo una tradizione che viene dall'articolo 1121 del Codice civile francese e riproposta in molti altri ⁽³⁾ — o sulla presenza di circostanze che legittimino le parti del contratto a revocare o modificare il diritto del terzo senza il suo consenso, come nella formulazione del paragrafo 328 del BGB.

Lo schema della rappresentanza pone problemi diversi, come quello del possibile disconoscimento da parte del terzo di quanto fatto in suo nome, che generano discipline diverse.

Ciò che qui conta evidenziare è che la posizione del terzo rispetto agli effetti del contratto non è data dal contratto stesso, ma da una precedente fattispecie, funzionalmente collegata al contratto, che descrive la posizione sostanziale del terzo, e delinea così l'operazione economica nell'una o nell'altra ipotesi di sostituzione. Queste si svolgono poi totalmente in uno specifico regime di responsabilità: quella della parte obbligata alla prestazione nei confronti del terzo, nella prima ipotesi; quelle reciproche del rappresentante e del rappresentato, nella seconda.

La fattispecie precedente al contratto fornisce pertanto il titolo della legittimazione del terzo verso gli effetti che da quel contratto deriveranno, ma tale legittimazione non diviene effettiva, produt-

⁽³⁾ Come nell'art. 1257 del Codice civile spagnolo, l'art. 112 del Codice svizzero delle obbligazioni, e l'art. 6. 253 del BW olandese. Ampia rassegna in F. MATTIOLI, *Il contratto a favore di terzo. Spunti per una comparazione diacronica dal diritto romano al « Draft Common Frame of Reference »*, in « Rivista di Diritto Romano » 10 (2010), p. 10.

trice di diritti e obblighi, prima che questo sia concluso ⁽⁴⁾. La sostituzione degli effetti negoziali si presenta pertanto, qualunque sia la posizione sostanziale del terzo, come una vicenda complessa, fatta di due fattispecie necessarie: una, che crea il *titolo* di legittimazione a produrre effetti per un terzo da un contratto alla cui stipulazione resta estraneo: l'altra, che, attraverso regole di responsabilità, crea l'*effetto* di sostituzione, una volta che il contratto si è concluso.

Una prima conferma può essere tratta dalla stessa vicenda della rappresentanza diretta. Com'è noto, nessun Codice civile ottocentesco, fino al BGB, ha conosciuto una disciplina specifica di questo istituto, seguendo in ciò il modello del Codice francese, in cui questo istituto è stato introdotto solo con la riforma del diritto dei contratti del 2016. La rappresentanza fu, in questi sistemi, una creazione della dottrina e della giurisprudenza, partendo dal contratto di mandato. Del mandato non interessava però il profilo della sua conclusione come contratto, e quindi la creazione del titolo di legittimazione che consente al mandatario di agire in nome del mandante, ma appunto il profilo della responsabilità del mandatario verso il mandante per l'esercizio di questo potere ⁽⁵⁾.

La stessa dinamica può del resto essere osservata nella vicenda tedesca, che arriva alla disciplina del BGB, a sua volta modello per molti codici del Novecento, dopo decenni di riflessione pandettistica che ha ragionato solo ed esclusivamente di regole di responsabilità, oscillando tra il dovere del rappresentante di cedere le azioni derivanti dal contratto al rappresentato, con il conseguente titolo all'esercizio in forma utile di quelle stesse azioni in caso di inadempimento — fulcro della *Zessionstheorie* — e il dovere del rappresentante di trasportare esattamente la volontà del rappresentato nel

⁽⁴⁾ Il mandatario che non conclude il contratto rimane così responsabile in proprio nei confronti del mandante, ma questi non ha ovviamente nessun rapporto con l'altra parte del contratto.

⁽⁵⁾ La disciplina della rappresentanza come istituto inizia in Francia con le tesi di Duvergier, che nel 1837 riconosce come elemento essenziale del contratto di mandato l'incarico del mandante al mandatario di agire in suo nome, tesi che, aspramente criticata all'epoca da molta parte della dottrina, sarà accettata dalla giurisprudenza solo mezzo secolo dopo. P. DIDIER, *De la Répresentation en droit privé*, Paris, L.G.D.J. 2000, p. 48-49.

negozio, restando responsabile per ogni turbamento di questa dinamica, principio della *Repräsentationstheorie*.

Se quindi nei sistemi civilistici attuali la possibilità di agire per altri è considerata anch'essa un principio generale, al pari del principio di relatività degli effetti contrattuali, ciò si deve non solo all'individuazione di sempre nuovi titoli di legittimazione sulla spinta di bisogni di tutela sempre più complessi, ma all'individuazione di sempre più precise regole di responsabilità tra obbligato e terzo ⁽⁶⁾.

3. *La sostituzione degli effetti contrattuali nel diritto romano. Cenni.*

Analoga vicenda è riconoscibile nell'evoluzione dell'esperienza giuridica romana, che in questa sede può essere affrontata solo per sommi capi.

Innanzitutto, il divieto di stipulare a favore di terzo deve essere inquadrato nei caratteri più generali della civiltà giuridica di Roma antica, che vede la piena operatività del principio di acquisizione immediata al patrimonio del *dominus* degli effetti del contratto posto in essere dal soggetto in sua potestà, figlio o servo. Un principio che si costruisce unicamente su regole di responsabilità, quella del *dominus* o del *pater* per gli atti compiuti da soggetti che appartengono al suo patrimonio, col quale deve rispondere delle obbligazioni poste in essere da questi. Non v'è bisogno qui di ricordare come questo schema sia stato esteso con il vasto catalogo delle *actiones adiecticiae qualitatis*, che replicano lo schema dell'acquisizione diretta degli effetti patrimoniali del contratto del dipendente affermando la responsabilità del *dominus* per quanto posto in essere dal suo sottoposto. Il *dominus* resterà quindi responsabile nei confronti dei terzi per i vari atti negoziali che il sottoposto ha compiuto nell'esercizio di un'attività commerciale, a mezzo dell'*actio institoria* e dell'*actio exercitoria*, per come resterà responsabile di quanto fatto dal figlio o dal servo per la conduzione della casa con l'*actio in rem verso*, e così via.

⁽⁶⁾ Il che è anche la tendenza dell'art. II-9:301 del Draft Common Frame of Reference.

Un complesso di tutele che procede dall'individuazione di un contesto di attività per generalizzare innanzitutto lo schema di responsabilità basato sulla *potestas* e che produce, in stretta e immediata conseguenza, la sostituzione al *dominus* degli effetti negoziali. È appena il caso di ricordare, al proposito, come l'azione *institoria* e l'azione *exercitoria* non presuppongano la *potestas*: anche il soggetto *sui iuris* produce al titolare dell'impresa marittima o terrestre una responsabilità personale per quanto da lui fatto nella conduzione della stessa.

Anche le ipotesi di sostituzione parziale negli effetti di un negozio sono state costruite dall'esperienza giuridica romana come regole di responsabilità. La *delegatio solvendi* e l'*adiectus solutionis causa*, ad esempio, sono innanzitutto regole di esenzione della responsabilità del debitore per il caso in cui egli scelga di pagare a un soggetto diverso dal creditore effettivo. E deve essere citato, perché molto importante nell'interpretazione che dell'*alteri stipulari* faranno i giuristi del diritto comune classico, il caso del mutuo fatto con denaro di un terzo, su suo ordine. Il Corpus iuris risolve espressamente il problema dando al terzo proprietario direttamente la *certi conductio* per il credito alla restituzione della valuta, azione che spetterebbe di norma al mutuante che l'ha effettivamente *numerata*, in sostituzione della *rei vindictio*, che spetterebbe di norma al terzo, ma che resterebbe però priva di oggetto, atteso che la cosa non esiste più, per essere stata consumata. L'unica tutela effettiva per il terzo proprietario resterebbe pertanto l'azione di responsabilità verso il mutuante, cosa che il testo romano evita, attribuendo l'azione che il mutuante dovrebbe svolgere a tutela del terzo direttamente a questi. Ancora una volta, una regola che esenta un soggetto da una responsabilità — una volta attribuita al terzo proprietario la *certi conductio*, il mutuante effettivo non ha un'azione da svolgere a tutela del credito di questi, e resta pertanto libero da una responsabilità verso di lui — costruisce uno specifico regime di sostituzione degli effetti contrattuali.

A completare il vasto catalogo di eccezioni al principio, le molte ipotesi di azioni utili concesse a terzi da diversi testi del Corpus iuris, generalmente attribuiti al tardo diritto romano, da quella concernente il patto di riscatto della cosa pignorata venduta dal creditore

pignoratizio a favore del debitore oppignorante (7), all'azione utile data a tutela del patto con cui il depositante ha convenuto con il depositario di restituire la cosa non a lui ma al terzo. Non pare necessario qui spendere troppe parole per ricordare come l'azione utile sia sempre il superamento di uno schema di responsabilità, che potrebbe essere di più difficile realizzazione in concreto. Anche qui, tuttavia, il mutamento di una tutela centrata sulla responsabilità del soggetto che ha posto in essere il contratto traslativo di un diritto si traduce in un'ipotesi di sostituzione degli effetti contrattuali al terzo, che quella responsabilità potrebbe invocare.

4. *I titoli di legittimazione alla sostituzione degli effetti contrattuali nel diritto comune classico.*

Uno studio delle forme di sostituzione degli effetti contrattuali nel diritto comune classico non può così restringersi al solo esame dei titoli di legittimazione. Questa può darci uno spaccato fedele dei crescenti bisogni di «agire per altri» della società medievale e dell'originalità del giurista nel cercare soluzioni, ma nulla ci direbbe sui nuclei dogmatici che egli utilizza per costruire l'effetto di sostituzione. Questi si centrano su un concetto, quello di interesse dello stipulante, che Glossatori e Commentatori trovano nel testo romano come argomento fondamentale per spiegare la *ratio* del divieto di *alteri stipulari* e che essi usano contro il testo e oltre il testo, arrivando a esiti originalissimi che saranno esaminati oltre.

Non ci si può però sottrarre a una disamina, pur necessariamente descrittiva, dei titoli di legittimazione per come individuati dai giuristi del diritto comune, opera nella quale possiamo comunque vedere la loro capillare conoscenza del Corpus iuris e la loro tensione verso una sistematica (8).

Tale opera è ben riassunta, nel caso dei Glossatori, da una fondamentale glossa alle Istituzioni di Giustiniano, in cui sono

(7) D.13. 7. 13 pr.

(8) Opera ben più approfondita di quella che si può proporre qui è quella di G. P. MASSETTO, *La rappresentanza negoziale nel diritto comune classico*, in *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica*, a cura di A. PADOA SCHIOPPA, Napoli, Jovene 2010.

descritte le sedici eccezioni al divieto di stipulare per altri in cui si acquista al terzo un'azione utile, senza necessità che sia lo stipulante a cedergli l'azione diretta che gli deriva dal contratto. La stipulazione a favore di terzo genera un'azione per il terzo innanzitutto nel caso del tutore che stipuli *rem pupilli salvam fore*, dello stipulante che vuole sia dato al suo creditore, e del *dominus* che vuole che la prestazione sia data al proprio procuratore, ma non all'ipotesi inversa, del procuratore che stipula per il *dominus*, che generalmente richiama l'idea moderna di rappresentanza ⁽⁹⁾.

Un altro campo di ipotesi è quello delle stipulazioni pretorie, varia casistica descritta dal Corpus iuris in cui l'accordo, poiché avvenuto dinanzi al *praetor* o con il suo concorso, può produrre effetti per il terzo estraneo ⁽¹⁰⁾. La figura del *procurator* torna, nell'enumerazione che la glossa *nihil agit* fa delle ipotesi puntualmente scavate dal monolite del Corpus iuris, nella fattispecie del *procurator* che stipula per il *dominus* presente alla stipulazione, fattispecie descritta puntualmente dal testo romano, ma che ci porta fuori dal terreno attuale della rappresentanza, la quale postula l'autonomia del rappresentante nella stipulazione del contratto ⁽¹¹⁾.

Segue la figura dell'*actor* del municipio, che il diritto comune traduce nel *syndicus universitatis* — e in questo modo lo rende la Glossa alla *l. stipulatio ista § alteri* — i cui atti si riflettono automaticamente sulla collettività e quella del *curator furiosi*, ancora una volta per l'espressa previsione della norma romana ⁽¹²⁾. Fa poi la sua

⁽⁹⁾ Glossa *nihil agit ad Inst. de inutilibus stipulationibus § si quis alii*: « Nihil agit. Et est ratio: quia inventae sunt. etc. ut infra eo. § alteri et ff. de verb. ob. l. stipulatio ista § alteri. Fallit tamen in casibus. xvj. In primis, ut si stipulantis intersit: quia sit tutor eius, cui stipularur, rem pupilli salvam fore. Secundo, quia procuratori stipulerur dominus. Tertio, si stipuletur creditori. ut infra e. § sed si quis stipuletur vers. et si creditori, et ff. de verb. obl. l. stipulatio ista § si stipuler et § si quis insulam. ». La Glossa Magna sarà d'ora in poi citata nell'edizione Parigi, Hugues de la Porte, 1558-1560.

⁽¹⁰⁾ « Quarto fallit in omnibus praetoriis stipulationibus. ut ff. de praet. stip. l. in omnibus, ut est damni infecti ff. de dam. infe. l. damni. § fi. item iudicatum solvi, et similes, ut ff. de proc. l. in causae. § fi. ». Glossa *nihil agit*, cit.

⁽¹¹⁾ « Item fallit in procuratore praesentis, ut ff. de verb. ob. l. si procuratori et ff. de procu. l. quod procuratori. ». Glossa *nihil agit*, cit.

⁽¹²⁾ « Item fallit in actore municipum ex cuius pacto quaeritur municipibus. Item in curatore furiosi, et consimilium personarum. et tutoribus. ut ff. de consti. pe. l. eum, qui. § si actori. ». Glossa *nihil agit*, cit.

comparsa l'istitore, prima di un'ipotesi su cui molto si è soffermata l'attenzione della storiografia giuridica e che ha destato qualche sorpresa nei cultori del diritto romano: quella del notaio che, al pari del giudice e di altre *publicae personae*, può stipulare per altri ⁽¹³⁾.

I Glossatori arrivano a questo risultato da un passo del Digesto in materia di *cautio rem pupilli salvam fore*, che fa il caso in cui il pupillo non possa ricevere la promessa del *tutor* perché assente o infante ⁽¹⁴⁾. La soluzione del testo romano è che debba stipulare per lui un servo di sua proprietà. Ove il pupillo non abbia servi, se ne deve acquistare uno, ma se neanche questa via può essere utile, deve stipulare per lui un *servus publicus*, quindi un servo di proprietà del *municipium*. I Glossatori, facendo perno su altri passi del Corpus iuris, identificano il *servus publicus* con il *tabellio*, e quindi col notaio — *tabularius* — perché il *tabellio* del diritto romano non può essere un servo ⁽¹⁵⁾.

Seguono infine tutte quelle ipotesi in cui il testo romano conferisce comunque a un terzo qualificato taluni effetti della stipulazione fatta da altri: il debitore che può esercitare il patto di riscatto per la vendita del bene pignorato dal creditore, il depositante che può pattuire che la cosa sia restituita al terzo, e così via ⁽¹⁶⁾.

I giuristi successivi tenteranno una sistemazione su nozioni

⁽¹³⁾ « Item fallit in institore: nam sibi actio ex pacto institoris quaeritur, ut ff. de instito. l. prima in fine et item fallit in iudice, vel notario, vel simili persona publica: ex quorum pactis, et stipulationibus alteri quaeritur, ut ff. rem pup. sal. for. l. 2. et 3. et 4.... ». Glossa *nihil agit*, cit. Cfr. MATTIOLI, op. cit., p. 4 nt. 16.

⁽¹⁴⁾ Sulla figura del notaio si veda la bella analisi di MASSETTO, op. cit., p. 416 ss.

⁽¹⁵⁾ « Id est, tabularius...tabellio autem servus esse non potest. » Glossa *publicum* in l. si pupillus, ff. rem pupilli salvam fore.

⁽¹⁶⁾ « Item fallit in creditore, ex cuius pacto quaeritur actio debitori, ut ff. de pign. actio. l. si cum venderet infra. respond. Item fallit, si avus paciscatur dotem reddi nepti, quam iam in potestare non habet: ut ff. so. ma. l. Caius Seius. Item fallit in procuratore vendentis. ut ff. de ac. emp. l. Iulia. § si procurator. Item fallit in deponente, si paciscatur alij rem restitui. Item fallit in commodante faciente simile pactum. ut ff. depo. l. Publia et C. de ad exhi. l. si res. Item fallit in donante, simile pactum faciente in eventum alicuius conditionis, ut C. de do. quae sub modo l. quoties. Item fallit, si pater stipuletur filio, vel alij posito sub sua potestate post mortem suam, scilicet patris. Nam et filio quaeritur, licet haeres non sit, ut ff. de verb. ob. l. quicumque § si quis ira. Si vero pure, et non post mortem: ipsi stipulanti quaeritur ut ff. de verbo. ob. l. dominus servo. ». Glossa *nihil agit*, cit.

generali delle *fallentiae* del testo romano, sottraendole a un'elencazione casistica, ma non per questo raggiungendo più alti risultati definitivi. Non può non essere citato, a questo punto, il giurista francese Guillaume de Cuih, la cui partizione in nove categorie viene ripresa da Bartolo, da cui la trarremo, e da altri. La prima categoria è la *personarum identitas*, in cui vengono sistemate le ipotesi della stipulazione del figlio e del servo. La seconda è l'*officii necessitas*, che comprende quelle del *tutor* e del *curator* ⁽¹⁷⁾. La terza si centra sull'*autoritas personae*, e comprende il caso del notaio e di altre non specificate figure che possono stipulare per altri ⁽¹⁸⁾. La terza è la *praetoria sollemnitas*, che ovviamente riguarda tutte le stipulazioni condotte dinanzi al giudice ⁽¹⁹⁾.

Nella quinta, la *rerum connexitas*, Guillaume de Cuih pone l'ipotesi del *procurator* che stipula *super rem domini*; nella sesta, quella della *stipulatio* del procuratore *domino praesente*, e la chiama *praesentia personae* ⁽²⁰⁾. La settima riunisce quelle ipotesi in cui il testo romano concede al terzo l'azione utile ove manchi il soggetto che dovrebbe cederli quella diretta; l'ottavo quelle in cui l'*affectio*

⁽¹⁷⁾ « Et dicit Gul. stipulari alteri nemo potest. Fallit primo, ubi est personarum identitas, ut filius et servus, qui sunt eadem persona cum domino, et patre ut § ei vero qui inst. de inutil. stip. Et illud est difficile, qualiter possint stipulari patri, vel avo, vel domino vel e converso, dicam plene infra eadem l. quod dicitur. Secundo fallit, ubi est officii necessitas, ut in tutore et curatore l. quoties supra de admi tuto. et l. eum qui § si actori et § seq. Supra idem de constituta pecunia sed dicit verum in his, quae pertinent ad administrationem ipsorum tutorum stipulantium et alias secus, l. solutum § per liberam supra de pig. act. et acquiritur utilis. ». BARTOLO DA SASSOFERRATO *ad l. Stipulatio ista § alteri* n. 3, ed. Torino, Bevilacqua, 1577, fol. 20 r- 21 v.

⁽¹⁸⁾ « Tertio fallit ubi est in persona autoritas, ut notarius vel alius officialis, et utilis acquiritur l. prima § exigere de magi. conve. et l. secunda iuncta l. non quaesi. infra rem pupilli salvam fore et l. non aliter de adopt. An hoc sit verum in omnibus stipulationibus dicam in dicta lege non quasi. ». BARTOLO, loc. cit.

⁽¹⁹⁾ « Quarto fallit, ubi est praetoria sollemnitas, ut in stipulationibus praetoriis l. in omnibus infra de praetoriis stip. Et bene dicit quia in omnibus quae in iudicio aguntur idem in l. in causae supra de procurator et glossa de praet. stip. l. 3 et l. in omnibus et ibi dicam. ». BARTOLO, loc. cit.

⁽²⁰⁾ « Quinto, ubi est rerum connexitas, ut quando stipulatio interponitur super re mea et in hoc semper dubitavi, et est textus in l. quod procurator ex re supra de proc. et l. Iulianus § si procurator supra de actionibus empti [...] Sexto fallit, ubi est praesentia personae, et vicinitas, et hoc non est dubium, l. si procuratori praesentis infra eodem. ». BARTOLO, loc. cit.

dei soggetti coinvolti relativamente a una data *res* giustifica per diritto romano la deviazione dal divieto di *alteri stipulari*. La nona e ultima categoria comprende, per Guillaume de Cunh, le ipotesi in cui lo stipulante trasferisce il possesso o la proprietà di un suo bene, perché questo venga ritrasferito a un terzo, per come si può realizzare, ad esempio, con una donazione modale.

Baldo degli Ubaldi restringerà a tre le ipotesi in cui si genera per il terzo un'azione utile: persone sottoposte alla potestà del terzo; *officiales e publicae personae*, le cui stipulazioni a favore di terzo valgono nei limiti e in funzione dell'ufficio pubblico che gestiscono; persone che gestiscono non una funzione *de publico*, ma un compito stipulato privatamente, come il *procurator* ⁽²¹⁾.

5. *Nostra tesi. La struttura di responsabilità costruita sull'interesse dello stipulante.*

Ciò che deve essere evidenziato, tuttavia, è che in tutti questi casi, e per tutte le fonti sin qui riportate, la sostituzione degli effetti contrattuali si realizza solo quando esiste l'interesse dello stipulante. I Glossatori tratteranno sempre delle ipotesi in cui si acquista l'azione utile al terzo come di forme specifiche di una fattispecie più generale, in cui l'effetto di sostituzione si realizza comunque, pur con l'obbligo dello stipulante di esercitare una tutela che non è autonomamente esercitabile dal terzo ⁽²²⁾. Un principio che è tenuto fermo dalla stessa glossa *nihil agit*, allorché, iniziando la sua catalogazione, specifica che il *tutor* stipula perché ha un interesse a che

⁽²¹⁾ BALDO DEGLI UBALDI, *in secundam Veteris partem*, ed. Venezia 1577, ad l. *Certi conductio* § *quoniam* (ex *lectura antiqua*).

⁽²²⁾ « Si tamen stipuler alteri dari, cui dari mea interest, stipulatio tenet ad hoc, ut agere possim ex ea: non ut agere possit ille, cui erit dandum, vel faciendum, ut infra de donationibus l. cum res ut ecce, stipulor dari creditor meo decem, vel procuratori, vel curatori, vel similibus personis, ut ff. de ver. obl. l. stipulatio ista et § si stipuler et § si quis insulam, vel loco opus faciendum, quod ego condux: et experior ex ea stipulationem (licet contineat donationem, et non factum) ad interesse, ut ff. de ver. obli. l. liber homo § ult. Quod est notabile. In casu tamen ex mea stipulatione experitur ille, cui dari pactus sum: ut si tutor pupillo suo, vel curator furioso, vel actor universitati sit pactus ut ff. de const. pec. l. eum qui § pe. ». AZONE, *Summa Codicis, de inutilibus stipulationibus*, ed. Venezia 1566.

rem pupilli salvam fore, per come chi ha un debito verso il terzo ha un interesse a che il promittente paghi a questi quanto pattuito, cosa ulteriormente ribadita dalla glossa alla *l. stipulatio ista § alteri*.

Un principio tenuto fermo anche da Bartolo, che introduce la sistemazione di Guillaume de Cuh attraverso una *quaestio* specifica, appunto in quali casi la *stipulatio alteri*, valida perché presente un interesse dello stipulante, possa produrre un'azione utile al terzo *sine cessione* ⁽²³⁾. Per come Baldo degli Ubaldi affermerà chiaramente, una cosa è che il contratto sia valido a produrre effetti per il terzo, altra cosa è che questi possa azionare direttamente la relativa tutela ⁽²⁴⁾. Due questioni distinte: la prima attiene al contratto i cui effetti devono dirigersi verso il terzo, la seconda attiene al titolo di legittimazione all'azione che nasce da una fattispecie precedente, la quale ha indicato un soggetto come tutore, procuratore, debitore del terzo, o ancora come notaio.

Se la fattispecie della sostituzione degli effetti negoziali si svolgesse integralmente solo sul profilo del titolo di legittimazione, essa sarebbe una vicenda meramente formale: una volta nominato un *procurator*, ad esempio, qualunque contratto posto in essere da questi dovrebbe riflettere i propri effetti sul *dominus* e qualsiasi contratto posto in essere dal *tutor* dovrebbe estendere i propri effetti al pupillo. Il notaio, solo per essere tale, potrebbe produrre diritti e obblighi a un soggetto che non ha mai visto né conosciuto.

Se così non è — diremmo ovviamente — è perché deve esistere

⁽²³⁾ «Quaero, quando quis stipulatur alteri et valet, quia sua interest, et sic stipulanti est acquisitum, an quaeratur actio sine cessione illi, cui quis stipulatur? Et glossa dicit quod sic in casibus notatis Institutiones de inutilibus stipulationibus § si quis alii. Cynus per modum distinctionis tradidit in l. multum C. si quis alteri vel sibi, et minus perfecte Guil. de Cu. tangit in l. certi conditio § si nummos supra si cert. pet. ubi ponit novem casus exceptuatos quae sunt in d. § si quis alii in glossa et ponit Gul. dictas exceptiones, quasi per regulas. Nos examinemus hic quasdam remittendo, et quasdam hic ponendo plene.». BARTOLO DA SASSOFERRATO, *ad l. Stipulatio ista § alteri*, cit. n. 3.

⁽²⁴⁾ «Tunc aut quaeris, an valeat stipulatio, aut an dominus agat absque cessione, an valeat stipulatio: et dico, quod sic, nam ex quo est procurator, negotium pertinet ad eum cura et sollicitudine, et sic interest sua, ut infra de act. emp. l. Iulianus § si procurator. Si vero an agat dominus sine cessione, dico quod non, nisi in contractibus reguletur, ut nota infra eodem l. si pecuniam, nisi in subsidium, ut infra de inst. lex prima in fine.». BALDO DEGLI UBALDI, *ad l. Certi conditio § quoniam, ff. si certum petatur*, v. (*ex lectura antiqua*).

nella fattispecie da cui derivano effetti per il terzo una certa struttura della responsabilità, che possa tutelare il terzo dalla revoca della disposizione in suo favore, nelle fattispecie che lo vedono ultimo percettore di una gratuità, e tutelarlo da affari che non ha ricercato, nell'ipotesi in cui egli sia il *dominus negotii*. Quanto le moderne codificazioni realizzano con l'accettazione del terzo o con la disciplina del conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato, o con la responsabilità del rappresentante verso i terzi di buona fede per le conseguenze del suo agire contro o oltre la procura — negozio costruito non a caso come titolo di legittimazione potenzialmente astratto dai Codici moderni — il diritto comune riporterà sempre a una limitazione della legittimazione ad agire dello stipulante o del terzo, in funzione dell'interesse dello stipulante.

Ancora per Baldo degli Ubaldi, ad esempio, la *stipulatio alteri* si realizza quando lo stipulante ha un interesse specifico a che sia dato al terzo, e questo non si può presumere che esista *in re ipsa* dal fatto della stipulazione. Lo stipulante non può ripetere dal terzo quanto datogli dal promittente, revocando la disposizione, poiché il contratto concerne il terzo come *adhibitus*, non lui come *adhibens*, ed è su questo aspetto si deve misurare il suo interesse nella stipulazione ⁽²⁵⁾. L'obbligazione personale è per Baldo un *vinculum intellectuale*, non una cosa capace di possesso: una persona che non è nella *potestas* del terzo può acquisire a lui il possesso di una cosa che, stante un espresso testo del Corpus iuris, questi potrà rivendicare perché vi ha costituito uno *ius in re* attraverso l'attività altrui, ma non può acquisire a lui un'obbligazione personale. Perché il terzo possa essere costituito creditore dal fatto di una *libera persona*, occorre che questi diriga gli effetti di una sua stipulazione verso di lui, ma ciò non costituisce una stipulazione valida, se non si può

(25) « Si autem non tamquam procurator, sed tamquam principalis persona stipulor ita, promittis mihi quod dabis alii distinguunt, aut mea interest, et valeret ut ego agam, ...aut non interest, et non agam...sed nonne semper mea interesset, cum ab alio sim repetiturus, ut infra mandati l. idemque § si cui? Solve, ibi stipulatio erat concepta super re adhibentis illum tertium, unde causa stipulationis concernebat principaliter istum stipulantem. Si autem causam concerneret principaliter adhibitum, tunc non daretur contra eum actio. » BALDO DEGLI UBALDI, *ad l. Certi conductio § quoniam ff. si certum petatur*.

riconoscere in questo contratto una responsabilità dell'obbligato verso questo effetto.

Ciò non toglie che il percorso interpretativo dei giuristi abbia individuato sempre nuovi titoli di legittimazione del sostituente, e abbia costruito su questi nuove ipotesi di azione utile al terzo, ma ciò non li ha condotti a una diversa ricostruzione dogmatica della fattispecie della sostituzione.

Per una pur veloce verifica, ci si può rivolgere alle *Vaticanae Lucubrationes* di Francesco Mantica il quale, nel 1609, dedica ben 14 titoli alle varie ipotesi di stipulazione con effetto per il terzo, dandoci conto dell'evoluzione della dottrina fino alla sua epoca e mostrandoci un numero sempre crescente di titoli di legittimazione.

Si comprendono così varie ipotesi in cui il padre può stipulare per il figlio emancipato, e quindi non soggetto più alla sua potestà, come ipotesi in cui lo stesso può stipulare in favore della figlia passata nella potestà maritale ⁽²⁶⁾. Tutte queste ipotesi sono comunque valide, per Mantica, solo nei casi in cui un interesse del padre stipulante è determinabile dallo scopo del negozio, tant'è vero che quando il padre stipula al figlio *ut extraneo*, la stipulazione è inutile, a meno che non abbia un interesse concreto ad essa ⁽²⁷⁾.

Le ipotesi in cui si presume che il padre abbia un interesse alla stipulazione in favore del figlio si ricavano da una serie di congetture espressamente descritte, le quali riguardano non soltanto l'espressione usata nel contratto, ma soprattutto la natura e la qualità

⁽²⁶⁾ « Sed diuersa sententia, quod imo pater possit stipulari filio etiam emancipato, quoad acquirendam ei vtilem actionem, magis probatur, primum ex d. l. quodcunque § si quis ita, de verb.oblig., vbi pater potest vtilliter stipulari filiae dari post mortem suam: et ex hac stipulatione vtilis actio filiae competit, licet patri haeres non existat. Sicut ergo stipulatio collata in id tempus, quo filia non est in potestate patris. valet ad istum effectum, vt ei vtilis actio acquiratur: ita debet valere, si filia tempore quo concipitur stipulatio, sit sui iuris, arg. l. quod sponsae C. de don. ant. nupt. et l. in tempus, ff. de haered. instit. & hoc argumento vtitur Bart. in d. l. quod dicitur, nu. 7. » F. MANTICA, *Vaticanae Lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, tit. XVI, *Quibus filiis pater possit stipulari*, nn. 4 e 5, p. 148, ed. Colonia 1615.

⁽²⁷⁾ « Octavus casus est, quando pater stipulatur filio in potestate constituto non tanquam filio, sed tanquam extraneo, et stipulatio confertur in tempus, quo filius sit sui iuris: et tunc stipulatio non valet, vt superius etiam dictum est [...] Quod autem dictum est, stipulationem quoad patrem esse inutilem, sane intelligitur, nisi eius intersit, sicuti dicimus si quis extraneo sit stipulatus.. ». F. MANTICA, ivi nn. 10 e 11, p. 151.

dell'oggetto dedotto nella stipulazione ⁽²⁸⁾. Mantica esamina dettagliatamente le ipotesi in cui è il figlio a poter stipulare con effetto per il padre, e anche qui vi è spazio per numerose presunzioni dell'interesse del figlio, le quali dimostrano come da questo elemento della fattispecie non si possa prescindere ⁽²⁹⁾. Ecco quindi le ipotesi in cui, contro il diritto romano, è la madre a poter stipulare per il figlio, e le ipotesi in cui è valida la stipulazione di un fratello in favore dell'altro, malgrado in entrambi i casi non sia riconoscibile una *potestas* tra sostituyente e sostituito ⁽³⁰⁾. Ecco, soprattutto, una vasta estensione di *publicae personae* che possono validamente stipulare con effetto per altri, dal Papa all'Imperatore, da un sacerdote che può stipulare con effetto per il vescovo, ai tanti giudici di cui è costellato l'ordinamento del diritto comune ⁽³¹⁾. Ciascuna di queste ipotesi prova però la sua giustificazione in una *ratio* specifica, che può essere data a volte da una relazione di subordinazione, assimilabile alla potestà, tra lo stipulante e il terzo — come è per definizione tra il vescovo e il parroco — a volte dalla specificità del negozio i cui effetti devono riportarsi allo schema della sostituzione, come nel caso del parroco che stipula a che vengano restituite le usure ai suoi parrocchiani ⁽³²⁾.

⁽²⁸⁾ « Nunc ergo videamus, ex quibus coniecturis pater intelligatur voluisse filiis ut filiis stipulari: et quidem coniectura in proposito sumitur non solum ex verbis, sed etiam ex natura, et qualitate rei deductae in stipulationem, ar. post gloss. in l. si tibi § si pactus, nu. 9. ff. de pac. vbi Bal. nu. 3 dicit verba illius gl. esse aurea... ». F. MANTICA, cit., tit. XIX, *Ex quibus coniecturis coniici possit, patrem voluisse filiis ut filiis stipulari*, n. 1 p. 153.

⁽²⁹⁾ « Sed hodie filius in adventitiis praesumitur patri tanquam legitimo administratori stipulari... ». F. MANTICA, op. cit., tit. XX, *Quando ex stipulatione filii patri acquiratur*, n. 4 p. 156.

⁽³⁰⁾ F. MANTICA, op. cit., tit. XXI, *Mater an, et quando, filiis possit stipulari*; tit. XXII, *Fratres, et alii collaterales, an possint suis consanguineis stipulari*.

⁽³¹⁾ F. MANTICA, op. cit., tit. XXV, *In quibus casibus personae publicae possint aliis stipulari*, p. 163.

⁽³²⁾ « Sciendum est etiam, quod quilibet rector ecclesiae parochialis potest suis parochianis acquirere obligationes, et ideo parochus ab usurariis potest stipulari, ut usuras iis, quibus debentur, restituant, c. quamquam, de usuris lib. 6 et ibi nota... ». F. MANTICA, tit. ult. cit., n. 6, p. 163. Cfr. per il ruolo del notaio in simili stipulazioni, MASSETTO, op. cit., p. 438.

6. *Per una conferma. Il ruolo del procuratore e quello del notaio nell'alteri stipulari.*

Non è quindi sufficiente individuare quello che qui abbiamo definito *titolo* di legittimazione per configurare un'ipotesi di sostituzione degli effetti del contratto. Occorre che all'individuazione di una figura legittimata a stipulare per altri corrisponda uno schema di responsabilità che possa effettivamente sostituire gli effetti del contratto concluso da questi per un terzo.

La migliore dimostrazione può essere ricercata sulle figure che ben avrebbero potuto portare il diritto comune all'enucleazione di uno schema generale di rappresentanza, reminiscente di quello presente nei Codici moderni. Innanzitutto la figura del *procurator* che stipula per il suo *dominus* ⁽³³⁾. Il primo caso sempre presente negli apparati è, come abbiamo accennato, quello di D. 45.1.79, che conferisce un'azione utile al *dominus* ove questi sia stato presente alla stipulazione di una *cautio* che ha trovato, di necessità, controparte nel suo procuratore costituito in giudizio. Perfettamente leggibile nella dinamica del processo romano, questa soluzione diventa per i giuristi del diritto comune un punto fondamentale per interrogarsi sugli effetti della stipulazione fatta in generale dal *procurator*. Al di là delle tesi equitative che caratterizzano i giuristi più risalenti e che vengono in genere attribuite alla figura di Martino, come vedremo, la tesi prevalente, propria di Azzone, è nel senso che un'azione utile non possa acquisirsi al *dominus* assente, e richieda comunque, per la propria validità, che essa sia concepita nella persona del procuratore, trovi cioè in lui la figura dello stipulante ⁽³⁴⁾.

La Glossa non recepisce questa tesi integralmente, e anzi permangono in essa posizioni parzialmente dissimili e non completa-

⁽³³⁾ L'ipotesi inversa, del *dominus* che stipula che venga dato al suo procuratore, è pacificamente risolta da tutti i giuristi del diritto comune sul profilo dell'interesse del *dominus*, che si presume *in re ipsa*: «...stipulor dari creditorum meo decem, vel procuratori. et ex perior ex ea stipulatione, licet contineat donationem, et non factum, ad interesse.». AZONE, *Summa Codicis, de inut. stip.* n. 10.

⁽³⁴⁾ «Ex stipulatione tamen mei procuratoris praesentis concepta in personam suam datur mihi utilis actio... Si autem esset concepta in personam domini nulla esset stipulatio omnino.». AZONE, *Summa Codicis* 8, *de inut. stip.* cit. n. 12.

mente armonizzate. Una glossa attribuisce difatti l'azione risultante dal contratto allo stesso procuratore, che dovrebbe avere l'obbligo di cederla al *dominus* ⁽³⁵⁾. Un'altra, che però si riferisce a un testo in materia di *stipulationes praetoriae*, conferisce senza meno l'azione utile al *dominus*, a meno che il procuratore non abbia stipulato in nome proprio e congiuntamente del *dominus*, caso in cui l'azione è acquisita al procuratore, che deve però cederla al *dominus*, che può perseguirlo con l'*actio mandati* per l'adempimento ⁽³⁶⁾. Secondo una terza glossa — alla l. *Possessio quoque § et si possessio*, che esprime il principio per cui il possesso valido all'usucapione può essere acquistato dal procuratore anche senza *animus possidendi*, purché questo sia presente al *dominus*, che sa di stare occupando una cosa non sua — dall'azione del procuratore non può essere acquistata al *dominus* alcuna azione, utile come diretta, ma vi è sempre l'obbligo alla cessione ⁽³⁷⁾, tesi ribadita da altre glosse ⁽³⁸⁾.

I giuristi successivi non attribuiranno al *dominus negotii* maggiori effetti. Bartolo sosterrà che un'azione utile si acquisisce al *dominus* solo ove il *procurator* stipuli su una cosa che è destinata a restare in proprietà del *dominus*, come nel caso della locazione, mentre un'azione utile non si acquisisce al terzo quando la proprietà viene trasferita col contratto ⁽³⁹⁾.

Mantica riprende questa tesi tra le poche eccezioni al principio

⁽³⁵⁾ Glossa *non domino* ad l. *Eum qui § si actori ff. de constituta pecunia*.

⁽³⁶⁾ « si ipsi domino est stipulatus ad instar tutoris pupilli et curatori furiosi...alias si sibi, etiam nomine domini sibi quaerit: sed domino actione mandati cogitur cedere. ». Glossa *stipuletur in l. In omnibus, tit. de praetoriis stipulationibus*.

⁽³⁷⁾ « Audi ergo Azo hic contra te. quod actio ex alterius pacto non quaeritur, nisi cessa, et nisi in casibus secialibus, quos nota insti. de inut. stip. § ei qui. Sed tu dicas directam non dari, sed utilem. ». Glossa *cedere ad l. Possessio quoque § et si possessio*.

⁽³⁸⁾ Glossa *petere potest ad l. Quod procurator ex re, ff. de procuratoribus*: « sed tu dic esse regulare ut nec utilis nec directa quaeratur, sed fallit in casibus quos nota I. de inut. stip. § si quis alii in glossa nihil, sed procurator cedere debet eam domino...inter quae specialia hoc est unum quando ex re domini, ut hic, et erit ratio: quia nihil apud eum remanere oportet. »

⁽³⁹⁾ « Ego dubito in intellectu illius legis, quia de iure antiquo dicit ibi text. quod alteri non acquiritur, sed postea benigna interpretatione Imperator concedit utilem. Mihi videtur sic dicendum. Quandoque paciscor super re mea, quam durat mea, et alteri quaeritur utilis, ut supra de po. l. Publia in principio. Nec dicat quis, quod ibi est speciale in filio: quia imo est ius commune cum per matrem non possit quaeri

per cui al *dominus* non si crea alcuna azione dalla stipulazione del *procurator*, ove questi non abbia un interesse qualificato alla stipulazione ⁽⁴⁰⁾.

Analoghe considerazioni valgono per la figura del notaio. Baldo afferma che questi può stipulare per altri senza dover cedere le azioni derivanti dal contratto, ma non per questo non deve rivestire la figura dello stipulante, altrimenti la stipulazione sarebbe nulla ⁽⁴¹⁾. Il fatto che il destinatario della prestazione possa avere azione *sine cessione* deriva dalla consuetudine, altrimenti, *de iure scripto*, la cessione sarebbe necessaria. Non rappresenta una contraddizione il fatto che così egli assuma le vesti del creditore in un contratto che trascrive, poiché da questo egli non trae alcuna utilità, ma svolge questo ruolo come un puro ministero pubblico ⁽⁴²⁾. Perché egli rediga l'atto, tuttavia, occorre che il soggetto per cui assume le vesti dello stipulante vi abbia interesse, per come precisa Mantica ⁽⁴³⁾.

7. Conclusioni.

È per questo che il presente saggio si concentrerà esclusiva-

filio....Quandoque stipulor super re quae est mea, tamen non durat mea, et tunc alteri non quaeritur actio regulariter... ». BARTOLO, *ad l. stipulatio ista § alteri*.

⁽⁴⁰⁾ « Neque huic sententiae refragatur d.l. pen. C. ad exhib. quia procurator, cuius non interest, in aliquibus casibus potest ipsi domino stipulari, ita ut ei sine cessione utilis actio acquiratur, et in his casibus potest intelligi, ut valeat stipulatio: in aliis autem casibus specialiter non expressis est inutilis. ». F. MANTICA, op. cit., tit. XXIV, *Quemadmodum per procuratorem ex stipulatione nobis acquiratur*, n. 6, p. 162.

⁽⁴¹⁾ « hoc nam patet in tabellione, nam debet stipulari sibi pro alio, non alii simpliciter, et tamen eius officium est publicum et necessarium, nisi dicamus, quod licet ita sit, tamen non est inventum principaliter ad stipulandum, sed ad scribendum, et ad redigendum in scriptis quod inter alios fit, non quod per se fit.. ». BALDO DEGLI UBALDI, *ad l. Excepta possessionis C. per quas personas nobis acquiratur*.

⁽⁴²⁾ « Solve. Ubi est consuetudo, quod Tabellio stipuletur tamquam publica persona, ibi videtur habere hoc officium a consuetudine, et ideo tunc non requiritur cessio, alias de mero iure scripto esset cessio necessaria, nisi extra officium stipularetur. Sed tu dices, quomodo potest cedere, nam si creditor est, quomodo potest scribere? Responde, quia ad eum non pertinent commodum, sed nudum ministerium ». BALDO, ult. loc. cit.

⁽⁴³⁾ « Secundo etiam extenditur, ut notarius possit omnibus iis, quorum interest, stipulari ». F. MANTICA, op. cit., tit. XXVI, *Notarius an et quomodo, possit aliis stipulari*, n. 8, p. 166.

mente sul secondo profilo della fattispecie complessa di sostituzione degli effetti negoziali, analizzando lo schema generale fondato sull'interesse dello stipulante che viene descritto da Azzone e dalla Glossa Magna, per poi essere variamente criticato e modificato dagli Ultramontani e dai Commentatori. Se il catalogo delle fattispecie che legittimano la sostituzione sarà sempre in costante espansione nel corso del diritto comune, ciò è dovuto al fatto che esse si riferiscono necessariamente a una fattispecie generale di responsabilità, che detta le condizioni della sostituzione, sancendo gli obblighi delle parti coinvolte.

Soprattutto, questo profilo del sistema è l'unico che possa essere analizzato dogmaticamente all'interno della fattispecie complessiva, ed è quindi il solo che possa darci il termine di comparazione con le forme moderne della sostituzione. I titoli di legittimazione del sostituito comprendono difatti vari istituti, dal contratto di mandato alla potestà genitoriale, all'ufficio del tutore, ciascuno da analizzare nella sua individualità e nella sua specifica evoluzione nell'ordinamento di diritto comune.

Solo il profilo della responsabilità consente di rendere l'unità del sistema complessivo del regime di sostituzione degli effetti, perché solo su questo profilo si realizza, per i giuristi del diritto comune, il lato qualificante della sostituzione: la tutela giuridica dell'obbligo di dare al terzo, a volte nelle forme dell'azione diretta o utile del sostituito, altre volte nell'azione diretta del sostituito.

Per questo, l'analisi verrà condotta considerando esclusivamente le fonti del diritto civile, e non quelle del diritto canonico. Restiamo convinti che l'*utrumque ius* non fu mai un obbligo per il giurista medievale, ma una rara e irripetibile opportunità: trovare su un ordinamento le risposte che l'altro non forniva. Se così è, tuttavia, è stato ben dimostrato che l'ordinamento canonico offriva risposte su un piano diverso rispetto a quello del diritto civile, quello della *denuntiatio evangelica* ⁽⁴⁴⁾, e non poteva così fornire risposte a un sistema espresso in una lingua non comunicabile, quella dell'azione.

(44) MASSETTO, op. cit., p. 442.

CAPITOLO I

LA SOSTITUZIONE NEI GLOSSATORI.
UNO SCHEMA TRIPARTITO BASATO
SULL'*ID QUOD INTEREST*

1. Prevalenza di uno schema equitativo nei primi Glossatori. — 2. Lo schema tripartito. Una prima analisi. — 3. Il fulcro dello schema: *id quod interest*. — 3.1. L'*id quod interest* nei primi Glossatori. — 3.2. Primi tentativi di definizione organica dell'*id quod interest*. — 3.3. Un primo sviluppo dogmatico: contratti *certi* e *incerti*. — 3.4. Un secondo sviluppo dogmatico: l'interesse *singulare* come strumento per la definizione della *certitudo* del contratto. — 3.5. L'*id quod interest* come strumento definitorio del profilo funzionale del contratto. — 3.6. *Segue. Id quod interest* e contratti *stricti iuris*. — 4. L'*alteri stipulari* nello schema tripartito basato sull'*id quod interest*. — 5. Lo schema di legittimazione in assenza di un interesse dello stipulante. La *stipulatio poenae*. — 5.1. Il problema dogmatico della *stipulatio poenae*: l'efficacia civile dell'inadempimento di un'obbligazione naturale. — 6. La sostituzione degli effetti negoziali nell'ipotesi di previo adempimento dell'obbligazione di provvista.

1. *Prevalenza di uno schema equitativo nei primi Glossatori.*

Restituendo il sistema nel comune lessico giuridico attuale, la nostra tesi è che la sostituzione degli effetti negoziali venga ricostruita dai Glossatori su un rapporto tripartito, assimilabile alla delegazione, con un rapporto di provvista tra terzo e stipulante, in cui si esaurisce il titolo di legittimazione del sostituito, che si estingue nel momento in cui si adempie l'obbligo di valuta tra stipulante e promittente, nel che si sostanzia l'effetto della sostituzione, derivante dal contratto che il legittimato pone in essere per derivarne gli effetti al sostituito.

L'elaborazione di questo schema tripartito sarà opera dei Glossatori da Azzone in poi. Per rendersene conto è sufficiente una veloce disamina delle opinioni degli autori più risalenti, pur nell'incertezza in cui il loro pensiero residua dallo stato delle fonti disponibili, la cui voce, per come già messo in luce dalla migliore storiografia giuridica,

sarà riportata uniformemente dai giuristi successivi, e farà quindi parte di una tradizione complessiva ⁽¹⁾.

La rilevanza del problema offerto dal testo romano alle prime generazioni di Glossatori è fatta palese da opere come la *Summa Trecensis*, che pone il tema in una posizione centrale nella classificazione delle cause di invalidità della stipulatio, creando allo scopo una specie autonoma di nullità: la *mixta ratio*.

Il percorso argomentativo è elementare. La *stipulatio* può essere invalida in ragione dei soggetti che la pongono in essere — ad esempio per la loro incapacità a obbligarsi — o in ragione dell'oggetto del contratto — per riguardare questo una cosa *extra commercium* ⁽²⁾. Il divieto di *alteri stipulari* non si lascia rappresentare pienamente né nell'una, né nell'altra categoria, e richiede pertanto la creazione di una nuova classe, in cui sistemare le nullità che riguardano all'un tempo i soggetti e l'oggetto del contratto ⁽³⁾.

L'attenzione dei primi autori si concentra sulla prima ipotesi descritta dal testo romano, quella della stipulazione penale accessoria alla stipulazione invalida perché fatta a favore di un terzo estraneo. Le fonti più risalenti introducono la questione nei termini che saranno costantemente presenti agli autori successivi: esistono due forme per collegare la stipulazione della penale all'adempimento di un accordo a favore di terzo. La prima consiste nel porre l'inadempimento verso il terzo come condizione della stipulazione penale. La seconda forma prevede di ricostruire la fattispecie nei termini di un collegamento contrattuale tra un patto che in sé non può essere costitutivo di un'obbligazione e la penale ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ MASSETTO, op. cit., p. 411.

⁽²⁾ « In iure vero hoc animadvertendum est, ut pactum admittatur et admissum servetur. Ut autem admitti possit, merito delectus habetur tum in personis, tum in rebus, tum mixtim... Persona ea esse debet, ut consentire possit et suarum rerum administrationem habeat et neque natura neque iure excludatur... Rem hic accipe ipsam promissionem, et promissionis qualitas, item causam ». *Summa Trecensis*, ed. FITTING, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin, J. Guttentag, 1894, *De pactis* n. 9.

⁽³⁾ « Mixta ratio spectatur in rebus et in persona; promissor enim de re sua, item de suo facto promittere debet, et ille cui promittitur sibi et suae utilitati prospicere debet, ne alterius pactum alteri prosit vel obsit. » *Summa trecensis*, *ibid.*

⁽⁴⁾ « Ex his omnibus hoc colligo: si res a condizione incipit, ab initio tenet. Si precedit alia pactio, pendet usque dum mora procedat, nisi conventio praecedens

Nella prima forma, la fattispecie può essere ricostruita ponendo la prestazione al terzo su un profilo della stessa, la penale su un altro. Stante il testo romano, la penale è obbligatoria fin dal momento della sua stipula (5). Nella seconda forma, al contrario, non essendo l'accordo a favore di terzo produttivo di un'obbligazione, si pone il problema di stabilire quando la penale sia esigibile dallo stipulante (6).

È qui che si pone una prima disputa tra Bulgaro e Martino, col primo che ritiene che la penale sia esigibile con la messa in mora del debitore, e il secondo che richiede la *litis contestatio*. A questa si aggiunge l'opinione di chi ritiene che la penale divenga esigibile col solo inadempimento colpevole (7).

Una ricostruzione che si riconnette immediatamente alla concezione dell'accordo come fatto immediatamente produttivo di effetti giuridici, a prescindere dalla sua azionabilità.

Nella concezione che i glossatori hanno comunemente del *pactum*, il semplice accordo, pur privo di un elemento di qualificazione che valga a renderlo azionabile in giudizio, è sempre e comunque produttivo di un'obbligazione naturale. Questo è un effetto originario del *pactum*, impedito solo da un vizio proprio della conclu-

omnimodo sit inutilis, veluti si alteri stipulatus postea poenam, si alteri datum non fuerit, mihi praestandum stipuler. ». *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, ed. G. ZANETTI, 1946, VII, *de pactis*, n. 8.

(5) « Cum res a conditione incipit, veluti si ita dicam ab exordio: "si fundum non dederis, centum dare spondes?" legibus expressum est huiusmodi stipulationem statim tenere: dicitur enim centum in obligatione, fundum in exsolutione esse... ». *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, ibidem.

(6) « Et eo casu cum precedens pactio sit inutilis, subiectam pene promissionem tenere dicitur simpliciter, ut si alteri stipulatus penam, si non illud impleas, stipulor. Alias quoque fit, ut non a conditione res incipiat, set precedit alia pactio et, si non illa adimpleatur, aliud daturum te promittis. In his ergo lite mota dicitur obligationem committi. ». *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, VII, *de pactis*, n. 6.

(7) « Et nota, quod illud, quod dico, quod committit, quum potuit facere et non fecit, si incipiat a precedente pactione, sic est intelligendum, ut tunc committatur, ubi fuerit in mora, et quae sint necessaria ad hoc, ut quis sit in mora, alibi plene dicuntur. Martinus autem dicebat, quod tunc dicitur, quum quis potuit facere et non fecit, quum lis est contestata. Alii dixerunt ita simpliciter, quum potuit facere et non fecit, et ita in commissione poenae tres fuerunt sententiae. Sed primam cum Bulgarus et Ioannem adprobamus. ». *Dissensiones dominorum*, ed. G. HAENEL, R.A. Aalen, Scientia, 1964, *Adcessio* II.

sione del consenso, come il *metus* o il *dolus*, e implica che l'adempimento spontaneo della prestazione cui una parte si è obbligata non sia ripetibile sul presupposto della mancata azionabilità. Qui è la principale differenza tra il sistema delineato dal testo romano e quello che si descrive nell'*interpretatio* medievale, improntata a valori diversi: mentre la *stipulatio inutilis* conduce per il primo a una situazione di puro indebito, nella rappresentazione dei Glossatori essa conduce a una *naturalis obligatio*. Le conseguenze non sono, evidentemente, di poco momento. La *stipulatio inutilis* del testo romano legittima la rivendicazione di quanto dato in adempimento spontaneo, l'*obligatio naturalis* dei Glossatori no.

In questo punto si realizza la pluralità dei piani di normatività — dei diversi ordinamenti, se si preferisce — su cui misurare gli effetti giuridici dell'accordo.

Un primo piano è quello puramente naturale, che vuole salvi gli effetti di qualsiasi accordo purché spontaneamente concluso tra le parti. Il patto che resti solo nei limiti del semplice accordo, privo di una qualificazione giuridica, produce un'obbligazione naturale perché non è lecito alle parti sciogliersene unilateralmente. A questa prima dimensione può aderire una seconda, data dal momento di qualificazione — quello che da Azzone in poi si chiamerà *vestimentum* e che nei primi Glossatori è piuttosto il *nomen contractus* — che provvede l'accordo di un'azione in giudizio per ottenere l'adempimento forzoso o la condanna in equivalente.

Non stupisce pertanto che i primi Glossatori abbiano cercato di estendere sulla base dell'*aequitas* — la principale fonte del diritto, per la cultura medievale — l'efficacia normativa del *pactum ut alteri detur* attraverso lo strumento dell'azione utile.

Il testo del § *alteri* cita, in piena corrispondenza con i principi dell'ordinamento romano, i casi del *tutor* che stipula *pro pupillo* e del figlio che stipula per il padre come ipotesi valide di stipulazione a favore del terzo, immediatamente produttive di una tutela giuridica ⁽⁸⁾. Su questo punto si colloca la voce riferita usualmente a Martino, per cui se un contratto a favore di terzo vale in questi casi

⁽⁸⁾ « ...inane est, quia alteri pacisci nemo potest nisi quibusdam personis, ut patri et domino, item qui aliena negotia gerit sive ipsius voluntate, ut procurator, sive legitima auctoritate, ut tutor curator. » *Summa Trecensis*, II, 3, *de pactis*, n. 9.

limitati se fatto nella forma della *stipulatio* e produce l'azione tipicamente derivante da questo contratto, la *certi condictio*, ne consegue che lo stesso accordo negli altri casi vale come semplice patto, non provvisto di alcun elemento di qualificazione.

La conseguenza, secondo i principi, dovrebbe essere la semplice obbligazione naturale non azionabile, ma le ragioni dell'equità possono portare alla configurazione di un'azione utile al terzo per l'adempimento ⁽⁹⁾.

Il procedimento non ha in sé nulla di particolare: ci troviamo di fronte alla stessa dinamica per cui l'usufruttuario, l'enfiteuta, o finanche il semplice *precarius* vengono definiti come proprietari utili del bene perché destinatari dell'azione utile alla sua rivendica presso il terzo spogliatore. In questo caso, le ragioni dell'*aequitas* sono particolarmente evidenti: si tratta di tutelare l'aspettativa che il terzo ripone nell'adempimento del contratto, come effetto proprio della prima dimensione di normatività del patto, quella naturale. In nome dell'equità, si può compiere l'evidente salto logico di dare al terzo una tutela in forma utile che il testo romano concede in forma diretta non al terzo, ma allo stipulante, cioè al padre che stipula in favore del proprio figlio o al tutore che stipula *rem pupilli salvam fore*.

La posizione martiniana ha riscosso notevole interesse presso la storiografia, tanto da essere stata in passato l'argomento esauriente di ogni altra possibile indagine sul tema dell'*alteri stipulari* presso i glossatori.

In particolare, si è voluto vedere in Martino o il tramite attraverso il quale entrano nella *scientia iuris* di diritto romano elementi sovvertitori provenienti dal diritto germanico oppure, affermando che quest'esperienza rinnovava di continuo i propri metodi esegetici, i segni di un rinnovato interesse per la dialettica ⁽¹⁰⁾. Da ultimo si

⁽⁹⁾ « Item dicit Martinus, quod ex alieno pacto utilis actio datur ei, in cuius persona concepta est...Bulgarus vero et Hugo et Iacobus dicunt, non dari, nisi expressim dixit, quum iuris regula sit, ex alieno pacto actionem non dari. » UGOLINO, *Dissensiones Dominorum*, edidit HAENEL, cit. §256 in *C. si quis alteri vel sibi, l. multum interest* (C.4,50,6).

⁽¹⁰⁾ La prima posizione è quella, nota, del GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. 3, Leipzig 1917, p. 386. La seconda è la tesi di G. WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter. Rechtsgeschichtliches und Rechtsvergleichendes*, Weimar, Bohlau, 1949: « Danach ist freilich kein Zweifel, dass Martinus ein Recht des Dritten grundsätzlich anerkennen wollte. Seine Begründung hält sich allerdings durchhaus im Rahmen der scholastischen

annovera la tesi di chi, escludendo l'interesse di Martino per il diritto germanico su presupposti tutto sommato estrinseci ⁽¹¹⁾, centra il fondamento di tale posizione sull'ormai classico stereotipo che circonda la figura gosiana, sempre tesa a far prevalere l'*aequitas* sullo *ius scriptum* ⁽¹²⁾.

Al di là degli stereotipi che circondano la figura di Martino, ciò che conta qui evidenziare è l'esigenza dei Glossatori di far corrispondere quanto più possibile la dimensione naturale dell'accordo al profilo della tutela giuridica delle ragioni del terzo.

Ciò è fatto palese dall'opinione di Bulgaro, solo parzialmente contrastante con quella di Martino, per come essa ci viene presentata

Methode ». L'analisi di questo autore procede negando validità all'ipotesi del Gierke, affermando la sostanziale incomunicabilità nel periodo considerato di due esperienze, quella romana e quella germanica, che affrontavano il problema in modo opposto, l'una mercè un divieto circondato da eccezioni, l'altra ammettendo più ipotesi particolari, ma senza trarne un principio generale: «...fällt auf, dass der Kanon der germanischen Quellen, die als Fälle des Vertrages zugunsten Dritter in Betracht kommen, ein völlig anderer ist als derjenige der Quellenstellen aus dem Corpus Iuris, die nach der Kompilation eine Ausnahme von der Regel alteri cavere nemo potest bildeten ».

⁽¹¹⁾ U. MÜLLER, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter*, Kohlhammer 1969, p. 44 ss., il quale argomenta da episodi relativi alla vita e alla posizione politica di Martino la sua totale fedeltà all'idea che unico diritto possibile fosse quello romano: « Diese beiden Faktoren, nämlich die Zugehörigkeit zur ghibellinischen Partei und die Teilnahme am Ronkalischen Reichstag, rechtfertigen die Schlussfolgerung, dass Martinus in besonders starkem Masse der Romidee verhaftet gewesen sein muss, die bekanntlich das Corpus Iuris zum Recht der menschlichen Rechtsgemeinschaft schlechthin erhoben hatte ». È quasi privilegio della storiografia tedesca avvalersi del concetto di Romidee per farne derivare tutto ed il contrario di tutto. È così che il Müller, dopo aver enunciato la scelta di campo metodologico di Martino, è costretto a concludere che: « Wenn er gleichwohl vom Prinzip des "alteri stipulari nemo potest" in so starkem Masse abwich, dann müssen schwerwiegende Gründe ihn zu diesem Schritt bewogen haben ».

⁽¹²⁾ Il Müller attribuisce a Martino il tentativo di limitare la portata del divieto romano all'area definita dallo *ius scriptum*, laddove il suo superamento avverrebbe sulla più ampia nozione di *ius aequum scriptum*. Così facendo, tuttavia, non si dà compiutamente ragione della generalità della regola martiniana, né del come tale architettura possa basarsi sulla propensione per le soluzioni equitative propria di questo autore. La figura di Martino ci è in realtà tramandata in modo controverso se, al dire di Azone, « Martinus inhaerebat literae tamquam iudaeus » (*Lectura Codicis*, ed. parigi 1581, in C.7,51,2). Per superare questo ostacolo, il Müller attribuisce ad Azone e a Odofredo la volontà di tratteggiare dei lineamenti di comodo, asserviti ad un attacco di pura natura polemica, ma senza poterne indicare i motivi.

dalle scarse fonti. L'eterno contraddittore del Gosia non esclude l'azione utile al terzo, ma sembra ammetterla tutte le volte in cui essa sia stata oggetto di espressa pattuizione tra lo stipulante e il promittente. Il testo romano, in altri termini, non ammetterebbe l'azione utile del terzo come effetto naturale di una stipulazione cui è estraneo, ma l'ammetterebbe tuttavia come effetto contrattuale ove specificamente voluto tra le parti ⁽¹³⁾. Soprattutto, è da notare come questa tesi si basi su una lettura del § *alteri* centrata sul dato dell'interesse dello stipulante a che il promittente adempia a una prestazione in favore del terzo.

Questo interesse è dato per definizione nel caso del padre che stipula per il figlio, del tutore che stipula per il pupillo e del procuratore che stipula per il *dominus*, ma nulla vieta, secondo Bulgaro, di poterlo reperire in concreto in altri casi, partendo dal presupposto che il testo contiene molte fattispecie che sembrano fare eccezione al principio di relatività degli effetti contrattuali ⁽¹⁴⁾. L'ipotesi normale di validità della stipulazione a favore di terzo è dunque quella in cui lo stipulante abbia un interesse proprio ad attribuire l'effetto del contratto a un soggetto estraneo alla sua conclusione. Tale interesse legittima lo stipulante ad un'azione diretta verso il promittente: nulla vieta una lettura equitativa che attribuisca la stessa azione in forma utile direttamente al terzo.

2. *Lo schema tripartito. Una prima analisi.*

L'ipotesi che la stipulazione a favore di terzo sia valida tutte le volte in cui sia presente un interesse dello stipulante sarà il fondamento delle dottrine dei Glossatori da Azzone a Accursio, e non sarà mai contrastata nello sviluppo del diritto comune. Le opinioni di

⁽¹³⁾ Per come appare anche dal modo in cui la glossa *nihil agit* al § *si quis alii tit. de inutilibus stipulationibus* delle Istituzioni: « Sed Martinus dicebat, hoc casus facere regulam: et si quis casus esset contra illud, speciale esse ». Glossa *nihil agit, ad Institutiones Justiniani tit. de inutilibus stipulationibus* (I.3,20,4).

⁽¹⁴⁾ « Nec paciscendo et cet. Hoc regulariter. Sed quia frequens est, aliquid extra regulam inveniri, alteri cum effectu pacisceris, quando tua intersit, ut procuratori tuo et creditori tuo, te tamen, illis non agentibus. ». BULGARO, *Ad digestorum titulos de diversis regulis iuris antiqui commentarius (et Placentini ad eum additiones sive exceptiones)*, ed. BECKHAUS, Bonn, 1861.

questi autori si fondano su una rappresentazione del fenomeno contrattuale assai diversa da quella dei giuristi precedenti. La differenza fondamentale è, ovviamente, nell'architettura dei *vestimenta*, la rappresentazione della struttura contrattuale attraverso l'individuazione di un nucleo comune, dato dall'accordo fra le parti, e il momento di qualificazione che è in grado di provvedere solo taluni accordi di tutela giuridica autonoma sul piano civile. La razionalizzazione dei *vestimenta* non è in grado di giustificare la stipulazione a favore di terzo solo sul piano genetico della fattispecie. Da una parte, non si può ricostruire nell'interesse un *vestmentum*, poiché questo elemento non si comprende nel catalogo dei momenti di qualificazione dell'accordo, che nella visione di Glossatori è sempre un insieme finito, chiuso da quella valvola di sicurezza del sistema che è il *vestmentum* dell'*auxilium legis*. Dall'altra, la stipulazione a favore di terzo dovrebbe essere un contratto vestito *verbis*, al pari di qualsiasi altra *stipulatio*: la presenza dell'interesse dello stipulante non dovrebbe logicamente operare nel provvedere di qualificazione un patto che di sé è già vestito, ma provvederlo di quella utilità che esso non ha, stante l'esplicito divieto del testo romano. Più in radice, lo strumento dei *vestimenta pactorum* non sarebbe in sé in grado di superare il principio di relatività degli effetti contrattuali, atteso che il *vestmentum* fa comunque parte di una dichiarazione che, come tale, deve valere solo tra le parti ⁽¹⁵⁾.

In linea di principio, pertanto, l'accordo con cui una parte promette all'altra di effettuare una prestazione al terzo non potrebbe valere sul piano della pura normatività naturale dell'accordo e, pertanto, non potrebbe esistere un momento di qualificazione autonomo che lo renda azionabile sul piano della tutela giuridica coattiva ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ « Quid ergo si ab altero, sed non alteri nostrum sit dandum? hoc est quod vulgo dicunt, Pactus sum tecum alteri dari: utique pactum erit, licet quandoque utile, quandoque inutile, sit agendum...cum mea interest, secundum Ioannem... ». AZONE, *Summa Codicis*, cit. *de pactis*. Cfr. anche la Glossa in *idem*, ad l. *Huius edicti ff. de pactis*: « ...et dicunt quidam non esse pactum: quia non est ei cautum, cui sum pactus...et ita cum agere non potest: non habet ea quae sunt pacti vestiti. Item nec solui ei potest: quia non est ei adiectus: et sic non liberatur quis, si mihi tenebatur: et sic non habet ea, quae sunt nudi...sed Ioan. dixit esse pactum, quod est verum. »

⁽¹⁶⁾ « ...hoc tamen iniquum videtur (scilicet ut si dicatur pactum) cum mea non interesset ei dari cui pactus sum. Si nudum pactum est: ergo aliqua saltem naturalis nata

La sostituzione degli effetti del negozio non può essere recuperata quindi altro che sul piano funzionale: l'elemento dell'interesse vale a qualificare l'azione che lo stipulante può rivolgere contro il promittente inadempiente. L'interesse, in altri termini, non rileva come fatto costitutivo della fattispecie del contratto, ma della diversa fattispecie dell'azione che dal contratto risulta: lo stipulante, ove ha un interesse proprio a che sia dato al terzo, agisce *ad interesse*, chiedendo che il promittente non venga condannato in forma specifica o per equivalente alla prestazione che egli doveva fare al terzo, ma al risarcimento di tutto il danno che questo inadempimento gli ha prodotto ⁽¹⁷⁾.

È un'opera di traslazione semantica: l'interesse che il testo romano vede come elemento estrinseco alla fattispecie della stipu-

est obligatio ei cui pactus sum: sed ei solui non potest, ut ff. de verb. obl. l. eum qui ita § qui sibi. ergo non est nulla quaesita sibi obligatio, cum maior sit et sanae mentis: nec sit obligatio mutata: nam et lex dicit ei non esse cautum...Praeterea mihi non est quaesita, quia nec mihi dari volui, sed nec ei, cui non potui. Nam nudum pactum hoc habet, ut naturalem obligationem inducat: cum ergo non operetur, quae pacti nudi sunt, nec ea, quae vestiti sunt, constat quod nudum pactum est nec vestitum, ergo nullum. ». AZONE, *Summa Codicis*, cit. nn. 1-2. Azone fa qui riferimento alla l. *Eum qui ita ff. de verborum obligationibus*, ove si afferma la possibilità di *adiicere aliquem ad solutionem* e si ribadisce il divieto di fare altrettanto *ad obligationem*. Da ciò deriva che non è possibile scorgere un'obbligazione nata originariamente per il terzo, né di vedere in tale *pactum* il momento novativo di una precedente fattispecie, poiché ci si scontra comunque con la struttura del *pactum* stesso, che non appare attribuire alcuna posizione soggettiva al terzo. Il punto è quello della coerenza dei *verba* ad indicare la posizione soggettiva del terzo e quindi, in ultima analisi, lo stesso contenuto normativo della statuizione: essa non è in grado di assicurare la prestazione allo stipulante, poiché non è questa la sua volontà; lo è ancor meno ad attribuirlo al terzo, stante il divieto che risulta dalla legge. La conclusione di Azone è che questa fattispecie, non potendo essere vista come *pactum nudum*, in virtù di tale somma di motivi, né tanpoco essere ricompresa tra i *pacta vestita*, è in realtà qualcosa di assolutamente indifferente per il diritto, ma il suo argomentare, se nega per principio l'esistenza di un diverso *alteri stipulari*, non esclude l'esistenza di ipotesi di stipulazione a favore di terzo.

(17) « Si tamen stipuler alteri dari, cui dari mea interest, stipulatio tenet ad hoc, ut agere possim ex ea: non ut agere possit ille, cui erit dandum, vel faciendum, ut infra de donationibus l. cum res ut ecce, stipulor dari creditoribus meo decem, vel procuratori, vel curatoribus, vel similibus personis, ut ff. de ver. obl. l. stipulatio ista et § si stipuler et § si quis insulam, vel loco opus faciendum, quod ego conduxi: et ex prioribus ex ea stipulationem (licet contineat donationem, et non factum) ad interesse, ut ff. de ver. obl. l. liber homo § ult. Quod est notabile ». AZONE, *Summa Codicis*, tit. de inutilibus stipulationibus.

lazione a favore di terzo, un puro elemento di fatto — dato ad esempio dalla circostanza che lo stipulante è debitore del terzo — diventa in Azone elemento della funzione del contratto che, se non trova spazio negli elementi costitutivi dello stesso, pure deve trovarlo nella valutazione che di questo contratto sarà data dal giudice. La differenza tra piano dell'obbligazione e piano dell'azione nell'analisi della struttura contrattuale è il presupposto su cui si basa del resto l'architettura dei *vestimenta*, ove la struttura del contratto — fatta dell'accordo e del momento di qualificazione — si traduce in azioni diverse, e valga per tutti l'esempio della differenza tra *condictio certi* e *actio ex stipulatu*, che pure derivano dallo stesso contratto.

Nel caso della stipulazione a favore di terzo, la struttura genetica del contratto non può essere concepita in altro modo che come negozio obbligatorio del promittente verso lo stipulante. La struttura dell'azione derivante è in grado di tutelare l'obbligo di dare a un terzo perché essa comprende tutto ciò che serve allo stipulante per essere tenuto indenne dalla responsabilità cui andrebbe incontro verso il terzo. Questo dato si fa strutturale nel momento in cui condiziona la dichiarazione dello stipulante, i *verba* da cui dipende la qualificazione dell'accordo.

Un contratto in cui lo stipulante chieda al promittente di obbligarsi direttamente verso il terzo è pertanto una stipulazione invalida — fuori dai casi espressamente descritti dal testo romano, il padre che stipula per il figlio, ad esempio — perché il promittente dovrebbe costituirsi direttamente responsabile verso il terzo per un interesse della parte con cui sta chiudendo il negozio. La formulazione valida della *sponsio* è solo quella in cui il promittente si obbliga direttamente verso lo stipulante a adempiere la sua obbligazione al terzo ⁽¹⁸⁾.

Nell'ipotesi ordinaria di contratto a favore di terzo, l'azione

⁽¹⁸⁾ « Secus dico in procuratoribus si paciscantur domini ut in ea l. § Iulianus. Ex stipulatione tamen mei procuratoris praesentis concepta in personam suam datur mihi utilis actio ut ff. de verb. obl. l. si procuratori praesentis. Si autem esset concepta in personam domini, nulla esset stipulatio omnino, ut si ita dicat, promittis domino meo x vel promittis procuratori meo decem? Secus, si concipiam in personam meam: puta ita, promittis mihi, quod dabis illi rem? Tunc agam ex ea, et ad interesse, si mea intersit illud dari ». AZONE, *ibidem*.

appartiene così in forma diretta solo allo stipulante, mentre un'azione diretta al terzo potrà esistere solo nei casi espressamente previsti dal testo romano ⁽¹⁹⁾. Un'ipotesi di azione utile può essere ricavata al terzo solo per il caso in cui difetti, nella fase di esecuzione del contratto, quell'elemento che vi aveva dato giustificazione nella fase della sua formazione ⁽²⁰⁾.

Questa tesi precipita integralmente nella Glossa Magna, in cui una stipulazione a favore di terzo è generalmente valida tutte le volte in cui esista un interesse dello stipulante ⁽²¹⁾, sul quale questi possa fondare la propria domanda in giudizio, agire cioè *ad interesse* ⁽²²⁾. L'azione spetterà esclusivamente allo stipulante, e la *formula sponsonis* dovrà dirigersi nella sua persona, salvi i casi espressamente previsti dal testo romano ⁽²³⁾.

⁽¹⁹⁾ « In casu tamen ex mea stipulatione experitur ille, cui dari pactus sum: ut si tutor pupillo suo, vel curator furioso, vel actor universitati sit pactus ut ff. de const. pec. l. eum qui § pe. ». AZONE, *ibidem*.

⁽²⁰⁾ È il caso della stipulazione del *procurator*. Un testo del Corpus iuris, relativo all'azione institoria, afferma che il *dominus* ha azione diretta per l'adempimento del contratto posto in essere dal suo procuratore lui presente. Un'azione utile del terzo viene quindi individuata da Azzone solo nel caso in cui, stipulato il contratto dal procuratore in assenza del *dominus*, il procuratore abbia cessato di essere tale al momento in cui il contratto debba essere eseguito. In questo caso, l'azione si sarebbe prodotta in forma diretta nella persona del procuratore stipulante ma questo, per morte o altra causa, non può più chiedere l'adempimento, che potrà essere richiesto al giudice dal *dominus*, terzo rispetto la situazione, utilizzando nella forma utile l'azione diretta originariamente spettante allo stipulante. « Item ex stipulatione mei procuratoris absentis datur mihi utilis actio illo non existente solvendo ut ff. de institoria actione l. prima, forte et in praetoriis, vel iudicialibus stipulationibus datur etiam illo existente solvendo, ut ff. de praeto. stipu l. in omnibus. ». AZONE, *Summa Codicis, de inutilibus stipulationibus*.

⁽²¹⁾ Glossa *nihil interest mea ad l. Stipulatio ista § alteri*: « Nihil interest mea. Et si quandoque interest, tunc valet.. ».

⁽²²⁾ Glossa *vires habebit ad l. Stipulatio ista § alteri*: « vires habebit. Et agam ex huiusmodi stipulatione ad interesse, licet dationem contineat: ut infra eodem l. liber homo § finalis. ».

⁽²³⁾ Glossa *fieri ad l. Stipulatio ista § alteri*: « Fieri. Per haec verba: promittis mihi quod dabis vel facies illi? Et sic expone sequentia exempla, sic ergo conceptis verbis agam si mea interest: non autem ille aget cui stipulatus sum...sed si dixissem, promittis illi haec? Prorsus est inutilis, etiam si mea interesset secundum Azo et Hugo quia nullum verbum hic ponitur per quod videatur mihi quod quaeri, nisi in tutore pupilli, et in curatore furiosi, et actore universitatis....in casibus tamen per procuratorem quaeritur actio..Accursius. ».

3. *Il fulcro dello schema: id quod interest.*

È in questo modo che la stipulazione a favore di terzo viene ricostruita su uno schema tripartito, in cui l'adempimento del promittente estingue due obbligazioni: quella del promittente verso lo stipulante e quella, presupposta, dello stipulante nei confronti del terzo. Il fulcro di questa costruzione è nel leggere il dato dell'interesse, posto dal testo romano a sola giustificazione del divieto di *alteri stipulari*, come requisito di validità della stipulazione in funzione dell'azione che essa produce, e a definirlo come responsabilità in *id quod interest stipulantis* del promittente.

Dietro questa evoluzione dogmatica vi è una nuova concezione dell'*id quod interest*.

L'*id quod interest* rappresenta, per il tardo diritto romano, il criterio di commisurazione del risarcimento del danno, derivi esso da illecito contrattuale o extracontrattuale ⁽²⁴⁾. Nel Corpus iuris il tema è trattato in una costituzione giustinianea che fornisce la *lex unica* del titolo *de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*, emanata, per come l'inizio ha cura di precisare, per sciogliere i molti dubbi e le molte contrarietà che si erano creati fino a quel momento. Il risarcimento in *id quod interest* dovrebbe tenere indenne l'attore dal pregiudizio patrimoniale subito in seguito ad un'azione dolosa come colposa, e coprire tanto il danno emergente che il lucro cessante ⁽²⁵⁾.

L'*incipit* del testo esplicita il proposito di Giustiniano di togliere spazio al grande profluvio di opinioni discordanti che si erano avute nel tempo su questo argomento ⁽²⁶⁾. Egli cerca di conseguire questo scopo nel modo più semplice, attraverso la posizione di un limite

⁽²⁴⁾ Cfr. per il diritto romano E. BETTI, *Id quod interest* in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, Torino 1962 e D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum romischen Recht des Schadensersatzes*, Köln-Graz, Bohlau, 1962.

⁽²⁵⁾ Il testo romano riporta come il concetto di *id quod interest* sia stato isolato proprio a partire dal lucro cessante: « Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio: quia ex eo veteres id, quod interest, statuerunt ». (C. 7, 47, 1).

⁽²⁶⁾ « Cum pro eo quod interest, dubitationes antiquae in infinitum productae sint: melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem, prout possibile est in angustum coartare ». L. *Cum pro eo*, C. *de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*. (C. 7, 47, 1).

massimo alla pretesa risarcitoria: in tutti i casi in cui possa essere riconosciuta *ex ante* una certa *quantitas*, il risarcimento non potrà superare il doppio del valore di questa ⁽²⁷⁾.

Fra i casi dotati di una *certa quantitas* sono, per espressa menzione della costituzione giustiniana, tutti i contratti. Regola diversa vale per quelle ipotesi in cui non sia possibile una predeterminazione del danno: in questo caso il giudice deve rappresentare il danno patito dal soggetto *in re vera*, indagando con ogni mezzo la reale portata del pregiudizio subito dall'attore, senza alcun limite legale ⁽²⁸⁾.

I principi e le categorie che la norma positiva dissemina nel breve testo della l. *Cum pro eo quod interest*, per come ad essa si riferiranno sempre i maestri del diritto comune classico, forniranno loro materia per un sistema di concetti elaborato e distantissimo da quella lontana premessa. L'*id quod interest* diverrà uno dei pilastri del diritto comune, momento nel quale rappresentare istituti inospettati al diritto romano classico come al tardo antico. La struttura del contratto e la tipizzazione delle possibili prestazioni oggetto di un rapporto obbligatorio; l'alternatività tra domande giudiziali, la liceità di una predeterminazione consensuale del risarcimento: tutti argomenti ignoti all'esperienza giuridica romana e al contrario centrali per quella del medioevo sapienziale, che se ne servirà per costruire una delle sue tecniche più originali, il risarcimento sanzionatorio per equivalente dell'inadempimento contrattuale.

3.1. *L'id quod interest nei primi Glossatori.*

Possiamo però verificare agevolmente come ai Glossatori più antichi appartenga una concezione dell'*id quod interest* opposta a quella che si afferma nelle voci più tarde. Il problema su cui si

⁽²⁷⁾ «Sancimus itaque in omnibus casibus qui certam habent quantitatem, vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere.». C. 7, 47, 1, cit.

⁽²⁸⁾ «In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt per suam subtilitatem requirere, ut hoc, quod re vera inducitur, damnum hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat». C. 7, 47, 1, cit.

concentra l'attenzione dei primi è quello delle azioni che implicano, per diritto romano, una condanna in equivalente monetario pur dinanzi all'obbligo di consegna di una cosa specifica. È il caso, innanzitutto, della compravendita che, non essendo per diritto romano un negozio reitraslativo, implica la possibilità per il venditore inadempiente di liberarsi pagando una somma di danaro, quindi — in via di principio — risolvendo il contratto in danno del compratore. La commisurazione *in id quod interest* della condanna in equivalente era ovviamente il modo principale per evitare una situazione sostanzialmente fraudolenta, in cui il compratore avrebbe potuto legittimamente essere privato della disponibilità del bene sul quale aveva contato con la vendita.

Questa tesi era quanto di più alieno si potesse immaginare per la cultura giuridica medievale, sotto due profili. Il primo era ovviamente quello della inefficacia della compravendita a trasferire la proprietà, incomprensibile in un'età caratterizzata dalla pluralità dei *dominia* e quindi dalla molteplicità dei titoli costitutivi del diritto sul bene. Il secondo era dato dall'*aequitas*, che impediva di considerare conforme al diritto la possibilità del debitore di liberarsi provocando una risoluzione unilaterale del contratto col proprio inadempimento, e non chiedendolo in virtù del precedente adempimento di controparte.

Non stupisce pertanto che le fonti riportino anche qui una disputa tra Bulgaro e Martino ⁽²⁹⁾, con quest'ultimo che sostiene che il venditore può essere condannato in forma specifica alla consegna della cosa venduta, intendendo l'obbligo del venditore a *tradere rem* come sovraordinato rispetto a quello a prestare l'*id quod interest* ⁽³⁰⁾. Per Martino, il venditore sarebbe tenuto in via principale al trasferimento della cosa, e solo se questa perisce, o comunque manca la possibilità di trasferirla, egli potrebbe liberarsi prestando l'*id quod*

⁽²⁹⁾ « Titius vendidit Seio equum. Queritur utrum precise teneatur ad rem tradendam, necne. Bulgarus, Ugo dicunt quod non tenetur emptor precise ad rem tradendam. Martinus, contra. ». *Quaestiones Dominorum Bononiensium, Collectio Parisiensis*, n. 95, ed. G.B. PALMIERI, *Bibliotheca iuridica Medii Aevi*, I, 1913, p. 252.

⁽³⁰⁾ « Dissentit Martinus ab omnibus: utrum venditor teneatur praecise ad rem tradendam, quam vendidit? Et dicit: quoniam, quum res exstat et possibilitas tradendi, cogitur venditor rem tradere, nec est audiendus volens interesse praestare. ». *Dissensiones Dominorum, Vetus collectio* q. 60, ed. HAENEL.

interest. Un'opinione che si basa soprattutto sulla natura di contratto di buona fede dell'*emptio venditio*, la cui tutela si estende naturalmente a tutto quanto può essere ricompreso nel contenuto obbligatorio tipico del negozio ⁽³¹⁾.

Martino costruisce la sua tesi su un'analisi puramente terminologica del testo romano, che conduce a una concezione della compravendita come centrata sull'obbligo qualificante della *traditio rei* ⁽³²⁾. La tesi contraria parla di un'alternatività tra l'obbligo al trasferimento della cosa venduta e il pagamento dell'equivalente, fondandola su altri testi del *Corpus iuris*, da cui questa realtà sembra emergere con maggiore nettezza.

L'elemento che, secondo Martino, dovrebbe fare propendere per la sua tesi è integralmente basato sull'*aequitas* ⁽³³⁾. La necessità della *traditio rei* è l'unica soluzione che rispetti l'*aequitas* del contratto di compravendita. In funzione di questo presupposto, il giurista interpreta le varie *leges*, ravvisando in termini generici e di uso comune un significato che essi non avevano per diritto romano ⁽³⁴⁾.

⁽³¹⁾ La *l. ex empto*, ff. de actionibus empti et venditi (D. 19, 1, 11) è chiara nel dire che l'*actio empti* deve estendersi, in assenza di espressa convenzione tra le parti, a tutte quelle cose « quae naturaliter insunt huius iudicii potestate. Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est, tradere ».

⁽³²⁾ « ...quod verbum, scilicet "oportet", dicit, in se necessitatem talem habere, ut, quum res exstat et tradi potest, cogetur omnimodo venditor rem praestare ». *Dissensiones Dominorum*, *Vetus collectio* q. 60, cit.

⁽³³⁾ « Quaerit etiam Martinus, si panem vendideris, te non tradente mihi mortuo fame, quod interesse poterit praestari? ». *Dissensiones Dominorum*, *Vetus collectio* q. 60, cit. Su questo testo cfr. H. DILCHER, « Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtstheorie », ZSS — R.A., 1961, p. 288. L'argomento si ritrova in altre *quaestiones*, cfr., ad esempio, le *Dissensiones Dominorum*, q. 109, cit. Altre notazioni in T. REPGEN, *Vertragstreue und Erfindungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1994, p. 53-57.

⁽³⁴⁾ La *l. si quis rem alienam* impone ad esempio a chi abbia venduto la cosa altrui di *implere venditionem* nel caso ne sia divenuto proprietario nel frattempo (« Si quis alienam rem vendiderit, et medio tempore haeres domino extiterit: cogetur implere venditionem ». D. 19, 1, 47 [46]). Al pari dell'« oportet » della *l. ex empto*, anche all'« implere » della *l. si quis rem alienam* viene attribuito un significato non sulla base di un'interpretazione correlata ad altre *leges* — tipico metodo dei Glossatori — ma in virtù di una scelta compiuta a priori in favore della preminenza dell'obbligo a *tradere rem*. L'apparato testuale di riferimento viene così costruito in autonomia da Martino e

L'opinione contraria costruisce un diverso apparato, fondato in un argomento testuale eguale e contrario, ricavato da tutti quegli altri testi in cui l'obbligo alla *rei traditio* viene descritto come alternativo a quello alla condanna in equivalente commisurata sull'*id quod interest* ⁽³⁵⁾. Il nucleo dell'opinione contraria alle tesi martiniane risiede nel vedere la condanna in equivalente come determinata causalmente dall'inadempimento della prestazione principale. Per questa opinione, la *rei traditio* non è meno *necessaria* se costruita in alternatività all'obbligo di corrispondere un equivalente *in id quod interest*. Non si tratterà di un obbligo assoluto, bensì di un obbligo condizionale. Ciò non ne fa tuttavia un obbligo meno vincolante per il venditore, e non lede pertanto le ragioni dell'*aequitas pacti* ⁽³⁶⁾.

Una metodologia sterile, che difatti non riuscirà a protrarsi oltre i primi Glossatori. Se ne ha dimostrazione in Pillio da Medicina, anch'egli teorizzatore della tesi della cogenza della *rei traditio* nella vendita, che assume integralmente l'apparato tradizionale dell'opinione martiniana, senza riuscire ad estenderne i confini ⁽³⁷⁾. Il

dai seguaci della sua tesi, per come si evince da una *Dissensio* della *Collectio Hugolinii*: «...et ex multiis aliis et quia alias obligatus sit venditor ad rem tradendam, non dicit, eum posse liberari praestando interesse» (*Dissensiones Dominorum*, q. 109, cit.). Un testo molto utilizzato a questi fini è il paragrafo *perficiuntur* del titolo delle Istituzioni dedicato alla donazione, che costruisce questa come autonomo tipo contrattuale provvisto dell'obbligo di trasferire la cosa «ad exemplum venditionis»: «Et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit: ut etiam si non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donatori.» (I. 2, 7, 2).

⁽³⁵⁾ Oltre alla *l. si res vendita* si presta a questo scopo anche la stessa *l. ex empto*, fulcro dell'architettura martiniana. Essa, nel suo paragrafo finale, ribadisce che il venditore inadempiente quanto alla *rei traditio* viene condannato *in id quod interest*. La serie si estende alla citazione di molte altre *leges* che confermano tutte l'alternatività fra le due obbligazioni. Per una puntualissima topologia dei luoghi che ricostruiscono la dottrina di questo autore, cfr. T. REPGEN, *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, cit. p. 66-68.

⁽³⁶⁾ «...nec illud oportet continet necessitatem absolutam, sed caussativam significat, veluti: servum oportet accusare interfectorem domini sui, si velit libertatem obtinere... idem dicitur de venditore, quod oportet eum rem tradere, si nolit interesse praestare...». *Dissensiones Dominorum per Domino Hugolini*, q. 109, cit.

⁽³⁷⁾ «Secundo quia in lege aperte dicitur oportere venditorem rem tradere, quam vendidit, ut ff. de actionibus empti 1. ex empto et 1. si alias et institutiones de

ragionamento martiniano viene così circondato di ulteriori considerazioni, che vanno dalla non unilateralità della *datio in solutum* ⁽³⁸⁾ alla eccessiva difficoltà di quantificare l'*id quod interest*, che potrebbe offrire occasioni fraudolente ai venditori ⁽³⁹⁾. Tutti argomenti esterni rispetto alla definizione della struttura dell'obbligazione *in id quod interest*, e che si risolvono in altrettante declinazioni di un'*aequitas rudis*. La tesi di Pillio non scalfisce questo problema, limitandosi a valutare la maggiore o minore *aequitas* di una soluzione a fronte di un'altra ⁽⁴⁰⁾.

Adoperata in tal modo, l'*aequitas* è in realtà uno strumento meta-interpretativo, un elemento fatto per dimostrare a posteriori un assunto, più che per definire una regola. Esso permea di sé ogni valutazione possibile sul contratto di compravendita che, per essere sede di obbligazioni reciproche tra le parti, richiede che taluna sia vincolata ad eseguire esattamente quanto convenuto. Ammettere che il venditore possa liberarsi per equivalente comporterebbe, secondo Pillio, il grave squilibrio tra le posizioni delle parti, atteso che il compratore potrebbe a quel punto avere solo la restituzione di quanto pagato, non il bene della vita che egli si riprometteva di conseguire con l'acquisto della cosa pattuita ⁽⁴¹⁾.

donationibus § perficiuntur, si ergo necesse habet, rem tradere: ita quod velit, nolit, tradere cogitur, quinimmo manu militari debet ab eo auferri ut ff. de rei vindicatione l. qui restituere. ». PILLIO, *Quaestiones aureae*, ed. Roma 1560 q. 116. Un'approfondita analisi degli argomenti di questo autore viene condotta dal REGEN, *Vertragstreue und Erfüllungszwang*, cit., p. 57-62.

⁽³⁸⁾ « In primis quia rem, quam vendidit, debet tradere venditor ergo aliud prestando pro ea liberari non potuit... ». PILLIO, *ibidem*.

⁽³⁹⁾ « Tertio quia venditoribus daretur occasio malignandi compellendo emptores ad difficilem interesse probationem, igitur ad rei traditionem debet praecise condemnari. ». PILLIO, *ibidem*.

⁽⁴⁰⁾ « Quinto aequitas naturalis, et praetoris autoritas, quae legitime conventa tuetur, quemlibet urgere debet ad placitorum obsequium, quia grave est fidem fallere ». PILLIO, *ibidem*.

⁽⁴¹⁾ « Sexto contractus perfectissime colligati altero contrahentium invito est vinculum indissolubile, numquam enim post contractum licitum est nolle, quod voluit, at in contrahendo rem sibi tradere placuit, nam eam vendidit, ergo amplius nolle hoc non poterit, condemnandus est ergo ut tradat, argumenta C. de actionibus et obligationibus l. sicut... ». PILLIO, *ibidem*.

3.2. *Primi tentativi di definizione organica dell'id quod interest.*

Per avere un primo tentativo di definizione occorre guardare alle opere immediatamente successive alla generazione dei primi maestri, e solo a quelle che rifiutano la tesi martiniana. Tra queste, la *Summa Codicis Trecensis*, che analizza il problema attraverso una serie di *distinctiones* ⁽⁴²⁾. Si può immediatamente notare l'alto grado di autonomia di tale dottrina nei confronti del testo romano. Questo organizzava la sua esposizione del concetto esclusivamente attorno alla distinzione tra contratti recanti una *quantitas certa* e contratti caratterizzati al contrario da una *quantitas incerta*. Uno spunto totalmente ignorato dalla *Summa Trecensis*, come anche dalla dottrina della *Summa Codicis* di Rogerio, il cui titolo *de interesse* non presenta alcuna significativa differenza.

La *Summa Trecensis* opera così una prima distinzione autonoma, quella tra interesse *circa rem* e *extra rem*, sulla quale affronta il punto della quantificazione del risarcimento. Le due tipologie di *id quod interest* illustrano due criteri di valutazione che possono anche presentarsi insieme nella stessa ipotesi concreta.

La determinazione *circa rem* procede dal valore attuale della cosa ⁽⁴³⁾: esso è il risarcimento che spetta al soggetto che ha subito

⁽⁴²⁾ « De eo quod interest sepius quaesistis vivaque voce rogastis, qualiter in omnibus sit prestandum. rescripsimusque vobis quandoque circa rem, quandoque extra rem esse spectandum. Item quandoque loco rei, quandoque loco poenae succedit. item aliter in bonae fidei iudiciis, aliter in stricti iuris seu in arbitrariis iudiciis, aliterque in maleficiis, item aliter in lucro, aliter in dampno, aliterque ex conventionem de eo habita, aliter ex natura accionis exstimandum ». *Summa Trecensis*, VII, 31, *de interesse* n. 1. Egale l'apparato di Rogerio e così quello che si ritrova in vari testi dell'epoca. Si confronti, ad esempio, Ms. Napoli Brancaccio IV D 4, fol. 50 ra, una *distinctio* che, pur non esplicitamente siglata, si trova incastonata in un insieme di letture di Giovanni Bassiano: « Interesse divido circa rem [...] spectandum est. Item quandoque loco rei, quandoque loco pene succ[edit...] aliter in bonae fidei aliter in stricti iuris seu arbitrariis. aliter in maleficiis. Item aliter in lucro aliter in dampno. Aliter in conventionem de eo habita, aliter ex natura accionis estimandum est. ».

⁽⁴³⁾ « Circa rem id quod interest spectatur: veluti si vinum vel equus minimo pretio distractus est, verbi gratia decem, et postea maioris pretii, veluti quinquaginta, efficiatur, id omne prestandum est, quoniam saltem hodie dandum est: si enim datum esset, id omne emptor habiturus esset...ideoque omnes utilitates quae circa rem consistunt dicimus esse prestandas ». *Summa Trecensis*, VII, 31, *de interesse*, cit. n. 2. Cfr. anche Ms. Napoli Brancaccio IV D 4, fol. 50 ra: « Circa rem id quod interest spectandum est

l'inadempimento, per essere stato privato del valore che la cosa avrebbe attualmente. L'interesse *circa rem* esprime così l'esigenza di tenere indenne il soggetto che ha subito le conseguenze del perimento, della sottrazione o della mancata prestazione della cosa dalle fluttuazioni del suo valore mercuriale. La prospettiva di tutela è tutta spostata in questo caso sul danno emergente. La valutazione *extra rem* dell'*id quod interest* riguarda invece il lucro cessante ⁽⁴⁴⁾. In ossequio a quel principio di certezza nella determinazione del risarcimento che è alla base della costituzione fondamentale espresso dalla costituzione giustiniana, finalizzato a dare una valutazione il più possibile certa all'*id quod interest*, la *Summa* esclude dalla quantificazione del risarcimento ogni riferimento al lucro, in quanto fatto incerto, per riportare la determinazione dell'interesse sul terreno oggettivo del prezzo ⁽⁴⁵⁾.

La distinzione basata sulla *certa quantitas* scompare pertanto all'interno di una diversa razionalizzazione, frutto autonomo del giurista medievale, che si fonda sulle modalità di valutazione del risarcimento. Lo stesso vale per la seconda *distinctio* che si ritrova nella *Summa Trecensis*, tra interesse valutato *loco rei* e *loco poenae*.

Ancora una volta, non ci troviamo di fronte a due tipi diversi di *id quod interest*, ma a due campi di ipotesi in cui questo può realizzarsi. La distinzione fra queste due diverse aree di significato non corrisponde a nessun criterio sistematico, ma è isolata a partire da taluni casi indicati dal testo romano. L'*id quod interest* si realizza *loco rei* quando si sostituisce alla cosa oggetto dell'obbligazione nel caso in cui l'alternatività con la prestazione principale risulti dalla

veluti si vinum vel equus minimo differtur pretio scilicet decem et pacto efficiatur maioris pretii...omne interesse prestandum est quia hodie saltem dandum est si non datum esset... ».

⁽⁴⁴⁾ « Extra rem: veluti si emptor ex vino vel frumento negotiari potuit vel familia eius fame necata est, venditore moram faciente non lucrum vel familiae dampnum debet existimari, set verum ipsius rei pretium quae distracta est aestimandum. ». *Summa Trecensis*, VII, 31, *de interesse*, cit. n. 3.

⁽⁴⁵⁾ La stessa esigenza si realizza allorché l'illecito si verifichi a carico di un'obbligazione pecuniaria: « item si emptor in pretio solvendo moram adhibuit, non lucrum quod ex negotiatione venditor facere potuit, set usuras tantum prestare debet ». *Summa Trecensis*, VII, 31, *de interesse*, cit. n. 3.

struttura del contratto ⁽⁴⁶⁾. In questa prospettiva, esso deve tenere indenne colui che aveva diritto a una data prestazione non solo dall'inadempimento totale del debitore, ma anche dal cattivo o ritardato adempimento della stessa.

L'*id quod interest* si realizza invece *loco poenae* quando è chiamato a tenere indenne il creditore da un danno che il debitore inadempiente non conosceva né poteva conoscere, ma che pure si è prodotto a causa della sua condotta illecita ⁽⁴⁷⁾. Nel caso in cui il creditore avesse già rivenduto ad altri il bene che avrebbe dovuto essergli trasferito dal debitore inadempiente, questi dovrebbe rispondere anche di questo pregiudizio.

È agevole notare che queste ipotesi non sono in alcun modo correlabili con quelle contenute nella distinzione precedente. L'unico punto in comune tra di loro è nel fenomeno della sostituzione dell'*id quod interest* alla prestazione originariamente convenuta: stabilire che l'*id quod interest* intervenga *loco rei* o *loco poenae* è il frutto di un giudizio del tutto indipendente alla questione se sia *circa* o *extra rem*, ma in entrambi i casi esso deve essere calcolato sul valore che la prestazione principale aveva per il creditore inadempiente ⁽⁴⁸⁾.

Accanto a questi criteri isolati in via del tutto autonoma rispetto al testo romano, la *Summa Trecensis* ne usa anche un terzo, ricavato a partire da una delle più classiche categorie romanistiche: la

⁽⁴⁶⁾ «Loco rei succedit, veluti si carnem vendidisti et hanc die placito non exhibuisti: teneris enim iam non ad ipsam rem tradendam, set ad id quod interest». *Summa Trecensis*, VII, 31, *de interesse*, n. 4. L'interesse interviene *loco rei* anche nelle obbligazioni *in faciendum*: «...vel si domum facere in certa die promisisti, die transacta non ad eam faciendam set ad id quod interest prestandum dampnandum est.».

⁽⁴⁷⁾ «Loco pene: veluti si servum [michi] vendidisti quem ego sub poena die certa alteri promisi, et te moram faciente incidi in penam, non tantum de servo set etiam de pena quam tuo facto alii dedi teneris.». *Summa Trecensis*, VII, 31, *de interesse*, cit. n. 5.

⁽⁴⁸⁾ Il che è insito nell'esemplificazione delle due classi. Il caso che dà il destro all'individuazione dell'interesse *loco poenae* è anch'esso un'ipotesi di compravendita che vede il venditore inadempiente quanto all'obbligo di *tradere rem*. Poiché la cosa era oggetto di altro contratto fra il compratore e un terzo, assistito da una clausola penale, il venditore deve risarcire la parte lesa dal suo inadempimento non solo del valore della cosa, ma anche di quel *quid pluris* che è rappresentato appunto dalla *poena*. Il che non osta all'esigenza della determinazione dell'interesse, stante la certa quantificazione *ex ante* data dalla clausola penale.

distinzione tra contratti *bonae fidei* e *stricti iuris*. Applicata all'*id quod interest*, tuttavia, essa rimane limitata ad un approccio casistico ⁽⁴⁹⁾. L'*id quod interest* può così determinarsi sulla *natura contractus*, sulla *natura actionis* o *iudicis officio*. Il primo è quello relativo alla garanzia che il debitore di una prestazione derivante da un contratto *ex fide bona* assume circa la conformità della stessa a far conseguire al creditore il bene della vita che egli aveva pattuito ⁽⁵⁰⁾. Il secondo è relativo all'inadempimento degli obblighi che derivano naturalmente dal contratto, anche non espressamente convenuti tra le parti ⁽⁵¹⁾. La terza specie comprende gli obblighi che sono conseguenti all'inadempimento della prestazione, indipendentemente dal tipo contrattuale ⁽⁵²⁾.

Altre classificazioni dell'*id quod interest* sono necessarie per comprendere la realtà dei contratti *stricti iuris* ⁽⁵³⁾. L'interesse può essere chiesto in giudizio *ratione temporis*, ossia dopo che con la *litis contestatio* si sono rese esigibili tutte le prestazioni accessorie stipulate dalle parti per il caso dell'inadempimento dell'obbligo principale. Per il glossatore non vi è qui il problema di determinare la configurabilità di un risarcimento *in id quod interest*, ma quello di renderne congrua la quantificazione sui limiti espressi nel testo

⁽⁴⁹⁾ « In iudiciis bonae fidei spectat[ur] tum ex natura contractus, tum ex natura actionis, tum etiam iudicis officio. ». *Summa Trecensis*, VII, 31, *de interesse*, n. 6.

⁽⁵⁰⁾ « ex natura contractus: veluti si id quod convenit non praestatur. Veluti si dixisti servitutes [in] fundo debito deberi set non debeantur, teneris ex empto. Item si dixisti servum artificem seu litteratum cum non sit, vel aliquid abesse, veluti furem non esse, et adest, vel aliquid adesse [et non adest] veluti servum habere peculium cum non habet... ». *Summa Trecensis*, VII, 31, *de interesse*, n. 6, cit.

⁽⁵¹⁾ « Ex actionis seu obligationis natura quedam veniunt que neque dicta neque cogitata sunt inter contrahentes, veluti de rutis et cesis, item de insertis et inclusis. Item si locator aliquid conductori abstulit propter locationem, et multa alia que facile enumerari non possunt, [que] omnia ex bono et equo prestantur, licet de his nichil actum fuit. ». *Summa Trecensis*, VII, 31, *de interesse*, n. 8.

⁽⁵²⁾ « Iudicis officio omnia [praestantur] que in contractu et in actione sunt et que neque in contractu neque in obligatione sunt, ut usurae. ». *Summa Trecensis*, ult. loc. cit.

⁽⁵³⁾ Una notevole differenza separa l'azione *ex fide bona* dalle altre azioni *incertae*, per la *Summa Trecensis*: « Late quidem in bone fidei [iudiciis] spectandum est, etsi de eo nichil cogitatum neque actum inter contrahentes sit. In cunctis accionibus aliis non tantum late extimatur, set secundum naturam conventionis existimandum est, ita ut ultra duplum rei nullo modo extimetur. » *Summa Trecensis*, n. 15.

romano ⁽⁵⁴⁾. L'*id quod interest* può poi essere richiesto *ratione loci*, nel caso in cui la prestazione è promessa come da effettuarsi nel posto scelto dal debitore ⁽⁵⁵⁾.

Al fondo è la difficoltà di isolare criteri comprensivi per una realtà complessa. È così che la *Summa Trecensis* è costretta a ricorrere ad una pluralità di *distinctiones* ulteriori o per cercare di rappresentare altri aspetti del problema ⁽⁵⁶⁾ o per comprendere altre ipotesi negoziali ⁽⁵⁷⁾. Tra queste nuove classificazioni si può qui ricordare quella tra l'interesse che nasce *ex conventione* e quello che deriva *ex natura actionis*. Il primo ricorre in conseguenza della stipulazione di una penale, e si presenta eguale tanto nei contratti *bonae fidei* quanto in quelli *stricti iuris* ⁽⁵⁸⁾. Il secondo è isolato

⁽⁵⁴⁾ « post litem autem contestatam omnes utilitates veniunt, set non ultra duplum ipsius rei debet extimari, et si aliquid promissum est immoderate propter penam, et illud est coartandum, quia hee demum penae exigende sunt que competenti moderatione promissae sunt. ». *Summa Trecensis*, VII, 31, *de interesse*, n. 9.

⁽⁵⁵⁾ « Cum vero per arbitriam aliquid debeatur, veluti quod certo loco promissum est, hic iudex utilitatem utriusque exstimare debet: ubi prestandum est non solum [dampnum] set etiam lucrum quod petitor facturus erat, si ea res ei loco suo data fuisset, veluti si negotiator fuit et ex mercibus negotiari potuit. ». *Summa Trecensis*, VII, 31, *de interesse*, n. 10.

⁽⁵⁶⁾ Segnatamente quelle relative alla responsabilità extracontrattuale: « In maleficiis id quod interest prestatur et circa rem et extra rem, ut in lege Aquilia ». *Summa Trecensis*, VII, 31, *de interesse*, n. 11.

⁽⁵⁷⁾ Seguendo le altre distinzioni tratteggiate sommariamente nell'incipit, come lo abbiamo sopra riportato. L'interesse può così rilevare *in lucro* e *in damno*, *ex conventione* come *ex natura actionis*. La posizione di questi criteri rappresenta gli stessi casi sopra esaminati: « In lucro: veluti in arbitriis. Lucrum enim quod petitor ex negotiatione facere potuit, si res suo loco date essent, exstimandum est... In damno: veluti si quis familiae meae persuaserit, ut de possessione cederet, quo factum damnum michi accidit, tenetur quidem ad id resarciendum ». *Summa Trecensis*, VII, 31, *de interesse*, n. 12 e n. 13.

⁽⁵⁸⁾ « Ex conventione extimatur et in bonae fidei iudiciis et in stricti iuris iudiciis. In bone fidei, veluti si servum michi vendidisti et convenit ut aliquid facerem, penam promisi: peti enim pena potest non solum actione ex vendito secundum formam pacti, sed etiam actione ex stipulatu... in strictis iudiciis, veluti si ob causam dedi, vel donavi ut aliquid faceres et, si non fecisses, penam promisisi, teneris quidem de pena stipulatione tantum, vel conditione de eo repetendo quod dedi. ». *Summa Trecensis*, VII, 31, *de interesse*, n. 14.

dall'interprete medievale per comprendere quelle fattispecie incerte tanto nella *quantitas* che nella *natura* ⁽⁵⁹⁾.

3.3. *Un primo sviluppo dogmatico: contratti certi e incerti.*

L'abbandono di una lettura tutta basata sull'*aequitas rudis* del rapporto tra condanna in equivalente e prestazione principale conduce a nuovi esiti negli apparati successivi. Piacentino organizzerà la materia su due sole *distinctiones*, una superiore tra interesse da fatto illecito e da contratto, l'altra, propria di questo solo caso, tra interesse che deriva da un contratto certo o da un contratto incerto ⁽⁶⁰⁾.

Quest'ultima categoria assolve nella dottrina piacentiniana a tutte quelle funzioni cui venivano riservate le distinzioni tra interesse *circa rem* e *extra rem* e quella tra interesse *loco rei* e *loco poenae* nella sistemazione della *Summa Trecensis*. Il contratto *incerto* è quello che non contiene nella sua struttura una predeterminazione del danno, poiché in esso l'interesse del creditore *in facto consistit*, si determina in una circostanza esterna al regolamento su cui si è realizzato l'accordo tra le parti ⁽⁶¹⁾. Nei contratti incerti, il danno deve così essere quantificato in concreto dal giudice, senza essere vincolato ad alcun limite. Tutte le altre possibili classificazioni dell'*id quod interest* seguono, per Piacentino, a questa distinzione principale ⁽⁶²⁾. Il contratto certo è invece quello che ha per oggetto una *species certa*: in questo caso il giudice non può condannare, stante il disposto del testo romano, oltre il doppio del valore della prestazione principale,

⁽⁵⁹⁾ « Ex natura accionis quod interest prestatur et in bone fidei iuditiis et in aliis incertis actionibus. » *Summa Trecensis*, VII, 31, *de interesse*, n. 15.

⁽⁶⁰⁾ « Si quando interesse petitur, et petitor instat ut sententia pro interesse feratur, iudex debet dispicere, utrum ne agatur ex delicto, vel ex negocio. Item si ex negocio utrum contracto certo, incertove. ». PIACENTINO, *Summa Codicis*, ed. Magonza 1536 r.a. Torino 1962, *de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*, p. 349 v.

⁽⁶¹⁾ « Si ex incerto, damnum quantumcunque fuerit aestimabitur, et de eo sententia certa in pecuniam quoque certam pronunciabitur: quia in hoc maxime casu, quatenus cuius intersit, in facto, non in iure consistit ». PIACENTINO, *ibidem*.

⁽⁶²⁾ « Verum licet interesse dicatur eius qui damnum passurus est regulariter, non eius qui lucrum facturum est: attamen interdum et lucri ratio habetur, in actione bonae fidei, tutelae, puta et locati... In actione quoque arbitraria etiam lucri ratio habetur... ».

che viene determinato dalla struttura del contratto posto in essere fra le parti ⁽⁶³⁾.

Il giudizio sull'*id quod interest* è dunque per Piacentino un giudizio di fatto, che può o meno ricevere dal contratto un parametro di delimitazione. L'accertamento di una responsabilità *in id quod interest* detta la disciplina della quantificazione del risarcimento perché descrive la diversa posizione che il dolo dell'inadempiente ha nella struttura della fattispecie. Il dolo può difatti incidere *ab initio* o *ex post facto*, a seconda che esso caratterizzi il contratto nella fase della sua conclusione o nella successiva fase dell'esecuzione del programma obbligatorio in esso contenuto. Un esempio di dolo che incide *ab initio* è la pattuizione di cosa che il debitore sa essere affetta da vizi: in questo caso l'inadempimento esiste sin dalla conclusione del negozio ⁽⁶⁴⁾. Un esempio di dolo che incide *ex post facto* è la mancata consegna della cosa pattuita. Nel primo caso, il giudice ha nel valore a cui la prestazione era stata negoziata nel contratto un parametro certo per la quantificazione del risarcimento. Nel secondo caso, l'interesse che il creditore annetteva alla prestazione di cui ha sofferto l'inadempimento deve essere valutato in concreto, e il risarcimento può quindi essere fissato in una misura superiore al limite della costituzione giustiniana ⁽⁶⁵⁾.

Da un contratto che dovrebbe essere certo per definizione, come ad esempio la compravendita, può pertanto derivare un risarcimento *ultra duplum* del valore della cosa venduta, perché il compratore può agire non solo per il valore comunemente avuto

⁽⁶³⁾ « Ubi vero agitur ex contractu certo, id est continentem certam speciem, quam Imperator vocat certam quantitatem, interesse ultra duplum non aestimabitur, nec sententia in amplius dabitur: excipitur, nisi is puta qui vendidit, vel locavit dolo laboraverit ». PIACENTINO, *ibidem*.

⁽⁶⁴⁾ « Ab initio, si conscius quis vendidit animal morbosum, tignumque viciosum. Quippe si grex etiam mille capitem perierit, domusve mille marcharum corrui, in tantum venditor conscius condemnabitur: sed si nescisset, actione quanto minoris duntaxat conveniretur. Porro qui vendidit servum furem, si fuerit conscius, omnino tenebitur: ignarus, licet secus sit in fugitivo, in nihilum urgebitur... ». PIACENTINO, *ibidem*.

⁽⁶⁵⁾ « Item de dolo contingente ex postfacto. Venditor condemnabitur ultra duplum si nolit tradere id, quod a se est venditum: verbi gratia, si singulare interesse, id est singulare rei pretium ultra duplum communis pretii coniunctive processisseprehenditur, eo tempore quo iudicium agitur ». PIACENTINO, *ibidem*.

dalla cosa di cui gli viene negato il possesso, ma anche per quel valore *singulare* che rappresenta il suo interesse ad avere quel determinato bene al momento stabilito e non un altro, magari della stessa specie, o quello stesso in un tempo diverso ⁽⁶⁶⁾. Dalla necessità, propria del testo romano, di tenere indenne il compratore dalle variazioni di prezzo intervenute nella mora dell'adempimento del solo venditore, il giurista medievale trae così l'idea di un *id quod interest singulare*, la valutazione di quella utilità che la prestazione inadempita a seguito di qualsiasi contratto avrebbe potuto capitalizzare al creditore in virtù dello specifico interesse che egli riponeva in quel bene o in quella attività.

3.4. *Un secondo sviluppo dogmatico: l'interesse singulare come strumento per la definizione della certitudo del contratto.*

La nozione di *interesse singulare*, per come si definisce nelle dottrine di Piacentino, costituirà la base di tutte le successive dottrine dell'*id quod interest*. Azone distinguerà l'*id quod interest* in tre categorie fondamentali ⁽⁶⁷⁾. Vi è un interesse *conventum*, che si identifica con il valore della prestazione per come convenuto nel contratto ⁽⁶⁸⁾, un interesse *commune*, che è dato dal valore cui quella

⁽⁶⁶⁾ Un risultato che il giurista medievale consegue argomentando da un testo romano in tema di compravendita, in cui l'*id quod interest* viene usato come parametro di determinazione della responsabilità per l'inadempimento del venditore nel caso in cui l'interesse del compratore alla disponibilità della cosa acquistata superi il prezzo di vendita. Questa opinione è frutto di un'interpretazione autonoma che il giurista medievale fa di un fondamentale inciso della *l. Si res vendita ff. de actionibus et obligationibus* (D. 19.1.1.1), testo cardine del dibattito sulla sanzionabilità degli effetti della compravendita. Dopo aver sancito nell'incipit, che è stato già sopra riportato, che il venditore inadempiente viene condannato «in id quod interest. Hoc est, quod rem habere emptoris interest», il testo aggiunge che «hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris intersit, quam res valet, vel empty est.»

⁽⁶⁷⁾ «Videamus ergo generaliter de omni interesse in quantum praetendatur. Sciendum est igitur quod interesse aliud est commune, aliud conventum, aliud singulare...Ad idem tendit si dicas precium aliud commune, aliud conventum, aliud singulare.» Azone, *Summa Codicis, de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*.

⁽⁶⁸⁾ «Et quidem in precio vel interesse convento non est hesitatio quia id sicut conventum est debet praestari nisi dolus alterius partis intercessissem...». AZONE, *ibidem*.

prestazione viene comunemente scambiata, e un interesse *singulare*, il valore che l'esatta prestazione aveva per il creditore.

Il giudice deve normalmente condannare il debitore inadempiente al pagamento dell'interesse *commune* insieme con il *conventum*, nel limite dato dal doppio di questo, per come detto dal testo romano ⁽⁶⁹⁾. Se la condanna si limitasse al primo, difatti, la condanna si limiterebbe alla pura risoluzione del contratto, decisa unilateralmente dall'inadempiente. Questi deve pertanto essere condannato a risarcire anche la differenza di valore tra il prezzo convenuto e quello di comune mercato, se a favore del creditore.

L'analisi sull'*id quod interest* non riguarda pertanto queste ipotesi, ma il solo interesse *singulare*, il risarcimento del danno patito in concreto dal creditore inadempito, nei casi in cui esso si verifica oltre l'interesse *conventum* e quello *commune*. Si tratta di stabilire se questo interesse sia effetto legale del contratto, o se possa essere risarcito solo ove espressamente convenuto tra le parti, in cosa consista e come si debba provare, partendo dal presupposto che esso deve essere accertato in concreto dal giudice ⁽⁷⁰⁾.

Nel sistema di Azone, l'interesse *singulare* si configura non come il risarcimento della particolare *affectio* che quel singolo creditore riponeva nella prestazione lasciata inadempita, ma come quel risarcimento chiamato a tenere comunque indenne la parte lesa da ogni conseguenza derivante dal comportamento *contra ius* della controparte, si identifichi o meno col lucro cessante ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁹⁾ «Sed et commune interesse sine dubio in solidum est praestandum. In contractibus et delictis regulare est ut extimetur et in delictis semper in contractibus plerumque extimatur». AZONE, *ibidem*.

⁽⁷⁰⁾ «Plerumque ideo dixi quia hoc fallit in venditione, ut ff. de actionibus empti et venditi lex prima et si alias paciscuntur partes de singulari interesse et ita quod singulari interesse non petitur nisi ubi conventum est. Item ubi res vendita non traditur item ubicumque iuratur in litem verum tamen tunc cum iuratur in litem non dico singulari interesse extendi vel non extendi ultra duplum cum illud moderari ad officium iudicis pertineat.». AZONE, *ibidem*.

⁽⁷¹⁾ Si può anzi notare come il lucro cessante, collocato sparsamente negli apparati precedenti, trovi ora una sistemazione organica in questa valutazione dell'*id quod interest*: «Sed et quandoque extimatur in lucro, scilicet in casibus his legibus notatis, puta si agitur arbitraria actione pro eo quod loco certo promissum est, vel agitur locati et conducti, vel agitur ex stipulatione ratam rem haberi, vel agitur actione tutelae, vel agitur lege aquilia, vel agitur interdicto ne quid in loco publico fiat... lex tamen huius

Da qui procede che l'obbligo di prestare l'interesse *singulare* congiuntamente all'interesse *commune* non si presenti in modo eguale in qualsiasi fattispecie contrattuale. Nei contratti *certi* la prestazione è determinata in un valore definito ⁽⁷²⁾. L'interesse *singulare* non può essere riconosciuto *ultra duplum* rispetto a questo valore, pur integrato del maggior valore che eventualmente quella prestazione dovesse avere sul mercato al tempo dell'inadempimento ⁽⁷³⁾. Sul punto del limite alla valutazione si ottiene la distinzione di struttura e disciplina con i contratti *incerti*. Il contratto è *incerto*, difatti, quando ha per oggetto un *facere* ⁽⁷⁴⁾. Il risarcimento di questa prestazione, a prescindere dal tipo contrattuale, non può subire limitazioni nel *quantum* ⁽⁷⁵⁾.

Tracciando in questo modo i limiti reciproci delle due tipologie di interesse, Azzone assegna alla certezza della prestazione un significato assai diverso da quello presupposto da C. 7, 47. Per la costituzione di Giustiniano, tutti i contratti sono *certi* per definizione ai fini del computo dell'*id quod interest*, poiché essi hanno sempre e comunque ad oggetto una prestazione che può essere determinata, e fornire quindi il parametro per la determinazione del risarcimento, se inadempita. Il dominio esclusivo dell'*incertum* si esercita per la l. *Cum pro eo* esclusivamente sul lato della responsabilità extracon-

tituli quasi regulam videtur tradere quod interesse debeat considerari et in lucro et in damno ». Nell'opinione di Azzone, il lucro cessante può essere considerato ai fini della commisurazione del risarcimento nei casi in cui la *lex* ammette la parte lesa a richiedere quell'interesse *singulare* che consiste tanto in lucro quanto in damno.

⁽⁷²⁾ « Singulare autem interesse sic ubi prestandum sit non semper prestatur in solidum. Distinguitur enim utrum quis debeat mihi ex contractu certo id est ex eo quod continet certam quantitatem ut quantitatis appellatione quilibet res singularis contineatur... vel naturam id est speciem puta hominem in genere promissum tradi ». AZONE, *Summa Codicis*, ult. loc. cit.

⁽⁷³⁾ « Si ex contractu certo mihi quid debeat tradi et lex dicat interesse meum singulare prestandum sicut dicitur in venditione, ut ff. de actionibus empti et venditi lex prima et si rei traditio non fiat interesse meum singulare prestabitur mihi ab adversario et quidem totum si duplum continet vel minus duplo, ultra vero non porrigitur. ». AZONE, *Summa Codicis*, ult. loc. cit.

⁽⁷⁴⁾ « ...ex incerto id est ex eo quod consistit in facto ut facti nomine etiam sese quis non facturum promisit contineatur. ». AZONE, *Summa Codicis*, ult. loc. cit.

⁽⁷⁵⁾ « Si vero ex incerto contractu petatur interesse singulare prestabitur in solidum quantumcumque sit ». AZONE, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

trattuale, che deriva da un fatto di cui non si può valutare *ex ante* la natura e le conseguenze.

Il giurista medievale, al contrario, isola autonomamente un criterio che porta tale distinzione nel novero dei contratti. Esso si basa sulla qualità della prestazione il cui inadempimento dà luogo al risarcimento. In questo modo, la determinazione dell'interesse non può essere condotta altro che definendo il ruolo che quest'elemento assume all'interno della struttura di tutela della prestazione inadempita come descritta nella singola fattispecie negoziale. Nel caso di una prestazione *incerta*, poiché in *facere*, la tutela delle pretese delle parti è data dalla perfetta alternativa tra la prestazione del fatto oggetto della pattuizione e il risarcimento in equivalente ⁽⁷⁶⁾. Poiché l'esecuzione in forma specifica di un obbligo di fare è impossibile se non con la sostituzione di un terzo all'obligato, cosa che non necessariamente fa conseguire al creditore esattamente il bene della vita che ha pattuito, l'azione del creditore può avere ad oggetto o il *factum* o l'equivalente. In taluni casi, la scelta può non appartenere all'attore, ma al convenuto ⁽⁷⁷⁾. Se chiede la prestazione in forma specifica, il giudice può condannare all'equivalente; se chiede il risarcimento, il debitore non può liberarsi prestando l'equivalente monetario.

La prestazione *certa* per definizione è quella in *tradere*, in cui l'*id quod interest* può essere chiesto come oggetto della condanna solo nel caso in cui il debitore rifiuti comunque di eseguire la prestazione principale. In questo caso, a differenza che nel primo, l'attore può chiedere in principalit  il risarcimento *in id quod interest*, ma il convenuto resta sempre libero di prestare quanto promesso ⁽⁷⁸⁾.

Quando oggetto dell'obbligazione   un *rem tradere*, in altri termini, l'attore chiede l'adempimento del contratto, ossia la presta-

⁽⁷⁶⁾ « Ex praedictis patet distinguendum esse quod ubi factum est in obligatione potest agi ad factum vel ad interesse. ». AZONE, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

⁽⁷⁷⁾ « Et habet plerumque actor electionem sicut et in stipulatione de opere demoliendo si apparuerit iniuria edificatum...Et quandoque reus habet electionem ut in cautione procuratoris rei.... ». AZONE, *Summa Codicis*, loc. ult. cit., p. 284.

⁽⁷⁸⁾ « Ubi autem speciem tradi est in obligatione non potest praecise reus compelli ad interesse liberatur non rem praestando sed tamen sive agatur ad interesse principaliter sive agatur ad rem et quia ea non praestatur petitur interesse non excedet duplum ut dictum est. ». AZONE, *Summa Codicis*, loc. ult. cit., p. 284.

zione principale, indipendentemente dal fatto che egli strutturi l'atto introduttivo del processo sulla pretesa alla cosa o chieda direttamente la corresponsione dell'equivalente. L'alternatività fra le due prestazioni è quindi di un grado diverso rispetto all'ipotesi incerta, poiché nella prima essa si realizza nell'atto introduttivo del giudizio con cui, scelta una via, si preclude l'altra, mentre nella seconda essa si realizza nella sentenza, allorché il venditore inadempiente non è più in grado di manifestare la sua scelta di corrispondere la prestazione pattuita piuttosto che il risarcimento.

In questo modo, Azone collega l'*id quod interest* alla qualità della prestazione, non alla sua quantità, per come fatto dal testo romano. La prestazione di un *dare*, ossia dell'obbligo a trasferire non solo una cosa, ma il diritto di proprietà sulla stessa, non può così essere sostituita da una prestazione in *id quod interest* ⁽⁷⁹⁾, perché il debitore si è obbligato unicamente *ad rem*.

La tripartizione dell'*id quod interest* in *commune*, *conventum* e *singulare* passa nella Glossa Magna e nei giuristi successivi come argomento fondamentale per restringere ogni analisi sul tema al solo interesse *singulare*, come discrimine per distinguere tra i contratti *certi* e *incerti* ⁽⁸⁰⁾. L'interesse *conventum*, il primo gradino della scala, certo e determinato per definizione nel prezzo sul quale le parti si sono accordate al momento della conclusione del negozio, è sostanzialmente sottratto all'opera di interpretazione del giurista. Evidente in sé stesso, esso ha l'unica funzione di dare inizio alla partizione, mostrando il primo grado possibile di interesse. Pochi problemi dogmatici vengono posti a carico dell'interesse *commune*,

(79) « Ubi autem rem dari est in obligatione numquam petitur interesse nisi in contractibus innominatis ut notavimus supra de rerum permutatione in summa § venit, scilicet omnino quoquo modo dicitur rem fieri eius cui debetur... et hoc sive ex contractu sive ex quasi contractu vel ex delicto vel quasi delicto rem dari sit in obligatione sed et si ex eis rem tradi vel interesse sit in obligatione eadem erunt servanda quae superius diximus ». AZONE, op. ult. cit.

(80) « Et nota triplex interesse, ut supra dixi, scilicet conventum, commune et singulare. Primum semper venit cum dicit praetor: pacta conventa servabo. Item secundum semper venit in maleficiis, ut consideretur etiam extra rem... et in contractibus, et quasi... In quo communi venit ad damnum, non lucrum... nisi in casibus, quos iam notabis. ». Glossa *dupli* in l. Cum pro eo, C. de sententiis quae pro eo, quod interest, proferuntur.

che rappresenta l'unico spazio di razionalizzazione dell'illecito extracontrattuale. Tutta l'attenzione si centra sull'interesse *singulare*: esso non viene più inteso come valvola di sfogo di un sistema centrato sul valore mercuriale della prestazione inadempita, ma come concetto nel quale si realizza la vera sostanza dogmatica dell'*id quod interest*, che non può essere rappresentata né dal prezzo di vendita della cosa, né dal suo valore in comune commercio ⁽⁸¹⁾. Piacentino nell'isolare i tre lati dell'*id quod interest* parlava di *tria rerum pretia*. Azzone li parificava tutti nel concetto di interesse. La Glossa Magna, e con essa i giuristi successivi, intende per *id quod interest* soltanto quello *singulare*, il *quid* che rende specifica una determinata prestazione per un determinato soggetto, per lasciare al concetto di *precium* gli altri ⁽⁸²⁾.

Sulla base di questa sostanziale ridefinizione della partizione tradizionale, la Glossa edifica questo tipo di interesse a unico argomento della l. *Cum pro eo* ⁽⁸³⁾. Una rilettura della costituzione giustiniana che serve ai Glossatori anche per risolvere antiche questioni, come quella circa il computo del limite massimo del risarcimento ⁽⁸⁴⁾, o quella concernente il cumulo tra *id quod interest* e lucro cessante ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸¹⁾ « Est etiam singulare interesse, quando plus interest mea habere quam alterius, ecce, paupertate coactus vendidi tibi librum: postea factus dives emi a te librum: et ille liber valet communiter quindecim. Solvo tibi precium tu non tradis mihi librum: convenio te ad meum interesse ». Così ODOFREDO, *Lectura super codice*, ed. 1552, r.a. Bologna 1968. *ad l. Cum pro eo, C. de sententiis quae pro eo, quod interest proferuntur*, n. 8.

⁽⁸²⁾ Basti osservare ancora la definizione di *interesse conventum* resa da ODOFREDO: « Conventum autem interesse est precium rei: de quo inter vendentem et ementem convenit: ut si vendis mihi rem pro decem solui decem et non tradis: petam conventum interesse, si volo, et petitur quantucumque sit: quia praetor ait pacta servabo ut ff. de pactis l. iurisgentium § ait praetor et quia contractus legem ex conventionem accipiunt ». ODOFREDO, *ad l. Cum pro eo*, cit., n. 8.

⁽⁸³⁾ « Et nota quod triplex dicitur interesse: conventionale, commune, singulare. De singulari loquitur haec lex, convenit et praestatur conventum similiter et singulare, sicut hac lege comprehensum est ». Così il *casus* della Glossa alla l. *Cum pro eo, C. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*.

⁽⁸⁴⁾ In particolare, sia la Glossa che Odofredo se ne servono per combattere l'antica distinzione tra *interesse circa rem* e *extra rem*, riferita ad un'opinione attribuita a Bulgaro e Martino che ritenevano, nel caso di inadempimento dell'obbligazione del venditore, che l'interesse del compratore non potesse essere richiesto oltre il doppio del valore comune della cosa venduta, basandosi su alcuni passi del titolo *de actionibus empti*

Soprattutto, essa conduce a un cambio radicale di prospettiva nella posizione stessa del problema, che si sposta definitivamente dalla questione del computo del risarcimento a quella della certezza o meno della prestazione. La regola per il calcolo dell'equivalente non è difatti più oggetto di discussione negli apparati, restando fermo il principio che nelle fattispecie *certe* esso non può superare il doppio del valore comune della cosa e in quelle *incerte* viene lasciato ad un apprezzamento da parte del giudice che deve comunque giungere ad una determinazione ferma, *propter infinitatem vitandam* ⁽⁸⁶⁾.

Ogni questione circa l'interesse si sposta quindi sulla necessità di determinare la differenza specifica tra le fattispecie *certe* e quelle *incerte*. Questa viene trovata sulla piena alternatività tra la prestazione originariamente stipulata e la risarcibilità dell'interesse *singulare*: quando la prestazione è *certa*, una valutazione dell'interesse concreto pregiudicato dall'inadempimento è inutile ⁽⁸⁷⁾.

et venditi: « Respondebant B. et M. quod illa dicit de interesse extra rem: hic circa rem, quod non placet, cum magis interesse quod est circa rem deberet excedere duplum, quam illud quod est extra rem ». La risposta della Glossa accursiana svuota di significato l'antica distinzione, affermando che nel caso della compravendita, deve essere preso in considerazione l'*interesse singulare* del compratore: « Tu dic quod nullo modo sunt contra: quia duae dictae leges dicunt de communi interesse, quod quantucumque est, totum petitur: hic de singulari: et dictum commune si petatur: quia res non traditur non consideratur extra rem... Si autem quia male traditur, vel quia ipse venditor postea eam evincat, vel alius: vel quia postea ea deliquit totum petitur et extra rem ». Glossa *dupli* in *l. Cum pro eo*, *C. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*.

⁽⁸⁵⁾ « Et est interesse singulare rei pretium: vel est damnum emergens et lucrum cessans: eo quod non fit, quod fieri convenit ». *Casus in l. Cum pro eo*, cit.

⁽⁸⁶⁾ « Vel dic sic casum, cum agitur ad interesse singulare, refert an agat ex certo contractu, an incerto. Primo casu non debet id interesse excedere duplum interesse communis. In secundo casu debet praestari quantum id sit, ita ut non extendatur in infinitum: sicut ex poena conventionalis certo fine concluditur, et similiter et legalis: nec ultra eas aliquid peti potest: sic et interesse singulare, certo termino debet concludi et haec sunt observanda tam in lucro, quam in damno: quia in lucro quod petitur, versatur interesse ». *Casus in l. Cum pro eo*, cit. Così anche ODOFREDO, in *l. Cum pro eo*, cit.: « Or signori, in isto interesse ita dicetis, quia aut petitur ex contractu qui habet certam quantitatem vel naturam, et tunc iudex debet te condemnare usque ad duplum communis: non ad totum tuum interesse, ne in infinitum excedat, aut petitur interesse ex contractu incerto, qui non habet certam naturam vel quantitatem: et tunc petitur quantucumque sit. ».

⁽⁸⁷⁾ « Sed qui sunt hi? Responde illi in quibus dicit lex singulare interesse venire et certitudinem continet secundum quosdam. Sed certe imo, et si lex non dicat venire

L'ipotesi assolutamente *certa* è così quella a un *dare*, ossia l'obbligo a trasferire la proprietà di una cosa, poiché ammette solo la tutela in forma specifica dell'apprensione *manu militari* del bene ⁽⁸⁸⁾, mai quella in equivalente, tanto da escludere la configurabilità stessa dell'*id quod interest* ⁽⁸⁹⁾. L'ipotesi assolutamente *incerta* è la prestazione ad un *facere*, tanto positivo che negativo ⁽⁹⁰⁾. Un'incertezza strutturale, atteso che per sua propria natura la prestazione in *facere*, essendo infungibile, deve ammettere la prestazione di un equivalente, dal momento che il creditore potrebbe legittimamente rifiutare la sostituzione di un terzo all'obbligato.

L'opposizione tra il caso della prestazione in *dare* e quella in *facere* viene spiegata dalla Glossa sulla circostanza per cui il valore mercuriale di un bene sarebbe più facilmente conoscibile di quello di una prestazione d'opera, e quindi più facile calcolare il limite del doppio che il risarcimento in equivalente non può oltrepassare ⁽⁹¹⁾.

singulare interesse, si modo incertitudinem continent illi casus: ut haec lex dixit aperte... ». Glossa *contractibus in l. Cum pro eo, C. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*.

⁽⁸⁸⁾ Un significato specifico che il giurista assume dalla lettura parallela della *l. Ubi autem non apparet, ff. de verborum obligationibus* (D. 45, 1, 75): « Haec stipulatio, fundum Tusculanum dari? Ostendit se certi esse continetque, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo. » La stessa *lex* pone il caso diametralmente opposto, quello in cui si riscontra il massimo grado possibile di incertezza: « Quid id quod in faciendo, aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur. In faciendo, veluti fossam fodi, domum aedificari, vacuum possessionem tradi. ».

⁽⁸⁹⁾ « Et alias ubicumque lex dicere: certam rem debere tradi ex contractu vel delicto, secus si diceret dari: quia tunc aliquod interesse non petitur: sed res omnino debet fieri stipulantis: ut ff. de verborum obligationibus 1. ubi autem non apparet § fi. ». Glossa *contractibus*, cit.

⁽⁹⁰⁾ « In aliis autem casibus, qui incerti, ut si ibi contineatur factum, vel non factum, qui incerti sunt: ut ff. de verborum obligationibus lex ubi autem § id quod et de regulis iuris lex qui non facit in quibus agitur ad factum, vel interesse: ut ff. de re iudicata lex si quis ab. § fi. ». Glossa *in aliis autem casibus ad l. Cum pro eo, C. de sententiis quae pro eo, quod interest, proferuntur*.

⁽⁹¹⁾ « Sed quare in incertis petitur totum, in certis non? Responde quia in certis facilius potest apparere commune interesse, et sic facilius, quod est eius duplum: at in istis non sic facile. Vel ideo: quia facilius est alicui facere quod convenit quam dare: cum difficulter quis de patrimonio det.. et ideo mitius punitur incertis, scilicet ut ultra duplum non excedat. ». Glossa *damnum in l. Cum pro eo, C. de sententiis quae pro eo, quod interest, proferuntur*.

Il termine medio è dato dalla prestazione a *tradere rem*: essa è certa, ma in un grado inferiore a quello dell'obbligazione *in dare* ⁽⁹²⁾.

Il discrimine tra la *traditio* e la *datio rei* si pone ancora una volta nella diversa rilevanza dell'*id quod interest*. Nella prestazione determinata in *dare*, l'*id quod interest* opera come equivalente subordinato, in una prospettiva pienamente risarcitoria del danno causato dalla condotta della parte inadempiente. Nella prestazione al *tradere rem*, l'*id quod interest* opera alternativamente, potendo l'obligato liberarsi tanto con il trasferimento della cosa, quanto con la prestazione dell'equivalente monetario.

La distinzione tra *rem tradere* e *facere*, entrambe alternative con la prestazione dell'equivalente, risiede nel soggetto legittimato alla scelta. Nel primo caso, questa viene operata dal convenuto, nel momento in cui si rifiuta di prestare l'oggetto della sua promessa, mentre nel secondo spetta all'attore, che sceglie fin dall'atto introduttivo del giudizio se chiedere l'adempimento in forma specifica dell'attività originariamente stipulata o la prestazione dell'equivalente ⁽⁹³⁾.

Il diverso profilo di legittimazione porta a costruire diversamente la struttura delle due prestazioni. Nel primo caso la prestazione principale e quella alternativa possono essere eguali nel valore, stante la normale fungibilità del *facere* che, se non compiuto dall'obligato può tuttavia essere adempiuto da un altro. La prestazione dell'equivalente monetario ha qui una funzione eminentemente risarcitoria: è il mezzo per sostituire un terzo all'obligato.

⁽⁹²⁾ « Si Titius teneatur mihi ex aliquo contractu, aut ille consistit in dando, aut in tradendo: puta ex venditione ad tradendam rem vel ex locatione, aut faciando. Primo casu si non fecit quod convenit, id est si non dedit vel tradidit, tenebitur mihi ad interesse, verbi gratia, puta interesse, seu pretium conventum fuit viginti, rei commune pretium fuit triginta, interesse meum singulare non excedet duplum communis interesse.. ». *Casus ad l. Cum pro eo*, cit.

⁽⁹³⁾ « Et ff. de verborum obligationibus lex quoties quis alium et est actoris electio, agat praecise ad factum, vel ad interesse: ut ff. de operis novi nuntiatio l. stipulatio § primo et § sive autem in fine et ff. de procuratoribus lex sed et hae in finem. Sed fallit in casu procuratoris rei: ut in eodem titulo non cogendum et hoc ubi factum est in obligatione. Si autem tradi non est electio actoris, sed rei: cum rem praestando liberetur ab interesse singulari, vel communi. ». Glossa in *aliis autem casibus*, in *l. Cum pro eo*, *C. de sententiis quae pro eo, quod interest, proferuntur*, cit.

La prestazione di una cosa determinata realizza di norma un interesse insostituibile per la parte che dovrebbe riceverla: la funzione della prestazione in equivalente consiste qui nello spingere il debitore ad adempiere, pena il pagamento di una somma che dovrà tener conto del particolare interesse che il creditore ha nell'ottenere la prestazione principale.

3.5. *L'id quod interest come strumento definitorio del profilo funzionale del contratto.*

L'*id quod interest* diventa in questo modo lo strumento principale per la ridefinizione del profilo funzionale dei tipi contrattuali descritti dal Corpus iuris, che vengono ora definiti in modo molto diverso che nei primi giuristi. Iniziamo la nostra analisi dai contratti *bonae fidei*, comparando le diverse soluzioni offerte da queste due epoche della medesima metodologia sul terreno del contratto di compravendita, ovvio epifenomeno di questa categoria romana.

I Glossatori più risalenti avevano necessità di predisporre più categorie definitorie per rappresentare la realtà dell'*emptio venditio* nella molteplicità degli effetti normali del contratto, che si impongono alle parti anche senza espressa pattuizione ⁽⁹⁴⁾. Per rappresentarli, i primi apparati devono distinguere nei contratti *bonae fidei* tre aspetti rilevanti per la determinazione dell'*id quod interest*: la *natura contractus*, la *natura actionis* e l'*officium iudicis*. Profili astrattamente alternativi, che divengono i tre piani su cui riportare gli effetti del contratto di compravendita. In questa sistemazione, la *natura contractus* fornisce la collocazione all'effetto principale, l'obbligo di trasferire la cosa venduta ⁽⁹⁵⁾. La prestazione dell'*id quod interest* viene posta sul diverso piano della *natura actionis*, e vale a rendere l'alternatività fra le due prestazioni, della tradizione della cosa e dell'interesse, ma senza legarle in alcun vincolo funzionale. Sul

⁽⁹⁴⁾ « Ex empto competit emptori. Similiter videndum est cui competat directa ex empto, cui utilis, adversus quem detur, quid in eam veniat ex natura contractus, iure actionis, officio iudicis ». ROGERIO, *Summa Codicis*, ed. PALMIERI 1914, *de actionibus empti et venditi*, n. 2 (p. 127, col. 2).

⁽⁹⁵⁾ « Ex natura contractus id venit quod convenit, ut puta: traditio ipsius rei, et si quis specialiter convenit. Nam receptum est ut pacta specialia dent formam contractibus ». ROGERIO, *ibidem*.

medesimo piano sono collocate tutte le ipotesi di responsabilità del venditore, tanto quelle derivanti dall'inadempimento dell'obbligo principale, quanto quelle risultanti dai vizi o dall'evizione della cosa venduta ⁽⁹⁶⁾.

Azone e la Glossa Magna rappresentano questa tematica in modo assai diverso. *Natura contractus* e *natura actionis* non sono distinguibili nell'economia complessiva della fattispecie; entrambi i lati concorrono a descrivere il tessuto obbligatorio cui il contratto dà luogo ⁽⁹⁷⁾.

Nel rispetto del carattere non reitraslativo della compravendita romana, fatto palese a più riprese dai testi, Azone ricostruisce la prestazione principale del venditore nei termini della *traditio vacuae possessionis*, mezzo grazie al quale il compratore acquista la piena proprietà della cosa ⁽⁹⁸⁾. Per come è agevole notare, nessuno degli argomenti della tesi martiniana trova qui spazio, né quello esegetico basato sull'*oportere*, sul quale tanto dibattevano le prime *dissensiones*, né quello fondato sull'*aequitas pacti*, né altri consimili. Ogni necessità definitoria nasce e si compie sul terreno della *certitudo*, che fornisce il miglior criterio per determinare la struttura di tutela di una fattispecie.

Le tesi di Martino, tutte basate su un'*aequitas rudis*, vengono superate su un'*aequitas* che diviene *constituta* nella valutazione in *id quod interest* del pregiudizio subito dalla parte lasciata inadempita.

L'argomentazione di Azone parte da uno specifico testo del Corpus iuris, che viene letto nella prospettiva della compravendita

⁽⁹⁶⁾ « Iure actionis id venit quod neque est dictum neque cogitatum. Nam ex bono et equo, que neque sunt dicta, neque cogitata veniunt, veluti si res non tradatur, que iure pacti in primis tradenda est, ad interesse iure actionis convenitur. Quod contingere dicitur, sive quia per venditorem factum est quominus tradi possit, sive quia ratione ipsius rei non valet contractus. ». ROGERIO, *ibidem*.

⁽⁹⁷⁾ « Venit autem in actione ex empto in primis hoc quod convenit praestare quia si nihil convenit praestabuntur ea quae naturaliter insunt huiusmodi iudicii potestate. [...] Si autem venerit dies tradendi ipsam rem praestare venditorem debet id est tradere ita quod emptor habeat vacuum possessionem. Quid est vacuum possessionem habere hoc est ut emptor potior sit in ea possessione, ita quod de iure ab eo non possit advocari ». AZONE, *Summa Codicis, de actione empti et venditi*.

⁽⁹⁸⁾ « Haec autem traditio facit emptorem dominum si dominus erat venditor. Si non erat obligatur nomine evictionis si modo precium sit solutum aut eo nomine satisfactum ut in praedicta lege ex empto. » AZONE, *ibidem*.

come contratto qualificato nel *tradere rem*, prestazione che si caratterizza necessariamente per l'alternatività con la condanna in equivalente ⁽⁹⁹⁾.

Il testo in questione è la l. *qui restituere ff. de rei vindicatione*. Essa assicura al creditore di una *restitutio* la possibilità di essere tutelato mediante una *traditio manu militari*. Anch'esso faceva parte di quel complesso di testi normativi piegati a una soluzione puramente equitativa nelle opinioni dei primi Glossatori, con i fautori della tesi martiniana pronti a estendere senza meno la *traditio manu militari* alle obbligazioni del venditore ⁽¹⁰⁰⁾. Azone utilizza invece la distinzione tra contratti in *rem tradere* e in *rem dare* per affermare che la tutela reipersecutoria sia propria solo di quest'ultimi ⁽¹⁰¹⁾.

Bulgaro, ad esempio, escludeva l'operatività della *traditio manu militari* limitando tale rimedio solo ai casi in cui si chiede il trasferimento di una cosa da parte di chi ne è proprietario. La tutela non potrebbe così ricorrere per tutelare le ragioni di chi attende di conseguire la proprietà sulla base di un contratto non ancora eseguito. La *rei vindicatio* si pone come tutela tipica del *dominium* perfetto, non di una situazione che è ancora *in fieri* e rimane sempre su un profilo meramente obbligatorio.

Azone afferma al contrario che l'esecuzione forzata è adibile non solo in dipendenza di un'azione reale, ma anche a tutela di

⁽⁹⁹⁾ « Quid si venditor nolit rem tradere certum est eum teneri ad interesse ut ff. eodem lex prima et sicut ibidem dicitur [quod] prestatur in hoc casu singulare interesse quod egreditur precium commune vel conventum. Non tamen extendit ultra duplum precii communis cum iste contractus certam speciem vel quantitatem contineat ». AZONE, *Summa Codicis, de actione empti et venditi*, cit.

⁽¹⁰⁰⁾ I sostenitori della tesi avversa contrastavano questa interpretazione solo con argomenti di carattere testuale: « Item numquid a praeside manus militaris auxilium poterit implorare, ut res ab invito venditore extorqueatur quod Martinum visus est ar. ff. de rei vindicatione. qui restituere. Sed certe ut ait Bulgarus contrarium est nam si venditor sit contumax vel procax dicit lex eum liberari praestito interesse ut infra eodem l. si traditio » AZONE, *ibidem*.

⁽¹⁰¹⁾ « Lex illam qui restituere intelligebat Bulgarus cum quid peto meum non futurum meum ego nec hoc multum approbo quia hoc idem est in quibusdam personalibus actionibus quibus peto non meum, ut in conditione ex lege contra donatorem licet venditor et donator videantur assimilare quia utrique imponitur necessitas tradendi ut institutiones de donationibus § est et aliud sed uni imponitur necessitas causativa id est si nolit praestare interesse alii precisa ». AZONE, *ibidem*.

un'azione personale, e quindi anche per dare esecuzione ad un contratto finalizzato al trasferimento della proprietà, ma non immediatamente costitutivo del diritto. Una cosa è la *necessitas tradendi precisa*, che si realizza a carico della parte obbligata ad una prestazione in *rem dare*, quindi sulla base di un negozio che ha già trasferito la proprietà della cosa, che il creditore può semplicemente rivendicare dal debitore come da qualsiasi altro terzo possessore, altra cosa è la *necessitas tradendi causativa*, propria dei contratti in *rem tradere*. La differenza tra i primi e i secondi è appunto nell'alternatività tra prestazione della cosa e dell'*id quod interest*: ove il contratto obblighi una parte a consentire all'altra l'acquisto della proprietà sulla cosa tramite la *traditio*, questa può liberarsi solo con la prestazione di un equivalente che tenga conto di tutto il pregiudizio patito dall'altra. Se non opta per questa via, il debitore, convenuto dinanzi al giudice, può essere privato forzosamente della cosa venduta.

Questa possibilità viene estesa sullo stesso ragionamento ad altri negozi, innanzitutto la donazione, contratto per cui lo stesso testo romano impone al donante l'obbligo di trasferire la cosa. Il fatto che il testo romano dica che ciò avvenga *ad similitudinem emptionis* non è sufficiente a tessere un'effettiva eguaglianza di effetti tra questi due negozi ⁽¹⁰²⁾. La dimostrazione viene trovata da Azone sul piano dell'*actio venditi*, ancora una volta tramite lo strumento analitico dell'*id quod interest* ⁽¹⁰³⁾.

L'obbligazione del compratore è *in dare*, pertanto egli è tenuto a trasferire in ogni modo la proprietà della cosa che costituisce l'oggetto della sua prestazione, vale a dire del prezzo in denaro. La perfetta fungibilità della prestazione pecuniaria rende questa obbligazione *certa*, poiché il compratore non ha la medesima potestà di

⁽¹⁰²⁾ Institutiones Iustiniani, de donationibus, in un paragrafo citato spesso dai Glossatori erroneamente come § *perficiuntur*, dall'incipit del secondo periodo, nel quale significativamente si pone l'affinità quanto al momento di conclusione tra *emptio* e *donatio*. Questo passo risulta centrale sia per l'analisi degli effetti della compravendita, sia per quanto riguarda l'*auxilium legis*.

⁽¹⁰³⁾ « Datur haec actio ex vendito in primis ad precium quanto venit res et necesse habet emptor nummos facere venditoris. Licet venditor non teneatur facere rem emptoris et est ratio differentiae quia venditor ad certam speciem est obligatus. ». AZONE, *Summa Codicis, de actione empti et venditi*, cit.

scelta sull'oggetto da prestare ⁽¹⁰⁴⁾. Ciò qualifica la sua obbligazione nel campo del *dare*, come obbligo di trasferire in ogni modo possibile la proprietà della somma di denaro che costituisce il prezzo.

Qui è lo sviluppo dogmatico che rappresenta la linea di frattura tra due periodi della scuola dei Glossatori: una cosa è la struttura genetica del contratto — il suo essere *vestito* in un certo modo — altra cosa la sua struttura funzionale, che può esprimersi in obbligazioni dalla diversa struttura quanto alla prestazione equivalente. La Glossa Magna partirà così dalle acquisizioni azoniane — che le consentono di ripercorre in modo alquanto sommario i termini tradizionali della contesa, per lei ormai di scarso interesse ⁽¹⁰⁵⁾ — per giungere a una rappresentazione unitaria della fattispecie, fondandola sul fatto che la sentenza che conclude il giudizio iniziato dal compratore per il soddisfacimento della sua pretesa deve necessariamente pronunciarsi sia sulla possibilità di trasferire la cosa, sia sul pregiudizio subito dall'attore ⁽¹⁰⁶⁾.

Le due obbligazioni del venditore non possono condurre a due accertamenti diversi e autonomi, ma ad uno solo, che comprenda la totalità delle pretese astrattamente derivanti dal contratto. La Glossa esclude così nell'*actio empti* la natura di azione arbitraria: la prestazione della compravendita è l'obbligo al trasferimento della cosa,

⁽¹⁰⁴⁾ « Unde merito concluditur sibi si praestet eam sicut potest emptori vero est obligatus ad precium in genere nam quamlibet pecuniam dando liberari potest dummodo suam det et ideo strictius obligatur ad transferendum dominium in venditorem quia laxiorem habet potestatem. ». AZONE, ult. op. cit.

⁽¹⁰⁵⁾ « Quid autem si precise velit habere rem, an potest? Dicit M. quod sic, si habet restituendi facultatem, si non: fit condemnatio in interesse: ut hic dicit et pro eo est supra de rei vindicatione l. qui restituere et C. de fideicommissaria libertas lex finalis et Institutiones de donationibus § perficiuntur et infra de verborum obligationibus lex ubi autem § finalis. Item et quod dicitur conventionem servandam: ut infra eodem lex ex emptio in principio. Bulgarus autem et Iohannes et Azo dicunt eum liberari semper praestando interesse, etiam si haberet rem et pro se habent quod hic dicitur: et C. eodem lex si traditio et infra eodem lex ex empto § etiam... ». Glossa *agitur in l. Si res vendita ff. de actionibus empti et venditi*.

⁽¹⁰⁶⁾ « *Agitur*. An ergo ferentur duae sententiae, de re tradenda una et de rei interesse alla, si res non praestetur, sicut in arbitrariis fit?...Responde non: cum hoc non inveniam, nec sit haec arbitraria, sed una tantum, scilicet de interesse. ». Glossa *agitur in l. Si res vendita, ff. de actionibus empti et venditi*.

rispetto al quale la prestazione dell'interesse rileva come sanzione dell'inadempimento. Esso non è quindi oggetto del contratto, ma solo oggetto dell'azione da questo derivante ⁽¹⁰⁷⁾.

Adito da chi asserisce di aver diritto alla prestazione di una cosa per averla acquistata, il giudice deve innanzitutto procedere alla cognizione dell'effettiva esistenza del contratto che fornisce titolo a tale pretesa. Una volta accertata, deve chiedere al venditore se sia disposto a trasferire il bene, unico oggetto del contratto o, piuttosto, a prestare l'*id quod interest*, il risarcimento, unico oggetto possibile della condanna ⁽¹⁰⁸⁾. In questi termini il ruolo dell'interesse, come istituto che rileva nella fase processuale, descrive immediatamente la struttura obbligatoria del contratto sul piano sostanziale: l'*actio empti* sarebbe *arbitraria* secondo i Glossatori se fosse nella legittimità dell'attore, e non del convenuto, scegliere tra la prestazione della cosa e quella dell'*id quod interest* ⁽¹⁰⁹⁾. Il venditore non è quindi obbligato a trasferire una cosa sotto pena di una sanzione, ma è obbligato a effettuare una prestazione indeterminata corrispon-

⁽¹⁰⁷⁾ « Quando ergo sciam, an tradat rem, vel non? Responde: tempore sententiae dandae interrogabitur, an velit tradere: quod si dixerit non, damnatur in interesse... et sic aliud agitur, scilicet ad rem: et ad aliud fit condemnatio, scilicet ad interesse. nec mirum, quia et alias hoc fit... ». Glossa *agitur*, cit.

⁽¹⁰⁸⁾ Si veda, al proposito, l'esemplificazione che Odofredo pone all'inizio del suo commento alla *l. Si res vendita*: « Secundo exponitur illa regula: et dicitur quod istud interesse quandoque est maius quam commune: vel conventum: et est singulare et singulariter interest: et si elegit petere singulare commune vel conventum petere non potest: ponamus ergo ita exemplum. vendidisti librum pro decem solvi tibi precium vel paratus sum solvere: tu non vis tradere librum ad quid conveniam te: certe ad interesse meum quanti interest rem traditam fore: et iudex in eo te condemnabit: et istud interesse usque ad quam quantitatem petitur: certe si volo petere conventum duntaxat petam precium rei: si autem volo petere commune interesse: quia licet res fuisset vendita pro decem communiter valebat duodecim potero petere quanti res illa valet communiter: sed si interest mea plus habere quam alicuius: quia liber meus fuit: petam singulare interesse et non quantumcumque sit: sed usque ad duplum communis interesse et ita condemnabitur mihi in viginta.. ». ODOFREDO, in *l. Si res vendita*, ff. de actionibus empti et venditi, n. 1.

⁽¹⁰⁹⁾ « Sed an ipsum interesse sit in obligatione, ut etiam in principio si velit actor, possit agere ad interesse et iure actionis veniat, cum forte interrogaverit venditorem, an velit rem tradere et ille denegavit? Quidam quod sic, argumenta eius quod hic est, agitur, et cetera. Alii quod non ». Glossa *agitur*, cit.

dente all'utilità che il compratore si riprometteva di conseguire con il pagamento del prezzo ⁽¹¹⁰⁾.

Questo schema può essere replicato così per tutti i contratti da cui derivi l'obbligo a *tradere rem*, indipendentemente dalla loro struttura e dalla loro finalità. Torniamo alla disciplina della donazione ⁽¹¹¹⁾. La *donatio* è sanzionata attraverso la *condictio ex lege*, azione personale che ha per oggetto la *traditio rei*; stante l'apparentamento delle modalità di conclusione fra donazione e *emptio*, nulla di più facile e immediato che costituire anche in capo al venditore l'obbligo di trasferire la cosa, traducendo l'affinità anche al livello della struttura di tutela. Non è così che le ultime manifestazioni della

⁽¹¹⁰⁾ Occorre ricordare che la Glossa sostiene che in caso di inadempimento dell'obbligo del venditore, questi deve corrispondere l'interesse *singulare*, quindi non il valore di mercato della cosa (circostanza che potrebbe condurre, in taluni casi a rendere talvolta vantaggioso l'inadempimento), ma il valore corrispondente al beneficio che il compratore si riprometteva di ottenere dal possesso di quel determinato bene. Se si trattasse del primo criterio — l'interesse *commune* — non avremmo significative differenze ponendo l'*id quod interest in obligatione* piuttosto che in *condemnatione*, poiché esso riprodurrebbe fedelmente la cosa oggetto del contratto in termini di equivalente monetario. Dal punto di vista pratico, in questo caso, la condanna in *id quod interest* si tradurrebbe in una sostanziale risoluzione paritetica della compravendita, poiché il compratore rimarrebbe tuttavia obbligato a pagare un prezzo in linea di principio eguale alla somma che gli deve essere corrisposta a titolo di interesse. Vero il secondo criterio, prettamente sanzionatorio, che comporta una valutazione esondante del risarcimento rispetto al valore comune del bene, non è possibile ricostruire la sostanza obbligatoria della compravendita ponendo l'interesse come oggetto dell'obbligazione principale senza ottenere una mostruosità giuridica.

⁽¹¹¹⁾ Abbiamo prima ricordato come l'incipit della *l. Si res vendita* fosse stato sempre oggetto di aspra contesa tra la tesi martiniana e quella partecipata dagli altri dottori. L'ibrida formulazione (« Si res vendita non tradatur in id quod interest agitur: hoc est, quod rem habere emptoris interest. ») veniva interpretata dai primi facendo cadere l'accento sul *rem habere*, dagli altri sull'*id quod interest*, con un'operazione sterile dal punto di vista tecnico, tutta piegata su una forzatura meramente testuale. La Glossa *agitur*, sopra citata, così conclude la disputa: « Et quod dicit agitur, id est actum fingitur, ut sic in eo interesse fiat condemnatio. Vel dicas hoc casu sic agi: peto rem tradi, et si non trades, peto interesse, quod tutius est. ». L'*agitur* del testo romano, sul quale si concentravano tanti problemi esegetici, non rappresenta più né un impulso né un ostacolo. Su altre basi sistematiche il tardo glossatore assume la piena valenza della tutela in *id quod interest*, e afferma che l'*agere ad rem habendam* può essere ricostruito come una *fictio* , poiché l'oggetto della *condemnatio* può soltanto essere l'interesse, oppure come azione subordinata.

scuola dei Glossatori risolvono la questione. La Glossa accursiana parla di una *necessitas ex post facto*, che deve essere valutata *in id quod interest*, e che prescinde dal tipo contrattuale ⁽¹¹²⁾. È questo il criterio che guida l'interpretazione definitiva del tormentato passo delle Istituzioni cui prima accennavamo: l'affinità tra compravendita e donazione si pone sul lato della conclusione, ma da tale affinità non può derivare alcun giudizio circa la disciplina degli effetti ⁽¹¹³⁾.

In altri termini, vi è una differenza sostanziale tra l'oggetto del contratto e l'oggetto dell'azione che deriva alla parte che ha subito l'inadempimento ⁽¹¹⁴⁾. L'oggetto del contratto di compravendita, ad esempio, è la consegna della cosa contro un prezzo; l'oggetto

⁽¹¹²⁾ «...ad illam Institutiones de donationibus dicunt quod similes sunt venditor et donator in hoc, quia tenentur unus praecise scilicet donator si stipulatio erat, alter causative tenetur scilicet venditor, hoc est nisi tradat interesse imo sunt hodie paria, cum uterque sit contractus necessitatis ex postfacto: quod olim in donatione non erat». Glossa *agitur in l. Si res vendita, ff. de actionibus empti et venditi*, cit.

⁽¹¹³⁾ Il quale va apprezzato su una molteplicità di piani. Si osservi la costruzione della Glossa a proposito dell'eseguibilità in forma specifica della *rei vindicatio*, che abbiamo visto essere stato uno dei caposaldi dell'opinione martiniana circa il *praecise cogi ad rem tradendam* dell'obbligazione del venditore: «Condemnandus est. in primo ergo casu cum possidet, quattuor sunt mini prodita auxilia: rei ablatio, in litem iuratio, interesse praestatio: et rei vera aestimatio. In secundo, quando dolo desiit possidere tria ultima praeter primum locum habent contra eum.[...] Si vero non dolo sed culpa duo tantum ultima. Si nec dolo, nec culpa, nullum...», Glossa *condemnandus est in l. Qui restituere ff. de rei vindicatione*. La Glossa traccia, di conserva al testo, una graduazione tra i rimedi sussidiariamente esperibili a carico della parte obbligata alla *restitutio*, tracciando quattro casi distinti e graduati quanto alla tutela adibite. Solo nell'ipotesi in cui l'obbligato sia ancora in possesso della cosa, questa può essergli sottratta *manu militari*; nel caso in cui se ne sia spogliato, la sentenza non può essere eseguita in forma specifica nei confronti del terzo, indipendentemente dalla buona o mala fede di quest'ultimo. La tutela può esprimersi, così, solo in forma obbligatoria e, di conseguenza, soltanto in confronto all'obbligato principale. Essa differenzia i propri criteri di valutazione a seconda che l'obbligato si sia privato della cosa per dolo o per colpa, ma ove la cosa sia perita senza la sua partecipazione, l'obbligazione si estingue. Questa costruzione rappresenta il totale superamento della impostazione martiniana, apprezzato sullo specifico profilo della struttura di tutela, poiché stempera la pretesa assolutezza della tutela reipersecutoria all'interno di un sistema più complesso, comunque centrato sull'*id quod interest*.

⁽¹¹⁴⁾ «Et exponitur ista litera [in id quod interest emptoris agitur] uno modo id est actum fingitur quod dicit emptor petit rem tradi non interesse: quia rem tradi est in obligatione: interesse in condemnatione: vel exponatis, agitur scilicet in veritate et sic si venditor est in mora tradendi rem venditam statim obligatur ad interesse: vel potest ita

dell'azione del compratore è dato dalla subordinazione tra la pretesa alla cosa e quella alla prestazione equivalente in *id quod interest*. Questo elemento è proprio, secondo questi autori, di tutti i contratti *bonae fidei*, nei quali, pertanto, può essere sempre chiesto il risarcimento del pregiudizio totale patito dalla parte che ha subito l'ina-dempimento, nella forma dell'*id quod interest singulare* ⁽¹¹⁵⁾.

3.6. Segue. *Id quod interest e contratti stricti iuris*.

Resta però da vedere l'incidenza di questa nuova rappresentazione dell'*id quod interest* sul piano dei contratti *stricti iuris*, cui appartiene la *stipulatio*, per verificare come queste dottrine portino all'individuazione dello schema tripartito di negozio che costituisce il modello generale di sostituzione degli effetti negoziali.

Il terreno d'analisi è qui la *certi condictio*, la tutela che il diritto romano riserva alle obbligazioni a trasferire cose determinate solo nel genere, a prescindere dal titolo. Su quest'ultima caratteristica si concentrerà sempre l'attenzione dei Glossatori, che restituiranno la *certi condictio* soprattutto nella sua natura di azione astratta ⁽¹¹⁶⁾. La *certi condictio* è così l'azione personale ⁽¹¹⁷⁾ che si individua nel solo

subaudiri: in id quod interest emptoris agitur scilicet ut emptor petat a venditore rem tradi: et si non tradat petat eum condemnari ad interesse ». ODOFREDO, in *l. Si res vendita, ff de actionibus empti et venditi*, n. 1.

⁽¹¹⁵⁾ « Alias regulariter dixit domine Azo non reperio singulare interesse posse peti. sed signori salva autoritate sua quae magna fuit videtur somniasse in parnasso: nec mirum quia tantum cogitabat de subtilitatibus iuris quod non videbat textum et quod sit videndum videte: bene assentio domini Azonis in eo quod dixit quod in actione ex empto et in aliis bonae fidei actionibus quod venit singulare interesse... sed non assentio in eo quod dixit quod in aliis actionibus venit singulare interesse si nominatim convenit quod veniat singulare interesse: quia in bonae fidei iudiciis venit singulare interesse etiam si nominatim non convenit. ». ODOFREDO, in *l. Si res vendita*, cit. n. 2.

⁽¹¹⁶⁾ Si confronti la definizione di *condictio* data da Piacentino nella *Summa de actionum varietatibus*, 30, *Quid sit condicere et quot modis condicatur*: « Condicere est denunciare prisca lingua, ut Institutiones de actionibus: moderna autem lingua et nova nihil aliud est hodie condicere quam in personam agere ». (*Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, ed. L. WAHRMUND, 1925, r.a. Aalen 1962).

⁽¹¹⁷⁾ « Supra de contractibus proposuit, ex quibus personales actiones frequentissime nascuntur. personales vero actiones appellantur conditiones: ea ratione premituntur. nam conditiones habent expressam formam personalium actionum, quia in his precise dare seu facere continentur, quod proprium est personalium actionum. cumque de

elemento offerto dal *quid precise dare seu facere oportere*, senza necessità alcuna di verificare la natura della fattispecie da cui origina l'obbligo ⁽¹¹⁸⁾.

L'astrattezza della *condictio certi* ne faceva una tutela residuale, secondo i primi apparati, un'azione sussidiaria, che viene concessa tanto nei casi in cui da un determinato atto giuridico non derivi alcuna azione specifica, tanto nelle ipotesi in cui competerebbe all'attore un rimedio particolare, con il quale concorre in via subordinata. Essa può avere ad oggetto tanto un'obbligazione da contratto che da delitto, purché vi sia l'unico requisito della certezza dell'oggetto della prestazione ⁽¹¹⁹⁾.

I primi Glossatori identificano così il nucleo definitorio di questa azione nella certezza della prestazione, sulla base della formulazione della promessa delle parti obbligate ⁽¹²⁰⁾. Essi non tracciarono mai una definizione autonoma di questa certezza, limitandosi a ripetere la formula usata dal testo romano ⁽¹²¹⁾. Un quadro

his dicendum sit, merito certi condictio in tractatu, utpote dignior seu generalis, anteponitur ». *Summa Trecensis*, IV, 2, *si certum petatur*, n. 1.

⁽¹¹⁸⁾ La *Summa Codicis* di Rogerio (IV, II, *si certum petatur* n. 1) introduce il tema con parole ancora più perspicue: « Inseruit de contractibus, ex quibus personales actiones oriuntur. quia personalium actionum quedam habent expressam formam personalium actionum, quedam sunt que non obtinent, quia non precise intenditur dare, facere oportere, tractat primum de his que obtinent expressam formam. ergo, merito, de conditionibus tractat, nam "condicere" est in personam agere, idest precise intendere dare, facere oportere. ». Le tutele che perseguono l'obbligo a effettuare una prestazione determinata hanno per ciò stesso l'*expressam formam* delle azioni personali, caratteristica che, sulla base di questa eguaglianza, viene specularmente negata a quei rimedi che danno sanzione ad un contratto che ha ad oggetto una prestazione indeterminata.

⁽¹¹⁹⁾ « Competit enim ibi ubi nulla alla actio est, et ubi aliae conditiones competunt, item ubi aliae quoque actiones tam ex contractu quam ex maleficio dantur, quia haec condictio competit non habito causarum seu obligationum delectu, dummodo certum quid precise debeatur. ». *Summa Trecensis*, IV, 2, *si certum petatur*, cit.

⁽¹²⁰⁾ « Certum autem est quod ex ipsa pronuntiatione quid quale quantumve sit apparet. et hoc fit, sive proprio nomine res appellatur, sive alia denotatione quae nominis vicem optinet ». *Summa Trecensis*, IV, 2, *si certum petatur*, n. 7.

⁽¹²¹⁾ In D. 12, 1, 6. (*l. certum*, ff. *si certum petatur*): « Certum est, cuius species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo aut ea demonstratione, quae nominis vice fungitur, qualis quantaque sit, ostendit ».

che è destinato a perpetuarsi per diverse generazioni di Glossatori, per come si può vedere in Rogerio ⁽¹²²⁾ e in Piacentino ⁽¹²³⁾.

Dall'identificazione tra i termini di *condictio* e di azione personale deriva l'omogeneità della *condictio certi*, azione per l'adempimento della prestazione certa e astratta dal suo titolo, con la *condictio indebiti*, tutela restitutoria e la *condictio ob causam*, tutela risolutoria ⁽¹²⁴⁾.

La *condictio* può essere *certa* o *incerta* per Piacentino a seconda che il suo *petitum* consista nell'adempimento di una prestazione *certa* o *incerta* ⁽¹²⁵⁾. Le ipotesi *certae* sono eguali nel suo apparato a quelle individuate dagli autori precedenti ⁽¹²⁶⁾; quelle *incertae* possono essere descritte solo con una mera enumerazione casistica ⁽¹²⁷⁾. A dominare questi primi apparati è una concezione oggettiva di certezza della prestazione: è *certa* la prestazione ad una *res* determinata e specifica, ma è egualmente *certa* quella ad un bene comunque individuato nella propria *species* vel *quantitas* ⁽¹²⁸⁾.

⁽¹²²⁾ « Certum est cuius species vel quantitas, que in obligatione versatur, aut suo nomine, aut ea demonstratione que vice nominis fungitur, qualis, quantave sit ostendatur ». ROGERIO, *Summa Codicis*, IV, 2, *si certum petatur*, n. 4.

⁽¹²³⁾ « Inde est, quod omnis personalis actio non absurde potest vocari condictio. Nam et rerum amotarum actio in hac significatione dicitur condictio... Obtinuit tamen per excellentiam, ut, si absolute dicatur condictio, debeat intelligi condictio certi, indebiti seu ob causam vel quaecumque aliarum, quae continent expressam formam personalium actionum ». PIACENTINO, *Summa de actionum varietatibus*, cit., 30, *Quid sit condicere et quot modis condicatur*, cit.

⁽¹²⁴⁾ « Sed quia conditiones quedam sunt que sumunt nomen a re, quedam a causa, dignior est autem res quam causa, tractat de ea conditione que sumit nomen a re. quia res alia certa, alia incerta: quia res certa dignior est quam incerta, merito tractat de conditione certi ». ROGERIO, *Summa Codicis*, IV, 2, *si certum petatur*, n. 2.

⁽¹²⁵⁾ « Conditur autem alias certum, alias incertum; sicque condictio alias certi, alias incerti. » PIACENTINO, ult. loc. cit.

⁽¹²⁶⁾ « Condictio autem certi generalis est ex omni causa competens, ex qua certum debetur, sive ex causa contractus vel quasi, sive ex causa maleficii et quasi ». PIACENTINO, ult. loc. cit.

⁽¹²⁷⁾ « Incerti condictio competit in tribus casibus, puta si quis sine causa obligatus est liberatusve, incerti conditione agitur, ut liberetur vel in obligatione reponatur, ut ff. de conditione sine causa. Sed et in locum conditionis furtivae, quae non nisi domino datur, condictio incerti non dominis tribuitur, puta creditori similibusque... » PIACENTINO, ult. loc. cit.

⁽¹²⁸⁾ « Certum est quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid, quale, quantumve sit, ut ff. de verborum obligationibus l. stipulationum. Item certum est, cuius species vel

La definizione del *certum* assume esiti assai diversi in Azone. La *certi condictio* è quell'azione che compete per qualsiasi causa o obbligo, purché non sottoposta a termine o condizione ⁽¹²⁹⁾. Da qui una nuova distinzione tra i contratti *certi* e i contratti *incerti*, che viene riportata tutta sul ruolo dell'*id quod interest* ⁽¹³⁰⁾. La conseguenza è che la prestazione del *facere* può essere richiesta in giudizio tanto con la specifica *actio ex stipulatu*, quanto con una *certi condictio ad interesse*, poiché la domanda dell'equivalente rende esperibile con questo mezzo anche la prestazione più *incerta* possibile ⁽¹³¹⁾.

L'*id quod interest* non costituisce l'oggetto dell'obbligazione, ma della tutela alternativa che è *certa* per definizione. È quindi possibile, e anzi normale, che una *condictio certi ad interesse* nasca da un qualsiasi contratto, anche *incerto*, secondo i metri degli autori precedenti ⁽¹³²⁾. La *condictio certi ad interesse* è dunque un'azione suppletiva e alternativa a quella che origina specificamente dal contratto. Nel caso prima esaminato della compravendita, il risarcimento del danno subito dal compratore può essere chiesto con l'*actio empti*, unitamente alla consegna della cosa venduta, o con la *certi condictio*, come obbligo autonomo, prescindendo dalla domanda della prestazione principale. Al di là della definizione di

quantitas nomine proprio vel digito demonstratur sive aliquibus vocabulis, quae vice proprii nominis fungantur, ut ff. si certum petatur l. certum ». PIACENTINO, ult. loc. cit.

⁽¹²⁹⁾ « Est autem sciendum quod ubi certum quid est in obligatione datur conditio certi generalissima que competit ex omni causa et ex omni obligatione sive sit nata ex certo contractu sive ex incerto dum tamen sit pura obligatio. Nam ante diem vel conditionem non potest agere creditor, ut ff. eodem l. certi. Et in uno casu ponitur proprie hoc verbum potest et improprie in alio ante conditione quia agere potest obstat tamen ei exceptio... ». AZONE, *Summa Codicis*, si certum petatur.

⁽¹³⁰⁾ « ...et appellatur quidam certum contractum nominatum. Incertum appellatur innominatum vel dic incertum contractum in quo continetur incertum, puta quid fieri, vel non fieri. ». AZONE, *Summa Codicis*, tit. si certum petatur.

⁽¹³¹⁾ « Nam si agatur ex eo ad factum agitur actione ex stipulatu... sed et potest agi ex eo ad interesse quia ubicumque factum est in obligatione ad interesse [agitur] ». AZONE, *Summa Codicis*, loc. cit.

⁽¹³²⁾ « Sic ergo ad hoc interesse quod est pene incertum velit quis agere conditione certi cum ipsum dari sit in obligatione non video cur non possit. [...] Quod nam dicitur incerti agendum expone id est ex incerta stipulatione conditio certi ad interesse. ». AZONE, *Summa Codicis*, loc. cit.

certum data da Azone ⁽¹³³⁾, il significato del termine è totalmente diverso, nella diversa operatività che esso assume nella definizione della *certi condictio ad interesse* che, avendo a oggetto un *dare*, è sempre *certa*, a prescindere dal fatto che il titolo di costituzione dell'obbligazione sia *incertum* ⁽¹³⁴⁾.

Questa nuova prospezione interpretativa trova ulteriori sviluppi nella Glossa Magna. La *certi condictio* si estende a tutti i crediti certi, ossia a ogni prestazione concernente il trasferimento di un'utilità al patrimonio del creditore. Gli unici contratti che non importano la *certi condictio* sono quelli in cui il creditore attende la restituzione di quanto non ha mai cessato di essere suo ⁽¹³⁵⁾. In questo modo, sono *certae* solo le ipotesi fondate su una *res certa*, determinata come tale dalla relazione che l'obbligazione all'equivalente monetario ha rispetto all'oggetto dell'obbligazione derivante dal contratto ⁽¹³⁶⁾. L'obbligazione a restituire una cosa che sia già in proprietà di chi la chiede non è predicabile come *certa res*: chi agisce in rivendica chiede un oggetto certo e determinato, ma la struttura dell'obbligazione non è esprimibile secondo questa categoria, poiché in questo caso l'*id quod interest* non ha alcuna rilevanza ⁽¹³⁷⁾.

⁽¹³³⁾ « Est autem certum cuius species vel quantitas que in obligatione versatur ex ipsa pronuntiatione facta nomine proprio vel demonstratione que fungitur eius vice apparet que sit qualis sit quanta sit ». AZONE, *Summa Codicis*, loc. cit.

⁽¹³⁴⁾ Il che non è ovviamente estensibile a qualsiasi obbligo di trasferire una cosa: « Porro comodatarius et depositarius obligati sunt ad certum non tamen dandum sed restituendum, et ideo non tenetur conditione... unde etiam contingit quod conveniunt ad interesse vel ad fructus quod non est in conditione aliqua nisi furtiva... ». La *certitudo* azoniana si definisce nel trasferimento della proprietà; quelle prestazioni che, pur avendo un certo bene ad oggetto, tuttavia non trasferiscono la proprietà, ma altra situazione giuridica, non rappresentano delle ipotesi di contratto certo e quindi, sia pure su obblighi complementari al principale, ammettono la valutazione *in id quod interest*.

⁽¹³⁵⁾ « Certum petitur. Quid sit certum, habes supra eodem lege certum et subaudi hic scilicet dari ut debitum: non ut meum: quia tunc vindictio non condictio datur: nisi contra furem. ». Glossa *certum petitur in l. Certi condictio ff. si certum petitur*, cit.

⁽¹³⁶⁾ « Sed nunquid cum actione ex empto, vel praescriptis verbis datur, vel similibus, in quibus ad tradendum agitur, non ad dandum: ut infra de actionibus empti in principio? Responde sic: unde dic certum petitur scilicet dari vel tradi. at ubi factum purum est, ut facere fossam et similia, habet locum ex stipulatu: ut infra de verborum obligationibus l. ubi autem § qui id quod. ». Glossa *certum petitur*, cit.

⁽¹³⁷⁾ « Sed cum in actione ex empto interesse praestandum liberetur: ut infra de actionibus empti lex prima. nunquid in hoc idem est quando in eius locum datur? Dic

Una cosa è la certezza dell'obbligazione, misurata dal punto di vista del contratto ⁽¹³⁸⁾, altra cosa la certezza della prestazione, che si determina nella rilevanza o meno dell'*id quod interest* ⁽¹³⁹⁾. Per la Glossa accursiana, è ormai indifferente il *certum* dell'oggetto del contratto per indicare la ricorrenza della valutazione in *id quod interest* del risarcimento per equivalente. Qualsiasi prestazione ammette una sua valutazione in equivalente. Questa è però normativamente valutabile secondo gradi diversi, nullo in certe ipotesi, massimo in altre ⁽¹⁴⁰⁾.

Questo criterio troverà massimo sviluppo successivamente alla Glossa accursiana. Gli autori successivi dedicheranno molta attenzione alla tipizzazione delle ipotesi di contratto *certo* da cui può derivare una prestazione *incerta*, e viceversa ⁽¹⁴¹⁾. L'ipotesi del contratto *certo* da cui deriva un'*obligatio certa* si realizza in quelle fattispecie in cui una parte si obbliga a trasferire all'altra la proprietà di una cosa determinata nella sua *species*. In questo caso l'attore chiede solo e semplicemente questa prestazione e non trova luogo

quod sic... sed nunquid in locum actionis commodati vel pignoratitiae vel similis datur haec conditio? Responde non: quia ibi neque ad dandum neque ad tradendum, quod non sit meum daretur, sed ad meum restituendum. Accursius ». Glossa *certum petitur*, cit.

⁽¹³⁸⁾ « Ex certo. Dic certum contractum in quo continetur certum: incertum in quo continetur incertum: ut factum, sed ad interesse certificandum per sententiam iudicis. » Glossa *ex certo* in *l. certi conditio ff. si certum petatur*.

⁽¹³⁹⁾ « ...at si ad factum praecise agitur prius, et postea: est ibi incertitudo. nec obstat quod hic dicit, certum petitur, quasi principium sit considerandum: ut tunc sit certum: quia etiam prius est certum ratione spei infallibilis. Nam debet probari, et condemnatio fieri certa super interesse. ». Glossa *ex certo*, cit.

⁽¹⁴⁰⁾ Ritorna non a caso la critica a quei giuristi, non meglio precisati, che ritenevano di poter distinguere i contratti certi da quelli incerti sulla base di una tipizzazione del momento genetico: « ...et exponunt hic ex certo, id est, nominato, sive ex incerto, id est, innominato contractu... ». Glossa *ex certo*, cit.

⁽¹⁴¹⁾ « Et ad hoc ut piene liqueat articulus iste: ita distinguo et advertatis hanc distinctionem: quia alibi non invenietis, aliquando contractus est certus et ex eo petitur certum. Aliquando contractus est incertus et ex eo petitur incertum. i. contractus est certus et ex eo petitur certum: puta peto id quod apparet: quid quale quantuncunque sit vel id quod vice nominis fungatur: ut supra eodem l. certum et infra de verborum obligationibus l. stipulationum: et tunc habet locum certi conditio et ita dicam: quia promisisti me illum stichum dare: peto ipsum a te certi conditione generali proposita. ». ODOFREDO, in *l. Certi conditio ff. si certum petatur* n. 7.

alcuno la valutazione in *id quod interest*. Il contratto *incerto* in cui si chiede un *incertum* è quello in cui si promette una cosa determinata solo nel genere o un *facere*, ma tutte queste prestazioni possono diventare *certae* nella cognizione del giudice, che condanna in *id quod interest singulare* ⁽¹⁴²⁾. In questa stessa ipotesi l'attore può chiedere direttamente una prestazione *certa*, quando omette di chiedere l'adempimento in forma specifica della prestazione pattuita, introducendo solo la domanda per l'equivalente ⁽¹⁴³⁾.

Un quarto caso è astrattamente configurabile, quello del contratto *certo* da cui deriva una pretesa *incerta*. È l'ipotesi in cui si stipula di prestare un risarcimento da determinarsi in concreto per il caso dell'inadempimento della prestazione principale ⁽¹⁴⁴⁾. Il contratto, in questo caso, si compone di due *stipulationes* alternative: malgrado il contratto sia *certo* per struttura, da esso deriva, funzionalmente, la produzione di un'obbligazione *incerta*, perché ha ad oggetto direttamente l'*id quod interest*, non la sua determinazione, il che rende questo caso diverso da quello della *stipulatio poenae*, come promessa di corrispondere una somma già determinata *ex ante* dalla pattuizione dei contraenti, e certa per definizione ⁽¹⁴⁵⁾.

⁽¹⁴²⁾ « Si autem contractus est incertus: et ex eo petitur incertum; ut puta quod promisisti mihi dare hominem in genere vel promisisti facere foveam: si ago ad hominem in genere vel ad foveam faciendam: tunc habet locum ex stipulatu actio non certi condictio generalis [...] ibi expono incerti id est propter interesse: quod est incertum antequam certificetur per iudicem. ». ODOFREDO, in *l. Certi condictio ff. si certum petatur* n. 7.

⁽¹⁴³⁾ « Item aliquando est contractus incertus: et ex eo petitur certum pone quod promisisti mihi facere foveam promisisti incertum ...sed quia non facis foveam convenio te ad interesse certae quantitatis pecuniae ». ODOFREDO, ult. loc. cit.

⁽¹⁴⁴⁾ « Item aliquando contractus est certus: et ex eo petitur incertum: ut quia promisisti mihi dare stichum si non dares promisisti mihi soluere interesse: si non das peto interesse videor petere incertum: quid dicemus: et certe dicemus si interesse est incertum, tamen dicitur certum quantum ad eventum: quia postea certificatur per iudicem ». ODOFREDO, ult. loc. cit.

⁽¹⁴⁵⁾ Odofredo configura questa quarta ipotesi immaginando una stipulazione alternativa per rendere più semplice l'esempio e distinguerlo più nettamente da quello della prima ipotesi. La parte obbligata a trasferire la proprietà di un oggetto determinato, difatti, non può essere richiesta, né liberarsi prestando l'*id quod interest* nel caso in cui essa si mantenga nel possesso di quel determinato bene. Se ne è stata spogliata o se ne è spontaneamente privata, tanto dolosamente quanto colposamente, essa rimane obbli-

4. *L'alteri stipulari nello schema tripartito basato sull'id quod interest.*

L'evoluzione delle dottrine circa l'interesse influenza direttamente la ricostruzione del contratto a favore di terzo nei Glossatori più tardi. Come abbiamo visto, i primi apparati si concentravano sull'ipotesi di un'azione utile al terzo, ricavandola su una base puramente equitativa, come sull'altra ipotesi descritta nel testo romano, quella della stipulazione di una penale per l'inadempimento del promittente, anche qui risolvendo il tutto sull'*aequitas pacti*, che implica che se un accordo non può essere produttivo di tutela in giudizio, pure deve valere come fatto.

Azone e la Glossa Magna rappresentano questa realtà in modo fondamentalmente diverso, distinguendo due ipotesi alternative di stipulazione a favore del terzo sulla base della presenza o meno di un interesse per lo stipulante. Un interesse, giova ripetere, che non è più il mero interesse di fatto preso in considerazione dal testo romano per ammettere, senza definirle appieno, talune ipotesi di sostituzione degli effetti negoziali, ma appunto l'*id quod interest*, frutto dell'intensa elaborazione che abbiamo appena esaminato.

Nella visione di Azone, l'accordo con cui un soggetto si impegna con un altro a dare a un terzo è sempre un *pactum*, che diviene però utile a produrre una tutela azionabile in giudizio solo con la presenza dell'interesse di una delle due parti a che la prestazione sia eseguita nei confronti di un soggetto estraneo all'accordo. ⁽¹⁴⁶⁾

Questa soluzione presenta per Azone degli evidenti problemi ricostruttivi. In linea di principio, è difficile vedere in questa fattispecie la nascita di un'obbligazione. Essa non potrebbe difatti dirsi acquisita né a chi l'ha posta in essere, poiché egli non voleva che gli effetti del contratto si realizzassero nel suo patrimonio, né a chi dovrebbe beneficiarne, perché estraneo all'accordo. Il *pactum ut alteri detur* non potrebbe produrre quindi né gli effetti di un patto

gata alla corresponsione dell'equivalente, per come i giuristi medievali evincono dall'interpretatio alla *l. Qui restituere, ff de rei vindicatione*.

⁽¹⁴⁶⁾ « Quid ergo si ab altero, sed non alteri nostrum sit dandum? hoc est quod vulgo dicunt, Pactus sum tecum alteri dari: utique pactum erit, licet quandoque utile, quandoque inutile, sit agendum...cum mea interest, secundum Ioannem... ». AZONE, *Summa Codicis, de pactis* n. 1.

nudo, ossia l'obbligazione naturale, né gli effetti di un patto vestito, l'obbligazione civile ⁽¹⁴⁷⁾. La conseguenza è che qualsiasi accordo a favore di terzo dovrebbe essere considerato per questo irrilevante per il diritto.

Poiché però il Corpus iuris afferma esplicitamente l'esistenza di fattispecie negoziali a favore di terzo, questo dato si impone al giurista, che non può definirli altro che come *pacta* ⁽¹⁴⁸⁾. Il che porta come conseguenza che l'accordo a favore di terzo produca un'obbligazione naturale tra le parti il cui oggetto è l'effettuare una prestazione al terzo estraneo ⁽¹⁴⁹⁾.

In radice, questo dibattito dà conto della difficoltà di percepire il ruolo dell'interesse come elemento di legittimazione della fattispecie sostitutiva degli effetti negoziali. L'interesse non può essere inteso come un autonomo *vestmentum* del patto. I *vestimenta pactorum* non sono la generica espressione di una *ratio civilis* che dovrebbe provvedere di azione un accordo percepibile sulla *ratio naturalis*: sono elementi di qualificazione strutturale dell'accordo, modi di realizzazione del *pactum* che rendono questo abile alla tutela giuridica delle situazioni soggettive da esso derivanti. Il consenso, nel più immediato degli esempi, non è sufficiente a vestire un qualsiasi regolamento contrattuale, ma solo quello relativo allo scambio di cose contro prezzo, o dell'uso della cosa contro un canone, o ancora degli altri corrispondenti ai tipi romani dei contratti di buona fede. Questo modo di rappresentare la realtà del tipo contrattuale può consentire talune estensioni dei singoli tipi, ma non

⁽¹⁴⁷⁾ « ...hoc tamen iniquum videtur (scilicet ut si dicatur pactum) cum mea non interesset ei dari cui pactus sum. Si nudum pactum est: ergo aliqua saltem naturalis nata est obligatio ei cui pactus sum: sed ei solui non potest, ut ff. de verb. obl. l. eum qui ita § qui sibi. ergo non est nulla quaesita sibi obligatio, cum maior sit et sanae mentis: nec sit obligatio mutata: nam et lex dicit ei non esse cautum...Praeterea mihi non est quaesita, quia nec mihi dari volui, sed nec ei, cui non potui. Nam nudum pactum hoc habet, ut naturalem obligationem inducat: cum ergo non operetur, quae pacti nudi sunt, nec ea, quae vestiti sunt, constat quod nudum pactum est nec vestitum, ergo nullum. ». AZONE, *Summa Codicis, de pactis* cit.

⁽¹⁴⁸⁾ « ...lex tamen talem conventionem vocat pactum...et ideo primae sententiae inhaereo... ». *Summa Codicis, de pactis*.

⁽¹⁴⁹⁾ « Naturalis est quaesita obligatio, ut alteri detur. ». Glossa *nihil interest* (2) in *l.stipulatio ista § alteri*.

l'individuazione di altri, in un catalogo che deve restare chiuso alla rappresentazione delle strutture descritte dal Corpus iuris e quindi imposte al giurista di diritto comune.

L'interesse non può quindi che operare su un piano diverso, nella stipulazione a favore di terzo: quello della rappresentazione dello specifico *vestimentum* della stipulazione, il *vestimentum verbis*. L'interesse viene pertanto inteso dai Glossatori come elemento che provvede di legittimità la formula verbale con cui lo stipulante chiede al promittente di costituire un'obbligazione in cui effetti non dovranno realizzarsi nel suo patrimonio, ma in quello del terzo. Se la stipulazione è una *verborum conceptio*, in altri termini, l'interesse è l'elemento che provvede di validità e quindi di azionabilità in giudizio quella *verborum conceptio* fatta per dirigere gli effetti a un terzo estraneo ⁽¹⁵⁰⁾. In assenza di uno specifico interesse dello stipulante, una tale *conceptio verborum* non vestirebbe il consenso comunque raggiunto tra le parti.

Da qui la necessità che la formula della stipulazione sia predicata nella persona dello stipulante, e che questa possa valere a fondare un'obbligazione civile nei limiti del suo interesse a che la prestazione sia data al terzo, limiti che si verificano nella legittimazione dello stipulante a *agere ad interesse* ⁽¹⁵¹⁾.

Sul primo profilo, tanto Azone che la Glossa accursiana sono chiari nel dire che la *formula sponsionis* può essere valida a creare effetti per il terzo solo come oggetto di una promessa fatta allo stipulante, non direttamente al terzo. L'unica forma ammissibile è quindi « *promittis mihi quod dabis illi* », non « *promittis illi haec* », una questione sconosciuta agli apparati precedenti e che sarà alla base di una più complessa analisi portata avanti dai giuristi successivi. La *formula sponsionis* così strutturata fonda la legittimazione formale del solo stipulante all'azione derivante dalla stipulazione a favore di terzo.

⁽¹⁵⁰⁾ « per haec verba. Promittis mihi quod dabis vel facies illi? Et sic expone sequentia exempla. Sic ergo conceptis verbis agam, si mea interest: non autem ille aget cui stipulatus sum... ». Glossa fieri in *l.stipulatio ista* § *si quis insulam* ff. de *verborum obligationibus* (D.45,1,38,21).

⁽¹⁵¹⁾ « Sed si dixissem, promittis illi haec? Prorsus est inutilis: etiam si mea interesset secundum Azo et Hugo quia nullum verbum hic ponitur, per quod videatur mihi quod quaeri... ». Glossa fieri, cit.

Altra cosa è però la legittimazione alla tutela in senso sostanziale, l'appartenenza del diritto vantato. Su questo secondo profilo, non è sufficiente che lo stipulante abbia contrattato un'obbligazione al terzo, ma occorre che egli possa agire contro il promittente per chiedere il risarcimento *in id quod interest* delle conseguenze dell'inadempimento ⁽¹⁵²⁾.

A questi esiti i tardi glossatori arrivano sull'interpretazione di D. 45.1.118., la l. *Liber homo* nel titolo *de verborum obligatonibus*. Il testo parla di una stipulazione espressa nella formula « *mibi aut Titio, utrum ego velim, dari spondes* ». In questi termini, la stipulazione è per il testo romano certa quanto all'obbligazione di dare la cosa allo stipulante, poiché egli acquisisce al suo patrimonio un diritto di credito da un contratto di cui è parte, mentre è incerta quanto alla stessa obbligazione di dare al terzo, poiché questa dipende da una scelta dello stipulante, che potrebbe in concreto non esprimersi in tal senso ⁽¹⁵³⁾. Altra cosa, secondo il testo, l'ipotesi in cui si stipuli una penale per il caso in cui il promittente non dia la prestazione al terzo. In questa fattispecie, cui lo stipulante può accedere per soddisfare un proprio interesse, la stipulazione penale vale a rendere utile l'obbligazione di dare al terzo, altrimenti priva di effettività in giudizio.

Una prima glossa, siglata da Accursio, interpreta il riferimento alla natura incerta dell'obbligazione del promittente quanto al terzo come titolo di attribuzione allo stipulante della *condictio incerti ad interesse*, quindi dell'azione tipica della *stipulatio* estesa fino a

⁽¹⁵²⁾ Un elemento che vale a tenere distinta l'ipotesi della stipulazione a favore di terzo con quella dell'*adiectio solutionis causa*, per come precisa la Glossa *credendum est* alla l. *stipulatio ista § alteri*: « ...nec placet ut dicas Titium adiectum: ut Irnerius dixit, quia id esset, si dixissem aut, sed hic dixi et... ». Nell'*adiectio solutionis causa*, la formula *sponsionis* obbliga il promittente a pagare a sé o a un terzo, pertanto l'inadempimento del promittente non può generare, secondo le dottrine sull'*id quod interest*, un interesse *singulare* per lo stipulante che sia quantitativamente superiore e qualitativamente diverso rispetto all'interesse *conventum*. Nel caso della stipulazione a favore di terzo, al contrario, lo stipulante pattuisce non per sé, ma per il terzo, e l'inadempimento del promittente deve comprendere ogni utilità che lo stipulante si riprometteva dal contratto.

⁽¹⁵³⁾ « Decem mihi aut Titio, utrum ego velim, dare spondes? Ex eo, quod mihi dandum est, certi stipulatio est: ex eo, quod illi solvendum, incerti. Finge mea interesse Titio potius quam mihi solvi: quoniam poenam promiseram, si titio solutum non fuisset. » (D. 45.1.118).

comprendere quanto il terzo chiederà allo stipulante per non aver adempiuto a una sua obbligazione verso di lui attraverso il fatto del promittente. L'incertezza della prestazione del testo romano viene letta *inspecto principio*, ossia dal lato del promittente, non dello stipulante che, agendo *ad interesse*, chiede al giudice che essa venga quantificata, ossia trasformata in una prestazione *certa* ⁽¹⁵⁴⁾. Il tutto ci è confermato dalla glossa successiva, alla parola « *poenam* ». Per il testo romano, la stipulazione della penale è, come detto, il mezzo puramente strumentale per conseguire il risultato dell'adempimento al terzo, altrimenti impossibile sulla stipulazione principale, inutile per il divieto di *alteri stipulari*. Per la Glossa, al contrario, essa è uno strumento alternativo di quantificazione dell'interesse: prima della stipulazione penale, la stipulazione principale a favore di terzo è *incerta*, e dà titolo a una domanda che la renda *certa* nella quantificazione giudiziale dell'*id quod interest* dello stipulante; dopo che la penale è stata stipulata, l'obbligazione del promittente riceve certezza da questa ⁽¹⁵⁵⁾.

In altri termini, la *stipulatio alteri* è sempre valida e produttiva di azione tutte la volte in cui esista un interesse dello stipulante che non è esterno alla stipulazione, ma funzionalmente collegato con la stessa, tale da poter essere valutato nella quantificazione della responsabilità del promittente per l'inadempimento, il che presuppone una precedente obbligazione dello stipulante verso il terzo. L'*agere ad interesse* costruisce in questo modo il negozio tripartito: l'adempimento del promittente al terzo estingue contemporaneamente non solo l'obbligazione che questi ha verso lo stipulante, ma anche quella che esiste tra lo stipulante e il terzo ⁽¹⁵⁶⁾.

⁽¹⁵⁴⁾ Glossa *incerti ad l. Liber homo ff. de verborum obligationibus*: « Incerti. Id est conditio incerti ad interesse quod est incertum competit mihi scilicet non illi ut et C. de inutilibus stipulationibus l. tertia in fine et supra si quis in ius voc. l. finalis et dicitur incertum inspecto principio, sed iudex facit certum. Accursius. ».

⁽¹⁵⁵⁾ Glossa *poenam ad l. Liber homo, ff. de verborum obligationibus*: « Poenam. Scilicet post stipulationem et ita incertum erat eo tempore, scilicet contractae stipulationis, quantum consequetur. Accursius. ».

⁽¹⁵⁶⁾ Significativa la lettura del *casus* della l. *Liber homo* nella glossa *decem mihi*, siglata da Francesco d'Accursio: « stipulatus sum a te hoc modo: promittis mihi decem aut Titio? Tu respondes promitto. Quo ad id quod mihi promisisti, habeo actionem certi ex stipulatu quo autem ad respectus Titii habeo actionem incerti ad interesse: quia si mea

Il promittente deve quindi rispondere nei confronti dello stipulante non di un qualsiasi adempimento dell'obbligazione contratta con la stipulazione a favore di terzo, ma del suo esatto adempimento: solo nel caso in cui lo stipulante fosse in grado di fornire l'adempimento al terzo nei termini concordati con lui mediante la valuta che gli proviene dal promittente, questi potrebbe efficacemente liberarsi pagando direttamente a lui, ma ove ciò non può ricorrere, il promittente, anche ove mettesse a disposizione dello stipulante la prestazione che si era impegnato a dare al terzo, dovrebbe rispondere del pregiudizio datogli. L'inadempimento del promittente, in altri termini, provoca un danno nel patrimonio dello stipulante che non si riduce al valore della prestazione oggetto della stipulazione, ma a tutto quello cui lo stipulante potrebbe essere condannato a seguito della domanda giudiziale del terzo contro di lui.

Si comprende in questi termini il senso di una dottrina che si ritrova nell'opera di Azone e che attraverserà da allora in poi tutti gli apparati: in una stipulazione a favore di terzo, lo stipulante agisce contro il promittente *ad interesse*, malgrado la stipulazione abbia per oggetto un *dare* e non un *facere* ⁽¹⁵⁷⁾. La prestazione in *dare*, ossia quella di trasmettere il diritto di proprietà di una cosa, non a trasferire la cosa perché l'acquirente possa costituirvi il proprio diritto, è la prestazione certa per definizione, e non ammette una valutazione alternativa *in id quod interest*. Nel caso tale prestazione debba essere effettuata a un terzo, anche la prestazione in *dare*, se inadempita, produce una condanna al risarcimento in equivalente monetario, e non solo quella all'adempimento in forma speci-

interfuit potius solui Titio, ideo quod sub poena ei promiseram, certe teneris mihi ad interesse, si non solueris Titio. Franciscus. ». Nel testo si parla di una penale stipulata tra stipulante e promittente, qui si parla invece di una penale come titolo di un'obbligazione che esiste necessariamente tra lo stipulante e il terzo, in funzione della quale il primo potrebbe essere condannato per l'inadempimento del promittente.

⁽¹⁵⁷⁾ « Si tamen stipuler alteri dari, cui dari mea interest, stipulatio tenet ad hoc, ut agere possim ex ea: non ut agere possit ille, cui erit dandum, vel faciendum, ut infra de donationibus l. cum res ut ecce, stipulor dari creditoribus meo decem, vel procuratori, vel curatori, vel similibus personis, ut ff. de ver. obl. l. stipulatio ista et § si stipuler et § si quis insulam, vel loco opus faciendum, quod ego conduxi: et ex posterior ex ea stipulationem (licet contineat donationem, et non factum) ad interesse, ut ff. de ver. obl. l. liber homo § ult. Quod est notabile ». AZONE, *Summa Codicis, de inutilibus stipulationibus*.

fica ⁽¹⁵⁸⁾. Le fonti non ci presentano mai questo *agere ad interesse* come un'eccezione data dal testo romano, cui è altrimenti estranea.

Essa è, al contrario, il mezzo per dare giustificazione a tutte quelle eccezioni al divieto di *alteri stipulari* variamente contenute nel testo romano in funzione della nuova rappresentazione dell'*id quod interest* che abbiamo sinora esaminato. Per i tardi esponenti della scuola bolognese, in molte di queste ipotesi il testo romano presuppone l'esistenza di un'obbligazione tra stipulante e terzo, sulla base della quale costruire la responsabilità *in id quod interest* del promittente ⁽¹⁵⁹⁾.

5. *Lo schema di legittimazione in assenza di un interesse dello stipulante. La stipulatio poenae.*

Le ipotesi di *alteri stipulari* in cui non può ravvisarsi un simile interesse possono essere rese valide solo con la stipulazione accessoria ad una penale, che si pone pertanto come ipotesi alternativa ⁽¹⁶⁰⁾. La *stipulatio poenae* sostituisce il lato mancante del negozio tripartito, l'obbligazione dello stipulante verso il terzo.

La lettura della fattispecie avviene su più piani. Il primo piano di comprensione concerne la diversa rilevanza della causa di nullità della *stipulatio*. Una *stipulatio* può essere nulla perché *contra legem*,

⁽¹⁵⁸⁾ Glossa *habebit* in l. *Stipulatio ista*, § *si quis insulam*, tit. de verb. obl. cit. « et agam ex huiusmodi stipulatione ad interesse, licet dationem contineat. ».

⁽¹⁵⁹⁾ Glossa *non obligabitur ad Institutiones Iustiniani* tit. de inutilibus stipulationibus § *si quis alii*: « Non obligabitur. Et est ratio: quia nemo alienum factum promittere potest: ut hic, et ff. de verb. oblig. l. stipulatio ista in principio nisi poena promittatur ut infra e. § versa vice. Nisi in casibus in quibus praesumit lex interesse promitti nisi fiat, ut in cautione iudicio sisti....Item in stipulatione ista, habere licere....Item in stipulatione de rato....Item in stipulationibus aedilitiis, ut sanum esse servum venditum, vel non furem, et similia....Item in stipulatione rem pupilli salvam fore, nam cum sit praetoria, exigitur fideiussor...Stipulatur ergo pupillus his verbis a fideiussore: promittis rem meam salvam fore per tutorem vel curatorem? Nam et his verbis ab eis stipulatur...Praeterea nonne quis semper promittit per se et suos haeredes ea facta quae per alium possunt explicari... ».

⁽¹⁶⁰⁾ « Si autem adiiciat poenam, si alteri non fuerit datum: stipulatio poenae tenet, nam in poenali stipulatione non spectatur quid alicuius intersit, sed quae sit quantitas in conditione stipulationis ut Insti. eo § alteri et ff. de v.o. stipulatio ista § alteri et § si stipuler et § si quis. ». AZONE, *Summa Codicis, de inutilibus stipulationibus* n. 11.

contrastante cioè con un esplicito divieto del testo romano. In questo caso, la stipulazione penale non potrebbe valere a provvederla di effetti, poiché a essere contrastato dall'ordinamento è la finalità specifica perseguita dal negozio di cui lo stesso ordinamento dispone la nullità ⁽¹⁶¹⁾. Nel caso in cui sia la prestazione ad essere contraria alla legge, la nullità della stipulazione opera di diritto. Nel caso in cui essa non sia in sé vietata, ma lo divenga in concreto perché stipulata con violenza o dolo, la prestazione può essere azionata in giudizio, ma soggiacerà all'eccezione avversaria ⁽¹⁶²⁾. Stessa sorte patirebbe la stipulazione di una penale accessoria: in sé valida, potrebbe essere respinta dall'eccezione del convenuto che dimostri il vizio del volere.

Rispetto a queste ipotesi, la stipulazione a favore di terzo è un contratto *praeter legem* ⁽¹⁶³⁾. Essa non ha una prestazione turpe, né postula la violenza o il dolo nella sua struttura. La norma superiore non la riconosce come azionabile, ma neanche la contrasta: se pertanto essa è priva di un mezzo autonomo di tutela, tuttavia può costituire valido presupposto per una stipulazione penale. La conferma è nell'ipotesi inversa: esistono casi in cui la stipulazione principale ha un oggetto lecito, ma a essere invalida è la stipulazione penale accessoria, per la finalità che esprime. In questo modo, la promessa di sposare una certa donna è valida anche se fatta attraverso una *stipulatio*, mentre non sarebbe valida la stipulazione di una penale a sostegno di quest'obbligo. Dalla principale la parte si può

⁽¹⁶¹⁾ « Item quod dictum est stipulationem poenalem valere, etiamsi inutilis sit stipulatio prima, recipit bonam distinctionem: quia quando promittitur aliquid, quod est secundum legem, tunc agitur omnino ad poenam: quando vero contra legem (ut si promittatur turpe, vel contra bonos mores, vel de futura successione) et tunc nullo modo agitur ad poenam ut ff. de ver. obli. l. generaliter et l. veluti et l. stipulatio hoc modo et l. si stipuler, ut id fiat et infra eodem l. ex eo. ». AZONE, *Summa Codicis, de inutilibus stipulationibus* n. 12.

⁽¹⁶²⁾ « Secus, si promississet aliquid turpe, puta per metum, vel dolum: tunc enim daretur actio, quia promissum est non turpe, sed removeretur exceptio, quia turpiter factum est, ut infra eodem l. dolo. Idem est, etsi nullus dolus intercesserit, sed ipsa res in se solum habet. Cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit, ut ff. de verb. obl. l. si quis cum aliter. ». AZONE, loc. cit.

⁽¹⁶³⁾ « Si vero stipuler, quod est praeter legem, hoc est, quod neque lex approbat, neque improbat: inutilis quidem est stipulatio, sed petitio poenae locum habet: ut dictum est, cum stipulor alteri. ». AZONE, loc. cit.

liberare in presenza di una giusta causa ostativa al matrimonio, il che rende la stipulazione funzionale alla struttura del sacramento. Dalla stipulazione penale accessoria la parte non può liberarsi altro che pagando la somma, il che si tradurrebbe in una coazione al matrimonio, ovviamente vietata dall'ordinamento ⁽¹⁶⁴⁾.

Su questa analisi si pone il secondo piano di comprensione della fattispecie: quello della relazione che si instaura tra la stipulazione principale a favore di terzo e la stipulazione penale. Poiché la stipula di una prestazione a favore di un terzo non comporta la violazione di una norma cogente, se non può produrre effetti azionabili dallo stipulante, pure non può essere unilateralmente eliminata dal mondo dei fatti giuridici. Ciascuna parte può invocarne la nullità, e rifiutarsi di adempiere, ma se vi adempie spontaneamente, non ha diritto a ripetere quanto pagato. Se così è, essa può essere il presupposto di una seconda stipulazione che, in quanto contratto astratto, può ben contenere la promessa a pagare una somma a seguito di un fatto qualsiasi, come quello di non adempiere la prestazione precedentemente o contestualmente promessa al terzo in un diverso atto negoziale.

Quello descritto da Azzone non è pertanto lo schema di una stipulazione accessoria, ma quello di una stipulazione condizionale, che prende effetto dall'avveramento di una condizione negativa, l'inadempimento dell'accordo a dare al terzo. Per questo motivo l'interesse dello stipulante è un elemento inutile alla fattispecie: la sostituzione degli effetti si realizza su una base obiettiva, attraverso un contratto unilaterale che assume come contenuto obbligatorio l'inadempimento del negozio precedente il quale, se spontaneamente effettuato, non sarebbe andato incontro a ripetizione.

L'unico elemento che va indagato in concreto è la *quantitas* della *conditio stipulationis*, ossia l'importo del risarcimento cui il promittente inadempiente dovrebbe essere condannato. Il giurista medie-

⁽¹⁶⁴⁾ « Quandoque tamen etiamsi honestum sit, quod stipulor (ut si stipulor Bertam mihi nupturam) non tamen ago ad poenam, quam mihi promisit, si mihi non nuberet ratione redditu, quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, vel ut contrahantur, vel ne dissolvantur ut ff. de verb. oblig. l. si ita stipulatio facta fuerit et l. Titia. Vel forte ea est ratio, quia non interest mea pecuniariter. ». AZZONE, loc. cit.

vale vede qui il rischio dell'usura: la possibilità che una pena calcolata in modo abnorme rispetto al valore della prestazione lasciata inadempita comporti un interesse o comunque un obbligo slegato dalla concreta utilità che la prestazione al terzo dovrebbe rappresentare per lo stipulante.

Questi risultati definitivi precipitano nell'apparato interpretativo della Glossa accursiana. Il primo viene pacificamente accettato dalla Glossa. Una cosa è l'inutilità della stipulazione perché il negozio intende conseguire finalità vietate dall'ordinamento, altra cosa è l'inutilità che deriva dal fatto che l'ordinamento non provvede un negozio di tutela, ma senza esprimere disvalore verso le sue finalità specifiche ⁽¹⁶⁵⁾.

È tuttavia il secondo a ricevere maggiore attenzione, giungendo ad una più compiuta concezione della stipulazione penale come negozio condizionato dalla stipulazione a favore di terzo, che viene esplicitata attraverso una lettura sistematica di altri testi del Corpus iuris. Nello specifico, la Glossa tiene distinta l'ipotesi in cui la penale viene contratta attraverso una *stipulatio* autonoma da quella in cui viene determinata dalle parti con un patto aggiunto alla stipulazione principale a favore del terzo.

Solo nel primo caso la stipulazione di una penale rileva obiettivamente per dare efficacia al negozio principale a favore di terzo, poiché si tratta di due contratti diversi, l'uno dei quali prende causa dall'altro. Nel secondo caso l'aggiunta di un patto, pur dal medesimo contenuto sostanziale, alla stipulazione a favore di terzo si traduce in un unico contratto, di cui occorre saggiare la validità caso per caso nella presenza o meno di un interesse per lo stipulante ⁽¹⁶⁶⁾.

⁽¹⁶⁵⁾ La Glossa accursiana si serve per questo del riferimento ad un altro testo romano, la *l. Stipulatio hoc modo*, che parte dal caso di pagare una somma per il caso in cui il promittente non istituisca erede lo stipulante. In questo caso, la contrarietà della condizione sita nella stipulazione ai buoni costumi conduce ovviamente alla nullità del negozio. Glossa *contra bonos mores ad l. Stipulatio hoc modo, ff. de verborum obligationibus*: « Et ideo si poena non teneris ut supra tit. infra l. non solum et supra ad lege Falcidia quod de bonis § primum et c. de trans. l. cum donatio et l. e. l. generaliter et C. de pac. l. secunda et C. de inut. stip. l. ex eo et infra e. si homo et infra de pac. iurisdictionum § Marcellus ».

⁽¹⁶⁶⁾ Glossa *conveniet ad l. stipulatio ista § alteri ff. de verb. obl.* « Quando prima nulla erit: sed secunda poenalis valebit, quia prima est praeter legem, secus si contra legem esset: quia nec prima nec secunda tenebit: argumenta infra eodem l. stipulatio hoc

A questo risultato la Glossa accursiana giunge attraverso la comparazione con una fattispecie diversa, descritta dalla l. *servus eam legem ff. de servis exportandis et fugitivis*. Il testo romano parla del patto accessorio alla compravendita di uno schiavo con cui le parti stipulano che il compratore non terrà lo schiavo in un certo luogo. Il testo afferma che, per raggiungere questo scopo, occorre provvedere il patto interno al contratto di una clausola penale. All'inadempimento dell'obbligo, tuttavia, l'azione dovrà avere ad oggetto quella tra le due prestazioni alternative che avrà maggior valore per il venditore, considerato anche il puro *interesse affectio-nis*. Da qui, secondo la Glossa, la differenza tra le due ipotesi: ove la penale venga stipulata con un contratto autonomo, non si deve indagare dell'interesse dello stipulante della prima stipulazione a che la prestazione venga esattamente adempiuta, per esigere la penale. Ove al contrario la penale sia assunta all'interno di un unico programma obbligatorio, l'interesse va determinato in concreto ⁽¹⁶⁷⁾.

Quanto il testo romano poneva solo in termini di *quantitas*, per preservare alla clausola penale la sua funzione di deterrenza dall'inadempimento, i Glossatori leggono in termini di legittimità della clausola stessa. Questa potrà essere così azionabile solo ove il creditore dimostri di avere un interesse all'adempimento dell'obbligo principale: in caso contrario, egli avrebbe titolo a chiedere una somma di denaro in assenza di una causa sostanziale. La conseguenza, aggiunge la medesima glossa, è sempre quella dell'usura, il guadagno indebito di una cifra a fronte di un inadempimento non rilevante per il creditore ⁽¹⁶⁸⁾.

modo et hoc modo intelligitur infra ad l. Fal. quod de bonis § primo nam ibi contra legem est. Sed et si poena citra stipulationem pacto deducitur, inspicitur intersit vel non: ut in contrario infra de servis exportandis l. servus ea. ».

⁽¹⁶⁷⁾ Glossa *cogitur*, ad l. *Servus ea lege ff. de servis exportandis*: « Ergo interesse spectatur in poenali actione: ut hic. Secus in poenali stipulatione: ut infra de verbo. oblig. l. stipulatio ista § alteri et sic pro poena non agitur ex pacto incontinenti appposito, nisi intersit. Azo. ».

⁽¹⁶⁸⁾ Glossa *possit*, ad l. *servus ea lege ff. de servis exportandis*: « Id est non aget, nisi pecuniariter venditoris intersit, ut subiicit et sic cum approbet hanc distinctionem intersit sua pecuniariter, vel non, est contra supra l. proximi. In fine. Solve ibi intercessit stipulatio, hic non: ut in principio huius legis praeterea ibi agitur ex vendito ad ipsum interesse, hic ad poenam conventam. Quod non potest: ut hic, et sic nota, quod pactum

Diverso il caso in cui la penale sia stata stipulata con un negozio autonomo: in questa ipotesi corrono due rapporti obbligatori verso soggetti parzialmente diversi. La Glossa legge difatti l'ipotesi della l. *servus ea lege* comparandola con quella del testo immediatamente seguente — la l. *Titius servum vendidit* — in cui si vende il servo col patto che non dimori in un certo luogo e si pattuisce che, ove lo facesse, il venditore potrebbe procedere con la *manus iniectio*. Se il compratore lo rivendesse a un terzo con la stessa clausola, si potrebbe parimenti procedere con la *manus iniectio*, ma se il primo lo avesse venduto con la pattuizione della manumissione trascorso un certo termine, e il secondo con la possibilità della *manus iniectio*, il *favor libertatis* farebbe propendere per l'inefficacia dell'ultima pattuizione.

Nel caso la prima vendita fosse assistita da una penale, il venditore potrebbe comunque procedere verso il compratore per il pagamento di questa somma. Il testo precisa difatti che con l'apposizione della penale nasce una seconda azione che si affianca alla prima, e se quest'ultima si dirige verso il servo, autorizzandone la *manus iniectio*, la seconda si dirige esclusivamente verso il compratore. In questo caso il testo romano non fa alcuna questione dell'interesse del creditore della penale all'adempimento della prestazione principale: un contrasto tra testi che la glossa risolve affermando che, nel secondo, la penale sia stata stipulata separatamente, e non con un patto aggiunto ⁽¹⁶⁹⁾.

Soccorrono questa tesi due altri argomenti. Il primo è tratto da una costituzione di Giustiniano con cui si stabilisce che quando una pluralità di patti dotali è contenuta in un unico strumento, la convenzione deve essere valutata unitariamente, con la conseguenza che i patti utili forniscono efficacia ai patti eventualmente inutili. Un'applicazione di questo principio può essere operata, secondo la Glossa Magna, anche nella relazione tra stipulazione principale a favore di terzo e stipulazione penale accessoria, con quest'ultima che

incontinenti appositum non valet ad actionem in poena ista, sic nec in usura ut C. de usuris l. tertia et plene dixi supra de pactis iurisdictionum § sed cum nulla. ».

⁽¹⁶⁹⁾ Glossa *duae actiones ad l. Titius servum vendidit ff. de servis exportandis*: « ex vendito, et ex stipulatu secundum quosdam. Tu dic, una qua ipse tenetur, et alia qua alius ei tenetur, de manus iniectio una est, quae primo tantum competit. Accursius.

provvede di efficacia la prima, altrimenti inutile ⁽¹⁷⁰⁾. La Glossa ha cura di specificare che ciò si realizza solo quando l'accordo sulla penale è stato materializzato in una *stipulatio*, non in un patto aggiunto alla stipulazione penale, ipotesi in cui l'effetto di validazione non potrebbe verificarsi ⁽¹⁷¹⁾.

Il secondo: la novazione della stipulazione principale da parte della successiva stipulazione penale ⁽¹⁷²⁾. In linea di principio, la stipulazione di una penale può importare la novazione della stipulazione principale solo se questo effetto non sia stato escluso dalle parti, ma la Glossa Magna ha cura di precisare che può operare una presunzione di *animus novandi*, che deve essere superata dal convenuto in giudizio. In taluni casi, la stipulazione penale può anche importare la novazione dell'obbligazione naturale nata da un semplice patto ⁽¹⁷³⁾.

La questione di legittimità della clausola penale si sposta per-

⁽¹⁷⁰⁾ Glossa *fortitudinem ad l. rem in praesenti C. de rei uxoria*: « Fortitudinem. Da exemplum: quia stipulor alteri: hoc non valet. Adiicio poenam: hoc valet, et dat robur inutili, non ut ex ea agatur, sed poenae metu ei pareatur, ut ff. de verb. obl. l. stipulatio ista § alteri et supra de pactis l. si pacto. hic tamen datur robur ex hac lege huic, ut etiam ex ea agatur: et sic sit utilis, et est sic supra si ser. ex. se emi l. prima. Sed agumenta contra ff. de iis quibus ut indig. l. eum quidam nam utilis non firmat inutilem institutionem, sed inutilis vitiat utilem. »

⁽¹⁷¹⁾ Glossa *fortitudinem*, cit.: « Alii ponunt hic exemplum per l. supra de pactis l. in bonae fidei, et l. petens, scilicet in pacto incontinenti appposito cui datur robur vicinitate contractus. sed illa non est stipulatio, sed pactum: unde primum melius est. »

⁽¹⁷²⁾ Glossa *solemnem ordinem ad l. Si pacto, C. de pactis*: « Item quaero an obligatio naturalis, quae oritur ex nudo pacto secundo et primo, sit novata per stipulationem? Dic quod sic, nisi esset in contrarium actum ut ff. de act. et obl. l. obligationum fere in fine et de nova. l. si in princ. et de verb. obl. l. ita stipulatus § si hodie non, ut infra de nova. lex finalis in fine. »

⁽¹⁷³⁾ Glossa *ferre ad l. Si pacto, ff. de pactis*: « Sed obiicitur ei exceptio, quod accepto ferre tenetur: ut hic. E contra si utatur actione ex stipulatu ad poenam, exceptio non erit obiicienda actori nisi similiter rato manente pacto fuerit stipulatus. Et hoc faciebat l. ista dubitationem: quia videbatur exceptio pacti sublata ex stipulatione poenae animo novandi secuta: cum olim semper praesumebatur: ut infra de actionibus et obligationibus l. obligationum fere § fi. Sed hodie contra: ut C. de novationibus l. finalis. Unde si agitur, ut fiat novatio, tantum ad poenam agitur, et sic non habet locum quod hic dicit. Quod autem huiusmodi pactum possit in aliam obligationem transfundi, probatur ex eo, quod ex huiusmodi pacta naturalis nascit obligatio: ut dicemus infra eadem lege si unus § pactus quam naturalis potest novari. »

tanto, nell'ipotesi in cui questa sia stata determinata con un autonomo negozio, dall'esistenza di un interesse pecuniario nel creditore della prestazione principale a una semplice questione di importo della penale ⁽¹⁷⁴⁾. Questo diverso problema viene affrontato sulla regola generale data dalle Istituzioni di Giustiniano circa il *quantum* dell'azione, ove si dispone che, in ogni caso, questa non può estendersi oltre il *quadruplum*. La Glossa esamina tutte le eccezioni a questo principio contenute nel Corpus iuris, da quella della responsabilità extracontrattuale, tanto nell'ipotesi diretta quanto in quelle in cui il danno ingiusto deriva dall'esecuzione di un precedente contratto fra le parti, come nel caso del *tignum vitiosum* che porta alla distruzione dell'intero edificio ⁽¹⁷⁵⁾.

In tutte queste ipotesi si ha un risarcimento, uno schema diverso da quello della stipulazione penale perché il creditore deve essere risarcito di tutto il danno patito, a prescindere dal rapporto che la sua domanda può avere con l'oggetto della prestazione principale la quale è per definizione inferiore al danno subito. Questa eccezione si fonda tuttavia sul fatto che chi ha subito il danno veda risarcito integralmente il pregiudizio che ha ricevuto dal perimento della cosa, il cui valore offre comunque un parametro oggettivo di determinazione della *poena*. Questo è necessario, tuttavia, solo nel caso di pena legale, non nel caso di una pena stipulata convenzionalmente tra le parti. In questo caso, essa può essere richiesta per quanto le

⁽¹⁷⁴⁾ Glossa *quantitas ad l. stipulatio ista § alteri, ff. de verborum obligationibus*: « Ut non immodica sit. Scilicet non ultra duplum, ut C. de sen. quae pro eo quod interest l. unica § sancimus. Alii contra, ut quantitas legitimarum usurarum inspiciatur si est usurarius: ut C. de usur. l. cum alligas et supra de act. empt. Iulianus § idem Papinianus respondisse se refert, et c. Sed prima sententia confunditur supra de evic. l. si dictum. Ioan. Tu dic plene ut nota C. de sent. quae pro eo l. unica § sancimus. »

⁽¹⁷⁵⁾ Glossa *ulterius ad Institutiones de actionibus § omnes*: « Ulterius. Scilicet ultra quadruplum. Sed contra in lege Aquilia, ubi occasione vilis servi interfecti agitur ad unam hereditatem perditam, quae valet centum marcas, ut supra ad legem Aquiliae § illud. Item contra de eo qui utilem clavum de nave abstulit, quare tota navis perit. Nam ad totum damnum tenetur, quod etiam in quadruplum et ultra excedit, ut ff. de incend. rui. nav. l. tertia § senatusconsultus. Item aliud contra in actione ex empto, ubi occasione pecoris morbosus, totus meus grex contaminatus est, vel occasione tigni vitiosi tota domus corrui: ut ff. de act. empti l. Iulianus in princ. Sed certe his tribus contrariis non agitur ad aliquid quod sit poena, inspecta persona agentis, sed totum est suum interesse. Nam hunc paragraphum intelligo quando poenalis est actio ex utraque parte. »

parti hanno stabilito, senza alcun riferimento al valore della prestazione principale. L'esempio primario è proprio quello della stipulazione penale strumentale a ottenere l'adempimento di un patto a favore di terzo: un'ipotesi in cui per definizione la penale non ha rapporto con il valore della principale, essendo la prima orientata all'adempimento di una prestazione diversa ⁽¹⁷⁶⁾.

5.1. *Il problema dogmatico della stipulatio poenae: l'efficacia civile dell'inadempimento di un'obbligazione naturale.*

La stipulazione a favore di terzo, se non può valere come negozio azionabile, pure attribuisce allo stipulante un'obbligazione naturale a che il promittente effettui una prestazione al terzo. L'inadempimento dell'obbligazione naturale può essere indirettamente provvisto di una sanzione attraverso la clausola penale. Si apre qui, tuttavia, il principale problema dogmatico di questa costruzione: in che modo introdurre la domanda giudiziale per il pagamento della penale, non essendo possibile richiedere direttamente in giudizio la prestazione principale.

La soluzione della Glossa è nella *litis contestatio de facto*, ossia nell'introduzione del giudizio sul semplice fatto dell'inadempimento ⁽¹⁷⁷⁾. Una costruzione che viene riportata al pensiero di Giovanni Bassiano e che ha come alternativa la possibilità di chiedere in giudizio il pagamento della penale come obbligazione astratta. In altri termini, non essendo azionabile l'obbligo principale, o si ritiene che la penale possa essere chiesta in giudizio sul solo fatto

⁽¹⁷⁶⁾ Glossa *ulterius*, cit.: « Vel dic quod non praestatur poena habito respectu ad rem. Item contra in eo qui surripuit servuum fiscalem, nam damnatur in duodecim libras argenti et servo restituendo C. de servis fugitivis l. qui servum. Sedi ibi non est relatio ad ipsam rem vel ad simplum. Est enim hic paragraphus intelligendus quando actio est poenalis, et in poena ad ipsam rem habetur respectus. Item contra supra de inutilibus stipulationibus § alteri. Nam ibi non inspicitur quanta sit poena, sed tota exigitur, sed ibi non habetur respectus ad ipsam rem. Vel dic aliud in poena conventionali, ut ibi, quam in legali, ut hic. »

⁽¹⁷⁷⁾ Glossa *nihil interest ad l. stipulatio ista § alteri ff. de verborum obligationibus*: « Nihil interest. Stipulantis scilicet cui naturalis est quaesita obligatio, ut alii detur. Sed quomodo committitur poena, cum nulla mora, nulla petitio in principali? Responde. De facto sit contestatio sicut si promittas decem cum petiero vel si navis venerit ex asia, et me lite contestante venit: ut nota C. de contrahenda stipulatione l. nuda. Accursius »

della sua stipulazione, o occorre trovare un collegamento processuale tra la penale e l'obbligo principale ma, allora, occorre trovare anche un momento in cui quest'obbligo, che pure in sé non potrebbe essere richiesto in giudizio, diventi perfetto.

Un problema, questo, che non è esclusivo della stipulazione a favore di terzo, ma che si presenta in tutti i casi in cui la manifestazione di volontà delle due parti non è tale da potersi dire aver costituito un contratto e pure le stesse hanno voluto assisterla di una clausola penale. L'esempio da cui procede la glossa è quello del *pactum de permutando*.

La permuta, in quanto patto vestito dell'*interventus rei*, non produce effetti azionabili in giudizio altro che con l'adempimento concreto di una delle due parti. Per salvaguardarsi, e anticipare quantomeno gli effetti di responsabilità al momento dell'accordo, è possibile che si stipuli il pagamento di una penale per l'ipotesi che una parte non dia ingresso al contratto col suo adempimento, pure quando anche l'altra parte non ha adempiuto.

Anche questa fattispecie può essere letta, secondo la Glossa, in questi due modi tra loro alternativi: o la stipulazione della penale si reputa un negozio autosufficiente o, al contrario, si reputa che ad essere esercitata in giudizio sia l'obbligazione naturale — che non ha potuto provvedersi di un *vestmentum* per l'inadempimento di controparte — a che una parte dia all'altra quanto pattuito ⁽¹⁷⁸⁾. Il problema si pone quindi in termini generali nel determinare cosa debba essere l'oggetto della *litis contestatio*, se una domanda giudiziale avente ad oggetto solo la penale o anche l'obbligo principale. Per come la glossa specifica, la questione non è nella diversa certezza dell'oggetto della stipulazione penale rispetto all'oggetto della stipulazione principale ⁽¹⁷⁹⁾.

⁽¹⁷⁸⁾ Glossa *saepe ad l. nuda pollicitatione C. de contrahenda et committenda stipulatione*: « Ut dicta l. legem et supra loca. l. si tibi et ff. de pac. l. iurisgentium § quinimo et dic casum quod convenimus de permutando et si non dares quod ex permutatione dare debes per stipulationem promisisti quanti mea interesset: non das, ago ad poenam et lite contestata in ea, committitur poena, vel secundum Ioa. ago de facto ex naturali obligatione ut des, quia de iure non possum litem in ea de facto contestari: statim committitur et petitur poena. Accursius. »

⁽¹⁷⁹⁾ Glossa *obligationis ad l. nuda pollicitatione C. de contrahenda et committenda stipulatione*: « Obligationes. scilicet ortae ex stipulatione Azo qui dicit non solum si contineret haec secunda pactio certum, sed etiam nunc cum continet incertum vel i. non

Il punto fu oggetto di diverse tesi presso i Glossatori, tutte puntualmente riferite dalla Glossa Magna. La prima tesi, attribuita come detto a Giovanni Bassiano, si centra sul ruolo processuale della *litis contestatio*. Poiché la stipulazione a favore di terzo non produce azione, lo stipulante non potrebbe introdurre una domanda che abbia ad oggetto la condanna del promittente a adempiere l'obbligazione principale. Trattandosi di un'obbligazione naturale, tuttavia, la sentenza che respingesse la domanda dell'attore sul presupposto dell'inesistenza dell'azione non condurrebbe alla sua liberazione dall'obbligo che, appunto, resta su un diverso piano di giuridicità.

L'inadempimento, se non può valere come presupposto giuridico per lo svolgimento dell'azione, può essere però prodotto dinanzi al giudice come presupposto di fatto per la stipulazione penale, e quindi per una condanna basata esclusivamente su di essa ⁽¹⁸⁰⁾. In questo caso, ad essere portata alla cognizione del giudice è l'obbligazione naturale in quanto tale: richiesto del giuramento *de calumnia*, l'attore non può giurare del fatto che esista una pretesa azionabile rispetto alla quale la stipulazione della pena si pone come tutela anticipata e strumentale, ma può giurare solo del fatto che quanto sta compiendo è privo di qualsiasi intenzione dolosa ⁽¹⁸¹⁾.

solum cum praecedente vestita sed etiam nunc cum praecessit nuda, committitur haec secunda litis contestatio, secundum utrumque intellectum. Vel idest non solum si incepisset a conditione, et desiisset iam posse dari vel fieri, sed etiam nunc cum praecessit pactio nuda. Haec tamen non sic placet, media placet. Et quod subiicit, etiam eius summae et c. quod non tantum quando esset certa, sed etiam tunc quando incerta. Accursius. »

⁽¹⁸⁰⁾ La Glossa cita al proposito l'opinione di Bulgaro: « Nec mireris agi ex naturali obligatione: quin secundum B. ex ea datur actio, licet non habeat effectum: ut ff. de fideius. l. fideiussor obligari § fideiussor et secundum haec non obstat oppositio. Nulla est mora ubi nulla petitio, et sic non committitur poena, ut ff. de re iudi. l. nulla et ff. e.l. si pupillus. Quia hic fuit petitio, ut dixi. »

⁽¹⁸¹⁾ Glossa *post motam litem ad l. nuda pollicitatione C. de contrahenda et committenda stipulatione*: « Sed quomodo lis super eo cuius nomine non est actio, contestari potuit: ut ar. ff. de nego. gest. l. si pupilli § fin. Sive dicas super nuda obligatione, sive super vestita, cum nondum extiterit conditio? Responde secundum Ioan. super nuda fiat petitio et contestatio de facto, quae licet nullum habeat effectum quantum ad hoc, ut ex ea fiat condemnatio, imo absolutio quasi ex inepta actione valet tamen quantum ad committendam poenam sic et ff. de ver. obl. l. si Titius ac si ita

L'alternativa è appunto vedere nell'inadempimento della stipulazione, pur inutile, a favore di terzo il presupposto di una condizione. Anche questa soluzione non è a perfetta tenuta, tuttavia: resta da stabilire quando la condizione si realizza, e diventa azionabile l'obbligo di pagare la penale. Molte tesi si dividono il campo. Una prima vede nell'inizio del processo il momento di realizzazione della condizione, in uno schema affine a quello dell'*actio pro socio*, che nasce al singolo associato a condizione dello scioglimento della società⁽¹⁸²⁾. Altri parlano comunque della *litis contestatio* come fatto preclusivo dell'adempimento, che legittima di conseguenza la domanda sulla pena. Altri ancora trattano della stipulazione penale come di un negozio che nasce condizionato da un altro, ma è alternativo rispetto ad esso, e può essere portato autonomamente in giudizio, sostituendosi a quello che avrebbe assicurato l'utilità effettivamente ricercata dallo stipulante⁽¹⁸³⁾.

Tutte le tesi fanno comunque premio sul carattere novativo della *litis contestatio*: una volta chiusa questa fase, con la non contestazione del convenuto, la stipulazione penale si estende a comprendere la prestazione oggetto della principale, ancorché inutile⁽¹⁸⁴⁾.

promississet dabo cum petieris a me, et si non promitto decem nam et haec petitio operabitur comissionem poenae: ut ff. de verbo. obli l. si decem cum petiero. Et si quaeras qualiter de calumnia iurat actor? Responde non iurat quia non praecedit actio, vel iurat quod non facit animo calumniandi et verum iurat sic et ff. de ne. ge. l. at qui natura § cum me. »

⁽¹⁸²⁾ Glossa *post motam litem*, cit.: « Vel responde quod non agitur ad poenam propter meram: sed quia extitit conditio stipulationis poenalis quam vult lex extare cum de facto sit contestatio litis. Alii dicunt moveri litem super poena et ante exordium non est commissa: sed in ipsius exordio committitur sic et ff. e.l. si Titius. Sic etiam cum quis litem contestatur in actione pro socio, soluitur societas et incipit illa actio competere: ut ff. pro soc. l. actione in principio et l. pro soc. l. tandis. »

⁽¹⁸³⁾ Glossa *post motam litem*, cit.: « Vel pone tertio quod convenisti dare librum, quod si non dares promissisti mihi decem nomine poenae vel interesse mihi dare teneris statim cum fuero contra te litem contestatus de libro. Vel quarto post pactum nudum promissisti interesse si navis ex Asia venerit et coepi statim agere ad librum, et statim venit navis: dimittam illam litem et agam ad interesse cum navis venit, ad quas duas ultimas positiones multum convenit haec litera et facit ad l. istam ff. pro socio l. duo. »

⁽¹⁸⁴⁾ Glossa *post motam litem*, cit.: « Quando autem qualibet stipulatio poenalis committitur. Dicunt quidam demum post litem contestatam, ut hic quaecumque pactio praecesserit: sed si nulla, tunc demum cum posse dare vel facere desiisset, ut ff. eo.l. ita stipulatus, alii ex qualibet mora dicunt eam committi. Nos idem dicimus, si praecessit

6. *La sostituzione degli effetti negoziali nell'ipotesi di previo adempimento dell'obbligazione di provvista.*

Una conferma può essere tratta *a contrario* dall'esame dell'unica ipotesi che i Glossatori non riporteranno mai nel loro sistema, considerandola sempre un'eccezione tipica dello specifico contratto che vi dà causa: il mutuo di valuta di proprietà di un terzo rispetto al mutuante. Un testo del Corpus iuris, (D. 12.1.15) pone come particolarità del mutuo pecuniario quella di generare l'obbligazione alla restituzione del *tantundem* nel proprietario della somma mutuata, anche se data da un terzo ⁽¹⁸⁵⁾. Il testo fa l'ipotesi del terzo che ordina a un suo debitore di dare il denaro a lui dovuto a un altro soggetto, che sarà pertanto obbligato alla sua restituzione. Secondo i principi, il contratto si instaurerebbe tra il debitore del terzo, che assume le vesti del mutuante, e il mutuatario. Il testo romano afferma invece che la *condictio certi*, l'azione tipicamente derivante dal mutuo, spetta direttamente al terzo, proprietario della somma.

Gli interpreti del diritto comune riporteranno questa ipotesi al contratto di mutuo, non al modello generale di sostituzione degli effetti negoziali, che si costruisce sulla diversa base data dall'*id quod interest*. Per far questo, taluni individueranno fattispecie genetiche diverse dello stesso contratto. Piacentino, ad esempio, parla di un contratto viziato che diventa valido con il passaggio in proprietà della somma di denaro altrui, il che legittima il proprietario a chiedere l'adempimento a lui dell'obbligazione pecuniaria, quasi si trattasse della rivendica di una cosa che non può più essere recuperata nella sua individualità ⁽¹⁸⁶⁾.

pactio obligatoria alioquin dicimus quod primi secundum Azo. Hoc tamen plenius diximus infra de pactis l. si pacto. »

⁽¹⁸⁵⁾ D. 12.1.15 (Ulpianus 31 ad edictum): « Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta. »

⁽¹⁸⁶⁾ « Deficiens mutuum tribus modis reconciliatur, consumptione, utili stipulatione, usucapione. Nam si pecuniam a non domino sibi creditam biennio detinuit acceptor, titulo pro suo usucepit, et est hoc nota dignum....Reconciliatur inquam mutuum per consumptionem bonae malaeve fidei, ubi quis quantitatem alienam nume-

In quanto bene mobile, una somma di denaro data a mutuo da chi non ne era proprietario diventa di proprietà di chi l'ha ricevuta con il possesso continuato per oltre un biennio. Il passaggio in proprietà del mutuatario della cosa fonda l'obbligo alla restituzione del *tantundem eiusdem generis et qualitatis*, effetto che può essere conseguito con la consumazione della somma, avvenga o meno con la buona fede del mutuatario. Solo nel caso non sia avvenuta l'una o l'altra cosa, l'azione per il pagamento del *tantundem* spetta al mutuante, anche di mala fede.

Il legittimo titolare della somma potrà rivendicarla dal mutuatario come da un possessore soggetto a evizione, poiché la somma si trova presso di lui nella sua individualità di cosa. Il proprietario della *pecunia* concorre con il mutuante effettivo per l'esercizio dell'azione a tutela della restituzione, e deve essere preferito a questi solo *ex fide bona*, per come sulla stessa base si tutela il debitore che ha pagato ad uno di questi soggetti dall'azione che contro di lui potrebbe esperire l'altro. Per il caso in cui il mutuante effettivo abbia mutuato il denaro altrui a nome proprio, Piacentino ipotizza la stessa *condictio ex causa mutui* in forma di azione utile ⁽¹⁸⁷⁾.

In questo caso, difatti, il mutuatario acquisterebbe la proprietà della somma con la sua consumazione, ma il titolare effettivo della valuta sarebbe privo di qualsiasi azione diretta contro di lui, e rimarrebbe quindi privo di qualsiasi tutela una volta che non si reperisse alcuna azione per lui contro il mutuante. Nell'interpretazione di Piacentino trova posto, a parti invertite, un'azione utile per

ravit. Similiter consumptorem non distinguimus. Ergo et furi numeranti pecuniam consumptam et alienam stipulanti condictio dabitur, dominus tamen pecuniae, eam non dum consumptam et in stipulatum deductam, a possessore vindicabit. Sed et is qui numeravit cum stipulatus sit condicere poterit: Si tamen ambo simul venerint dominus praeferrī debet. Item si alteruter acceptor pecuniae solverit, lite tamen ab altero non dum contestata, contra alterum agentem ex aequitate exceptione se tuebitur. ». PIACENTINO, *Summa Codicis, de pactis*.

⁽¹⁸⁷⁾ « Quid ergo dicemus, si quis numeravit nomine suo pecuniam non suam, et ea ab accipiente sit usucapta consumptave? Profecto de rigore, pecuniae quondam dominus omni destituitur actione: siquidem fieri potest, quod numerator nec ex negotio nec ex delicto, domino pecuniae invenitur obligatus: sed nec contra emptorem habet actionem. Pecuniae quondam dominus utilem habebit conductionem contra pecuniae acceptorem, ad instar eius, qui pecuniam suam vel Titii nomine numeravit. » PIACENTINO, *ibidem*.

il mutuante che non voglia ratificarne l'operato e quindi rivolga contro di lui le sue pretese risarcitorie ⁽¹⁸⁸⁾.

Ove al contrario la valuta venga prestata da un soggetto al nome di un terzo diverso dal titolare effettivo, un'azione diretta non può prodursi né al proprietario della somma, né al mutuante, né al terzo di cui è stato speso il nome, il quale non può acquisire nulla da un contratto intervenuto fra soggetti estranei e con una valuta che non era di sua proprietà. La tutela per il proprietario della somma si svolge quindi su altre coordinate, precisamente quella della rivendica nel caso in cui la somma sia stata consumata dal ricevente. Vi è poi la possibilità che il terzo voglia far propri attraverso una ratifica gli effetti del mutuo contratto a suo nome, ma non con il suo denaro: per questo caso Piacentino afferma spettare a questi l'azione ordinaria derivante dal mutuo, svolgendosi evidentemente su un piano diverso il problema del rapporto tra colui che diviene mutuante *ex post facto* e il vero proprietario della valuta prestata.

Da questi casi Piacentino ricava pertanto una sorta di regola generale, per cui la *condictio certi* spetta in forma diretta tanto a chi presta denaro proprio in nome proprio, quanto a chi presta in nome proprio denaro altrui. La stessa azione compete a colui nel nome del quale è stata prestata valuta di sua proprietà, come di proprietà di chi l'ha materialmente trasferita. La *condictio certi* spetta in forma utile solo contro colui nel cui nome viene accettata da un terzo ⁽¹⁸⁹⁾.

Tra le particolarità del mutuo, pertanto, si comprende per

⁽¹⁸⁸⁾ « Quippe Titii nomine reprobato, numeranti utilis condictio datur, ut C. eod. l. quarta. Hoc mihi non sedet, factam ratam habens, negotiorum gestio experiar contra numerantem, ut mihi cedat actionem. [...] Item quid dicemus non tuo nomine, neque meo: si alterius nomine, illique stipulatus fuero? Profecto nec mihi numeranti, nec tibi domino, actio quaeritur, nec tertio: licet volui, quia non potui. Praedicta igitur pecunia, aut erit in stipulatum deducta, aut consumpta. Si consumpta erit, dominus vindicabit, nec numerator, nec dominus equidem condicet (ut dictum est) licet ff. eodem l. si me legatur, aequum et bonum est pecuniam meam quae pervenit ad te reddi a te. Ergo nec acceptor pecuniae lucratur: utique condictio ei dabitur cuius nomine sit numeratum, si numerationis negotium habuit ratum ». PIACENTINO, *ibidem*.

⁽¹⁸⁹⁾ « Directa certi condicio ei datur, qui quantitatem suam credit nomine suo: ei quoque qui alienam credidit nomine suo, si utiliter sibi stipulatus est, si pecunia consumpta est, ei quoque datur directa, cuius nomine numeravi pecuniam meam, suamve. Datur inquam si velit, reprobare enim potest, ut C. eod. l. quarta. In susceptorem pecuniae suo nomine et eius haeredem, directa certi condictio de mutuo datur,

Piacentino innanzitutto quella di fare eccezione al principio di relatività degli effetti contrattuali, per cui un'azione diretta può essere acquisita da un terzo estraneo all'accordo da cui pure deriva ⁽¹⁹⁰⁾.

Per Azone, il caso della *numeratio pecuniae alterius* si ricomprenderà sempre nella *causa mutui*, anche in casi ulteriori rispetto a quelli descritti da Piacentino. Il mandato al debitore di dare la somma al terzo mutuatario è una specie di mutuo *civile*, ove l'apprensione della cosa mutuata realizza un mutuo direttamente nella persona del titolare della somma *per interpretationem iuris*, come ad esempio nel costituito di debito a titolo di mutuo realizzato per mezzo di una stipulazione o di un chirografo ⁽¹⁹¹⁾. Il mutuo concluso da un mandatario con la trasmissione materiale di una valuta di proprietà del mandante è un mutuo *naturale*, che costitui-

utilis datur in eum et eius haeredem, sed secundario, cuius nomine susceptio facta est.. ». PIACENTINO, *ibidem*.

⁽¹⁹⁰⁾ « In summa quoque illud notandum est, quod sunt quattuor singularia in pecunia credita. Ecce enim ex alterius pacto alteri quaeritur directa conditio, ut C. per quas personas nobis obligatur l. secunda. Item Ulpianus tribus in casibus interpretatur pecuniam fuisse meam, et a me numeratam, et ideo directam conditionem mihi competere, licet de vero nec pecunia fuerit mea, nec a me numerata. Ecce enim si debitorem meum iussero tibi pecuniam numerare, indirecte obligaberis mihi, quia nummi mei fuisse intelliguntur, licet tamen numquam fuerint. Idem forte erit si non debitorem iussero numerare. Idem quoque fiet, si cum ex causa alia mihi pecuniam deberes, convenerit mihi tecum, ut ea pecunia mihi praesens et oblata apud te remaneat in causam crediti, ut ff. eod. l. singularia... ». PIACENTINO, *Summa Codicis*, cit. La seconda particolarità è nella possibilità di delegare il proprio debitore ad utilizzare la valuta che si sarebbe dovuta in pagamento per mutuarla a un terzo. In questo caso, malgrado sia dubbio che la valuta sia passata in proprietà del creditore mutuante, tuttavia l'azione derivante dal mutuo si accresce a lui. Altro caso è quello del semplice mandato dato a un soggetto non debitore del mandante di numerare a un terzo. Terza e ultima ipotesi è quella del creditore che lascia la somma dovuta presso il debitore, il quale la terrà a titolo di mutuo e la restituirà al termine convenuto. Anche in queste due ultime ipotesi un'azione diretta si acquista al mutuante fuori dai principi.

⁽¹⁹¹⁾ « Si autem me mandante alius suam pecuniam numeret meo nomine indubitanter quaeritur mihi actio quotidie nam si credituri sumus alicui pecuniam ab alio petimus ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori ut ff. e.l. certi § si nummos. Item quotidie mando debitori meo ut tibi nomine meo numeret pecuniam obligaris nam mihi quamvis vere non acceperis nummos meos sed interpretatione iuris videtur accepisse ut ff. e.l. singularia brevi scilicet manu ...vel per procuratorem ». AZONE, *Summa Codicis*, tit. si certum petatur.

sce l'obbligo del mutuatario di restituire il *tantundem* al vero proprietario, sia pure con l'interposizione di un soggetto che, agendo per conto di un altro, conferisce valuta in nome di questi. Questa ipotesi comprende anche il caso della delegazione: allo schema del mandato è indifferente che il mandatario conferisca valuta propria che gli verrà poi restituita dal mutuante o che dia per valuta quanto da lui dovuto al mutuante stesso per una precedente obbligazione. In entrambe le ipotesi, la valuta viene ricondotta alla titolarità del mandante *per interpretationem iuris*.

In tutti i casi in cui una somma di denaro di proprietà di un soggetto sia detenuta da un altro per una data causa, il mutuo si conclude se questa viene mutata sulla volontà delle parti *in causa mutui*. Azone respinge sotto questo profilo i dubbi che egli stesso riferisce ai giuristi precedenti, tra cui lo stesso Irnerio. Si potrebbe difatti sostenere che quanto ammesso nello schema del mandato non sia configurabile in uno schema con solo due soggetti, stante che l'assenza della figura del procuratore non consentirebbe di veder realizzato, sia pure per via di una *fictio*, il passaggio della valuta nella proprietà del mutuante. La soluzione di Irnerio sarebbe stata quella di distinguere tra l'ipotesi in cui il debitore avesse avuto o meno pronto il denaro per il pagamento del primo debito; solo a questa condizione si sarebbe potuta intendere realizzata la *traditio* della valuta dal creditore originario, poi mutuante, al debitore divenuto mutuatario. Azone respinge la soluzione, affermando che essa escluderebbe la *singularitas* del mutuo, stabilita direttamente dal testo romano ⁽¹⁹²⁾.

Per Azone quello che conta è solo la *causa mutui*, per come si

⁽¹⁹²⁾ « Quod ergo in duabus personis recipitur et in eadem persona recipiendum est, ut cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit ut crediti id est mutui nomine eam retineas videtur mihi data pecunia et ad me ad te profecta, ut ff. e.l. singularia. Potest tamen differentia notari inter hunc casum et superiorem quia ibi intervenit procurator per quem solet acquiri dominium quod hic non est, ut ff. e.l. mandati. Idemque § si quis nec nam contrarium est quod dicitur ff. mandati l. qui negocia quia quod dixi intelligendum est in debitore qui paratam et destinatam pecuniam solutioni habebat, ut ait Hir. Unde convertitur in causam mutui etiam si praesens vel in conspectu non sit pecunia, ut ff. e.l. certi § ult. si nam exigeretur praesentia vel conspectus pecuniae non esset in pecunia speciale vel singulare, ut ff. de solu. l. si pecuniam sed in pecunia speciale dicitur esse, ut in praedicta l. singularia si

verifica nel caso del denaro che, prima depositato, venga successivamente concesso in mutuo grazie al permesso fatto al depositario di usarne. Il consenso tra le parti del deposito modifica il titolo della detenzione in *causa mutui*; il trasferimento materiale della valuta è fittiziamente presupposto. Ove invece fosse fin dall'inizio parte dell'accordo di deposito il permesso del depositario di usarne a proprio piacimento, restituendo al depositante il *tantundem*, il mutuo si realizza con l'inizio della consumazione. Entrambi i casi possono essere così riguardati come mutuo *civile natura cooperante*, seguendo le categorie azoniane, poiché la tradizione della valuta appare un momento puramente esecutivo della nuova manifestazione di volontà tra le parti. Il mutamento della *causa mutui* identifica il momento del trasferimento della valuta, atteso che con esso passa il pericolo della perdita del bene mutuato ⁽¹⁹³⁾.

La Glossa Magna riprende totalmente le soluzioni di Azone, concentrandosi su un caso particolare, quello di un soggetto che prenda a mutuo da un altro una somma di danaro di proprietà di un terzo e la voglia conservare presso di sé senza consumarla. Il terzo proprietario effettivo avrebbe a disposizione l'azione di rivendica, il mutuante effettivo resterebbe invece privo di tutela per chiedere la restituzione della somma che comunque deve giungere a mani del titolare. Secondo i principi, la tutela a disposizione del mutuante non può essere la *condictio certi ex mutuo* poiché, non consumata la somma, un mutuo non può dirsi effettivamente costituito a posteriori ⁽¹⁹⁴⁾. Non può essere data neanche la *condictio sine causa*,

ergo non esset pecunia parata et destinata solutioni non convertitur in causam mutui ut in praedicta l. qui negocia. ». AZONE, loc. cit.

⁽¹⁹³⁾ « Item et numerare tibi videor pecuniam si apud te deposueram pecuniam et postea tibi permisi ea uti statim nam cepit esse mutua et antequam moveatur etiam si non erat in conspectu pecunia tamen parata erat et destinata solutioni animo nam cepisti eam possidere unde transit ad te periculum qui mutuuum rogasti. Si vero ab initio cum deponerem permisero tibi uti si voles id est si voluntarie fueris usus mutua non erit antequam mota sit.. ». AZONE, loc. cit.

⁽¹⁹⁴⁾ Lo sarebbe stato solo ove la somma di danaro fosse stata effettivamente di proprietà del mutuante: in quel caso l'accordo fra le parti avrebbe perfettamente qualificato la tradizione della proprietà della somma di danaro, la quale si sarebbe costituita con la dazione materiale da parte del titolare effettivo. Nel caso in cui la somma è di proprietà di un terzo, l'accordo tra mutuante e mutuuario non trova realizzazione

poiché la permanenza della somma di danaro presso il mutuatario fa sì che una causa esista: questi ha ricevuto una valuta concordemente alla volontà di chi gliel'ha prestata, e se questi si rivela non esserne stato proprietario, il fatto di essere esposto all'azione di rivendica da parte del vero titolare non toglie che, nei rapporti con il mutuante, la dazione della valuta stessa debba essere considerata priva di titolo.

Per lo stesso motivo non si può ipotizzare che il mutuante possa chiedere al mutuatario la restituzione della somma data e non consumata attraverso una tutela di tipo possessorio, poiché — punto importante in questa argomentazione — non si può parlare del possesso di una valuta, atteso che in questo caso oggetto del possesso è il valore espresso dalla cosa identificata solo nel genere, non una cosa in sé che, per definizione, può essere sostituita con un'altra di eguale valore e qualità. L'unica possibilità residua è quella di vedere obbligato il mutuatario verso il mutuante per una quasi consumazione della valuta, sulla base del fatto che questi, trasferendo la materialità della somma, ha fatto tutto ciò che era in suo potere affinché l'altro la consumasse, e non può quindi tornargli in danno che questi non l'abbia fatto ⁽¹⁹⁵⁾.

nella *numeratio*, poiché questa non può trasferire una proprietà che non è nel patrimonio del primo.

⁽¹⁹⁵⁾ « Item quid si dedi pecuniam alienam, neque vult eam consumere, qualiter a me convenietur? Videtur quod non certi condictione ex mutuo, argumenta infra eod. l. e. non omnis § et cum pecunia. Item conditio sine causa non datur, quia ex causa est apud eum, quae non est finita, nec datur respectu possessio, quia ad certae pecuniae possessionem non est adstrictus, magis videtur verum, ut teneatur quasi consumpta pecunia, quia per eum fit ne consumat, ut infra de cond. et demonstr. l. iure civili. Si vero bona fide hoc faciat, ut quia est ei denunciatum a domino ne consumat, secus est, ut hic subiicit. ». AZONE, loc. cit.

CAPITOLO II

LA SOSTITUZIONE NEGOZIALE COME FATTISPECIE
UNITARIA NEGLI ULTRAMONTANI
E NEI COMMENTATORI

1. La nuova definizione dell'*id quod interest* come pregiudizio concreto del creditore nella visione degli Ultramontani. — 1.1. La certezza della prestazione in funzione del solo interesse *singulare*. — 2. La difficile sistemazione dei tipi di prestazione sul solo interesse *singulare*. — 3. Il ritorno a una concezione oggettiva dell'*id quod interest* nei Commentatori. — 4. L'*id quod interest* come sanzione legale dell'inadempimento. — 5. L'*id quod interest* come oggetto della domanda. — 6. Le conseguenze sulla ricostruzione dell'*alteri stipulari*. Il primo nucleo dogmatico. — 7. Il secondo nucleo dogmatico: la novazione della stipulazione principale da parte della penale. — 8. Unitarietà del contratto a favore di terzo assistito da penale e *id quod interest* in Pierre de Belleperche. — 9. Unitarietà del negozio di sostituzione e ruolo della stipulazione penale in Odofredo e Cino da Pistoia. — 10. La specifica natura dell'*id quod interest* nell'*alteri stipulari*. Bartolo e Baldo. — 11. Conclusioni.

1. *La nuova definizione dell'id quod interest come pregiudizio concreto del creditore nella visione degli Ultramontani.*

I giuristi francesi saranno protagonisti di una forte critica alle dottrine dei Glossatori sull'*id quod interest*, che sarà materia di analisi anche per gli apparati successivi. Tra questi, il pensiero maggiormente ostile alle teorie dei giuristi di scuola bolognese è quello di Jacques de Révigny ⁽¹⁾. Il giurista francese attribuisce ad

⁽¹⁾ « Primum videndum est quid sit interesse. Azo sic diffinit interesse est damnum emergens et lucrum cessans eo quod aliquid fieri cessatur. Verbi gratia. debes mihi scribere librum, non scribis, petam interesse: hoc est damnum quod habeo quia non scripsisti et lucrum quod habuissem si fecisses ». JACQUES DE REVIGNY, *Lectura super Codicem*, ed. Parigi 1519, r.a. Bologna 1967 in *l. Cum pro eo C. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*, fol 356 v. col. 2.

Azone una nozione di interesse totalmente circoscritta nella prospezione oggettiva del danno emergente e del lucro cessante. In questi termini, essa non risponde al vero apparato azoniano, ma è quasi una definizione costruita appositamente per attrarre la critica serrata del doctor Ultramontanus. Per questa via, egli formula la sua concezione dell'*id quod interest*, vista come *aestimatio damni*, valutazione del pregiudizio che l'inadempimento ha creato nel patrimonio del creditore ⁽²⁾.

Secondo il giurista francese, la nozione di Azone porta l'*id quod interest* a rappresentare il fatto stesso del danno, non la sua valutazione in equivalente. Aderendo alla tesi di Azone e poi della Glossa, il reo dovrebbe essere obbligato a corrispondere un risarcimento indeterminato, stabilito unilateralmente dalla parte lesa. In questo senso, la definizione azoniana andrebbe contro la costituzione giustinianea che pure interpreta, redatta per troncare le molte dispute insorte fra i giuristi romani, messi in difficoltà da una nozione che restava sul puro piano del fatto ⁽³⁾. Una definizione effettivamente giuridica dell'*id quod interest* si identifica, per il Révigny, nell'espressione delle regole che presiedono l'esatta determinazione quantitativa del risarcimento in equivalente ⁽⁴⁾.

(2) «...quod interesse sit damnum falsissimum est: si enim interesse est damnum ad damnum esses mihi obligatus: si essem obligatus ad damnum soluerem tibi quantumque velles. unde quod interesse est aestimatio damni...unde sicut precium est estimatio rei sic interesse estimatio damni ». JACQUES DE REVIGNY, ult. loc. cit.

(3) « Dicit ergo in principio quod de interesse orte erant veteribus infinite dubitationes sed quae erant ille dubitationes ignoramus et forte existentibus coniecturandum est quae essent: quia consequenter statuit usque ad quam quantitatem possit peti interesse: dicit quod coarctabat in angustum illas dubitationes circa interesse prout possibile est: imo dicit prout possibile est quod interesse in facto consistit: unde quatenus cuiuscumque intersit facti est: ut ff. de regulis iuris l. quatenus unde non potest piene diffiniri quatenus cuiuscumque intersit sicut nec mora quae in facto consistit ut ff. de usuris l. mora vel ideo dicit prout possibile est quia in humanis nihil est perfectum... ». JACQUES DE REVIGNY, ult. loc. cit.

(4) Un assunto che il giurista francese avvalora tramite la propria esegesi della struttura della *l. Cum pro eo* e dei motivi che ne hanno presieduto la redazione: « Dicit ergo primo de interesse orte sunt multe dubitationes et tractatus erat prolixus. Istas dubitationes et istam prolixitatem prout nobis possibile sit volumus in angustum coarctare. Dicit imperator et in hoc aperuit intentionem suam: deinde statuit usque ad quam quantitatem possit peti interesse: et est eius statutum obscurissimum. dicit enim

Il Révigny contrappone quindi alla nozione di interesse come descrizione del *damnum*, cifra che caratterizzerebbe secondo lui l'inquadramento del problema nei Glossatori, un concetto determinato sul momento dell'*aestimatio damni* ⁽⁵⁾.

L'*id quod interest* viene così descritto come quantificazione del danno prodotto al creditore dall'inadempimento di un'obbligazione liberamente assunta nei suoi confronti, indipendentemente dalla natura della prestazione che ne costituisce oggetto. Una definizione contraria a tutto il percorso argomentativo dei Glossatori. Secondo i Glossatori, dalla stessa fattispecie contrattuale possono derivare tre possibili determinazioni del risarcimento in *id quod interest*: quella risultante dal valore della prestazione convenuta tra le parti, quella derivante dalla valutazione della prestazione secondo il prezzo di comune commercio, quello misurabile esclusivamente dal punto di vista della parte che ha patito le conseguenze concrete dell'inadempimento ⁽⁶⁾.

aut est contractus continens certam quantitatem vel certam naturam tunc non potest peti interesse ultra duplum: aut est contractus vel obligatio que continet incertam quantitatem vel naturam: et tunc potest peti interesse quantumcumque sit de tamen interesse computetur verum damnum et non computentur frivole allegationes. ». I Glossatori analizzavano il proemio della costituzione giustiniana come testimonianza della grande difficoltà di individuare i termini della nozione e traevano da questa circostanza il fondamento autoritativo per le loro *multae distinctiones*. Il giurista francese, al contrario, lo legge per individuare il senso specifico della disposizione imperiale e servirsi di questo come cifra interpretativa.

⁽⁵⁾ « Diffiniemus ergo sic interesse est aestimatio damni contingens alicui ex eo quod non fit quod fieri debuit: debuisti mihi facere domum et non fecisti. vel sic quod fieri non debuit promisisti mihi facere non vim et facis. vel non datur quod dari debuit: vel non traditur quod tradi debuit... ». JACQUES DE RÉVIGNY, op. ult. cit. La centralità del momento dell'*aestimatio* viene fondata dal Révigny facendo ricorso ad un ulteriore argomento tratto dal proemio della costituzione giustiniana: « ...deinde confirmat per locum a simili: quia alle pene legales certis finibus concluse sunt: unde simile non possibile est quod interesse in hac parte certis finibus concludamus: quia et pene legales certis finibus terminantur, deinde removet dubium in quibusdam interesse venit damnum et lucrum: et ultra hoc lucrum dicit quod immo non petit interesse ultra duplum pro toto et pro damno et pro lucro. »

⁽⁶⁾ « ...vidimus quid sit interesse. modo quaeritur quomodo dividatur. non curo nisi de una divisione. ipsi dicunt quod est interesse commune, conventum et singulare. Verbi gratia ostendam tibi omnia ista membra in eodem exemplo. habebam librum quem scripsi manu mea litera illegibili alii unde mihi obligavi librum istum creditori et

Partendo dalla propria definizione di interesse come *aestimatio damni*, il Révigny esclude radicalmente la tripartizione, proclamando l'unità del concetto e la sua autonomia da nozioni diverse, come quella di prezzo. L'*id quod interest* concerne il risarcimento del danno, e non può che coincidere con quello che la Glossa chiama interesse *singulare* (7).

Il Révigny si disinteressa totalmente del prezzo pattuito o di quello di mercato: per lui tutte le *leges* citate dai Glossatori a sostegno della propria tesi rilevano esclusivamente per il fatto che esse ammettono la valutazione in *id quod interest* dell'inadempimento del venditore sul presupposto che questa sia maggiore rispetto alla quantificazione data dal prezzo di vendita. Su tale argomento il giurista francese esclude un interesse *commune* e, a maggior ragione, un interesse *conventum*. Il primo non può comprendere alcuno dei danni che il creditore inadempito può aver patito dall'illecito inflittogli dalla controparte. Il secondo, consistendo in una valutazione consensualmente determinata dalle parti non è l'*id quod interest*, e per definizione individua un valore più basso (8).

tradidi. vendidi creditor illum librum exceptio ex lege et tibi vendidit. ego emo a te librum illum pro viginta. interesse conventum est decem quia si convenit inter me et te quod tu dares michi viginta interesse commune est quantum communiter posset vendi iste liber et potest esse maius vel minus quam interesse conventum. interesse singulare est pro quanto ego nollem carere et forte nollem carere pro quadraginta libris. ». JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

(7) « Dico quod non est nisi unum interesse et lex quam illi allegant probat contrarium eius quod ipsi dicunt quia 1. illa dicit si res vendita non credatur ad interesse agitur statim subiungitur haec autem scilicet interesse quando precium egreditur. unde non dicit quod interesse sit precium sed quod est maius precio. ». JACQUES DE RÉVIGNY, ult. loc. cit. Argomentazioni analoghe si ritrovano in Dino Da Mugello, che ebbe parimenti a porsi il problema della tenuta del modello tripartito di *id quod interest* proprio dei Glossatori più tardi: « Questio est unquam sit unicum interesse scilicet singulare an vero triplex scilicet singulare, commune et conventum. et quod sit unicum tantum sic ostendo nam lex dicit si res vendita non tradatur ad interesse agitur hoc autem interdum egreditur et cetera. » (Ms. Vaticano Borghese 274, fol. 128 rb).

(8) La rigida distinzione tra i concetti di *pretium* e di interesse è centrale anche nell'argomentare di Dino da Mugello, che ne dà una dimostrazione diversa, forse maggiormente caratterizzata dal ricorso a strumenti dialettici, cifra tradizionalmente attribuita agli Ultramontani: « Praeterea quatenus duo [...] quorum unum refertur ad idem constat non idem esse relatum ad id ad quod sit relatum sed ex commistione relati et eius ad quod sit relatum idem resultat effectus ut patet in codicillis ad testamentum

L'unica possibile valutazione *in id quod interest* è dunque quella data dal pregiudizio concretamente subito dalla parte del contratto che contava sull'adempimento dell'altra. Secondo il Révigny, la valutazione dell'*id quod interest* non può che procedere dal lato soggettivo, stimando il pregiudizio che l'illecito ha causato nella sfera personale di colui che lo ha subito. Esso non può pertanto coincidere con una quantificazione oggettiva del valore della prestazione inadempita, quale è data dal prezzo ⁽⁹⁾. La differenza tra prezzo — di mercato come convenuto — e interesse è difatti eminentemente qualitativa, e non può rappresentare, per come preteso dai Glossatori, due diversi gradi di responsabilità ⁽¹⁰⁾.

Esponendo la dottrina sull'*id quod interest* in questi termini, il

relatis ex quorum duorum iuribus continetis idem insurgit effectus ut ff. de iure codicillorum l. secunda § codicillos et l. quaedam [...] si ergo interesse refertur ad extimationem rei ut ff. de operis novi nunciatione [...] restat extimationem non esse interesse. » (Ms. Vaticano Borghese 274 foll. 128 vb-129 ra). L'analisi testuale di questo autore evidenzia la relazione di reciproca specialità tra le due nozioni, per cui il valore intrinseco della cosa si esprime nel prezzo ove si consideri il momento dell'accordo, mentre fonda la valutazione dell'*id quod interest* ove la vicenda del medesimo negozio venga considerata nella prospettiva dell'inadempimento: « Praeterea dispositionem et dispositum non pariuntur se in eodem genere ut ff. de fide instrumentorum l. finalis: sed communis extimatio et conventa si excedit communem dispositionem limitat interesse quod patet quod non paritur ipsum excedere duplum sui ut C. de sent. quae pro eo quod interest lex prima. Item absurdus est dicere quod communis vel conventa extimatio sit per se distincta species sub eodem genere contra interesse singulari praeterea a quo removet genus et quaelibet ei species [...] et si conveniat inter emptorem et venditorem quod non agatur de evictione illa conventio operatur quod interesse non petatur et tamen petitur precium rei conventum cum pactio illa ergo tollat et removeat petitionem interesse et non removeat petitionem precii. patet quod precium conventum non est species interesse ». (Ms. Vaticano Borghese 274 fol. 129 ra).

⁽⁹⁾ « ..unum est interesse scilicet singulare et differt interesse a precio. ut hic, quia precium respicit rem absolute quantum valet res in se. interesse respicit personam. unde ubicumque lex loquitur de interesse refert se ad personam quantitatis cuiuscumque intersit interest. » JACQUES DE RÉVIGNY, ult. loc. cit.

⁽¹⁰⁾ « Nec est interesse id quod est precium ut ff. de furti l. furti actione interesse ergo est aestimatio damni contingentis ex eo quod fieri non debuit vel sic quod fieri non debuit. vel non datur quod dari debuit. vel non traditur quod tradi debuit et verum potest contingere quod interesset agentis fieri tantum quantum commune vel maius vel tantum quantum precium. sed ubi deducitur interesse in condemnatione hoc non est quia commune sed in condemnatione faciendi de interesse referimus nos quantum ad personam agentis ». JACQUES DE RÉVIGNY, ult. loc. cit.

Révigny sottolinea il ruolo funzionale dell'illecito. Sia il concetto di *pretium* che quello di *interesse* identificano una quantificazione, un'*aestimatio*: il primo, tuttavia, rappresenta la valutazione che le parti danno di una certa prestazione nel loro accordo; il secondo identifica la valutazione della totalità del pregiudizio patito a causa dell'inadempimento.

Per usare il lessico del Révigny, una volta che l'apprezzamento di una determinata prestazione contrattuale viene in *condemnatione*, esso non può essere computato con le stesse regole che ne presiedettero il calcolo allorché la prestazione fu costituita in *obligatione*. Quest'ultima valutazione, difatti, ha ad oggetto il valore intrinseco della cosa, mentre la quantificazione del risarcimento deve riguardare l'interesse dell'attore, dando luogo ad una valutazione destinata a variare da soggetto a soggetto ⁽¹¹⁾. Può darsi pertanto che, in molti casi concreti, il calcolo del risarcimento in *id quod interest* non superi l'ammontare del prezzo concordato fra le parti, ma ciò non può mai condurre a identificare i due concetti, poiché essi risultano da operazioni valutative diverse, che intervengono su elementi totalmente disomogenei fra loro ⁽¹²⁾.

L'interesse *singulare* racchiude quindi in sé la totalità della nozione, poiché è l'unico concetto nel quale si può rappresentare la

⁽¹¹⁾ Dino da Mugello tiene anch'egli distinti l'apprezzamento del valore della cosa, quale le parti realizzano nel momento del loro accordo, da quella che il medesimo oggetto assume agli occhi di un terzo, chiamato a giudicare dell'inadempimento del contratto. La sua conclusione, tuttavia, è radicalmente opposta a quella del Révigny: « Et ad evidentiam intellectum huius questionis videndum est an extimatio rei sit interesse vel an extimatio dampni vel lucri in illis casibus in quibus habeat lucri extimatio et quod sit extimatio rei et non dampni satis probatur quia et ubi non est dampnum venit interesse ut patet in legato sub condicione relicto. » (Ms. Vaticano Borghese 274, fol. 128 vb). L'analisi di Dino, per come questo passo rende particolarmente evidente, non si distacca dalla metodologia esegetica propria dei glossatori.

⁽¹²⁾ « Sed si contingat quod interesse agentis sit interesse commune quod raro accidit ut sua tantum interest cuiuscumque. hoc non inspicimus. sed inspicitur et sic condemnatio habita restitutione et habito respectu ad personam agentis ad interesse commune. et imo dicitur lex quatenus cuiuscumque interest in facto consistit ff. de regulis iuris l. quatenus. unde in condemnatione facienda de interesse inspicimus personam agentis quantum eius interest. et hoc consistit in facto. et si sit commune hoc accidit. unde unum est tantum interesse scilicet singulare. » JACQUES DE RÉVIGNY, op. ult. cit.

relatività del danno: uno stesso fatto illecito, consistente nell'inadempimento di una data prestazione, può causare un danno molto diverso a un soggetto piuttosto che ad un altro ⁽¹³⁾. Ciò conduce necessariamente a una ridefinizione del concetto di interesse *singulare* come *singularis utilitas*: l'utilità specifica che una determinata prestazione, non il suo inadempimento, assume per la parte che se ne è vista privare in virtù del fatto illecito altrui ⁽¹⁴⁾.

Un risultato cui il *doctor ultramontanus* giunge attraverso una complessa argomentazione sistematica, che coinvolge tanto il profilo soggettivo che quello oggettivo della nozione ⁽¹⁵⁾. Sul lato soggettivo, il Révigny evidenzia come, se l'interesse *singulare* fosse definito

⁽¹³⁾ Diversa la costruzione di Dino da Mugello, che conserva comunque validità alla tripartizione azoniana dell'interesse, intendendo i concetti di interesse *commune*, *conventum* e *singulare* non come nozioni strutturalmente diverse, bensì come diverse proiezioni di un concetto intrinsecamente unitario: «...appellatio conventum ex conventione extimatum et limitatum et istud potest excedere singulare et commune et ab eis excedi ergo non idem cum excessus sit diversos sed sunt per se species distincta interesse assumendo novam formam per hoc quod ex conventione addicitur et detrahitur et non remanet in singulari vel communi sed assumit species novam et appellatur conventum ut dicitur in praetoria stipulatione et pro [...] novam formam seu species assumit et appellatur conventionalis ut ff. de verbo(rum obligationibus) et nova species iuris ut C. de iustitia et iure l. ius civile sic ergo et nova species interesse non ergo dico quod conventum precium rei sit interesse conventum non quod commune sit interesse vel quod singularis extimatio sit interesse singulare interesse sed dico quod dampnum singulariter extimatum est interesse singulare et extimatum communiter est interesse commune et extimatum ex conventione est interesse conventum et sic est triplex... » (Ms. Vaticano Borghese 274, fol. 129 ra).

⁽¹⁴⁾ « Dico quod interesse singulare non est affectionis: immo interesse singulare est singularis utilitatis. Verbi gratia. habes librum glosatum quem homo non potest legere: si tu habes ibi singularem utilitatem maiorem quam haberet alius communiter: vel habes fundum in confinio fundorum in quo est fons ex quo irrigatur praedia tua arida: habes in illo fundo singularem utilitatem quam non haberet alius. ». JACQUES DE RÉVIGNY loc. ult. cit. Per rafforzare la sua definizione, il Révigny restituisce la definizione di interesse *singulare* presso i Glossatori come *interesse affectionis*: « Dixerunt omnes doctores usquam nunc et dicunt omnes moderni quae hodie regunt quod interesse singulare est interesse affectionis. Verbi gratia. peto a te rem meam: non vis eam reddere contumax es iurando in litem de mea affectione: unde ita dicam iuvat me deus quod vellem carere re mea pro centum et erit de affectione... ». JACQUES DE RÉVIGNY, op. ult. cit.

⁽¹⁵⁾ « Dico ergo quod interesse singulare est singularis utilitatis: et quod sit de utilitate et singulari dicit lex quia si tutor iuret in litem nomine pupilli refert se ad utilitatem pupilli non suam... ». JACQUES DE RÉVIGNY, op. ult. cit.

in termini di *affectio*, esso non potrebbe essere chiesto in giudizio altro che dalla parte lesa in prima persona, poiché questa sarebbe l'unica a poterne offrire la quantificazione. È però ammesso anche dalle fonti romane che il tutore possa agire per chiedere il danno subito dal pupillo, e possa allo scopo *iurare in litem*: deriva da qui che l'interesse *singulare* debba essere definito non più come *affectio*, ma come *utilitas*, questa sola passibile di una quantificazione anche da parte di terzi.

Sul profilo oggettivo, il Révigny nota le incongruenze della accezione azoniana di interesse *singulare* rispetto alla configurabilità di un danno emergente e di un lucro cessante. La costituzione giustiniana sull'*id quod interest* limita la possibilità di richiedere l'equivalente risarcitorio alle sole ipotesi di danno materiale, il che esclude il ricorso al termine personalissimo dell'*affectio*, nei confronti del quale non è configurabile un danno materiale; a fortiori non si può dedurre da tale nozione un'ipotesi di lucro cessante ⁽¹⁶⁾.

La nuova definizione dell'*id quod interest* sul concetto di *utilitas* è condotta dal Révigny per costruire una nozione di responsabilità che prescindia dalle caratteristiche della prestazione. Il rifiuto della tripartizione dei Glossatori porta difatti con sé il pari rifiuto di una tipizzazione delle prestazioni in funzione della prestazione equivalente in *id quod interest* ⁽¹⁷⁾.

Nella visione dei Glossatori, l'interesse non poteva ricorrere in modo eguale in ogni azione *ex contractu*. Esso, ad esempio, non poteva trovare luogo nella *rei vindicatio*, la quale non poteva ammettere una prestazione alternativa nell'equivalente. L'*id quod inte-*

⁽¹⁶⁾ « Videamus utilitatem. dicit lex nostra nam lex nostra loquitur de singulari interesse et dicit littera quod re vera inducitur damnum. hoc reddatur ergo non loquitur de affectione: sed Azo. glosabat ut dixi quod re vera scilicet inspecta actione agentis: sed ista glossa pessima est. Item quod non sit de singulari affectione probatur quia hic dicit ex quibus est singulari interesse: et dicit quod illa ex quibus est sunt lucrum et damnum. dicit in affecto et de affecto nec est lucrum nec damnum... ». JACQUES DE RÉVIGNY, op. ult. cit.

⁽¹⁷⁾ « Queritur in quibus actionibus veniet interesse. Dicendum aut tu quaeris in quibus actionibus veniat iure actionis et obligationis aut in quibus venit in condemnatione. Si queris in quibus actionibus venit interesse in condemnatione. Dico quod in omnibus, quia in omni actione potest condemnari interesse ». JACQUES DE RÉVIGNY op. ult. cit.

rest poteva essere per i Glossatori solo l'oggetto subordinato delle *actiones* finalizzate a tutelare l'obbligo ad un *facere* che, per la sua incoercibilità in forma specifica, ammette in ogni caso il risarcimento in equivalente. La diversa rilevanza dell'interesse all'interno delle differenti fattispecie contrattuali forniva pertanto ai Glossatori il criterio per tracciare una tipologia delle prestazioni.

Alla nozione di interesse del Révigny questa dimensione sfugge totalmente. Essa misura il pregiudizio risultante da un'azione valutata come illecito sulla base degli obblighi che il soggetto che l'ha posta in essere si era liberamente assunto stringendo il contratto. Sulla base di questa definizione, l'interesse può derivare da qualsiasi struttura negoziale e da qualsiasi prestazione, che quindi non attende di essere tipizzata.

1.1. *La certezza della prestazione in funzione del solo interesse singolare.*

Il principio per cui l'*id quod interest* può essere chiesto nella misura oggettiva data dal detrimento dell'*utilitas* che la prestazione inadempita sarebbe stata in grado di apportare al creditore, a prescindere dalla natura dell'inadempimento, diminuisce enormemente il rilievo della *natura* dell'obbligazione per la valutazione dell'equivalente risarcitorio. Nella ricostruzione del Révigny, l'*id quod interest* può essere sempre richiesto come *petitum* subordinato a quello principale, il cui oggetto è l'adempimento in forma specifica dell'obbligo assunto con il contratto. Il soggetto legittimato all'azione chiede quindi la prestazione principale; nel caso in cui questa non possa essere conferita, il giudizio si estenderà alla cognizione dell'interesse. In questo caso, l'interesse rileva in *condemnatione* e non può essere menzionato nell'atto introduttivo del giudizio ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁸⁾ « si queris ubi venit iure obligationis an possit peti in libello. distinguo. aut est obligatio dandi. verbi gratia. promisi tibi dare stichum sine mora: non sum obligatus ad interesse post moram ut sit interesse in obligatione et petam interesse in libello. dico quod non: immo semper petitur res et semper remanet in obligatione licet mortua sit: sed bene venit interesse in condemnatione ut ff. de verborum obligationibus l. si servuum § ult. quod verum est si sit obligatio dandi nominata: sed in do ut des: quae est obligatio dandi innominata potest agi ad interesse ut ff. de praescriptis verbis l. naturalis et ff. de

In altre ipotesi, l'interesse rileva in *obligatione* e costituisce l'oggetto alternativo della cognizione, per cui la parte deve chiedere in giudizio la prestazione principale contestualmente all'equivalente risarcitorio, rimanendo nella scelta della parte escussa con quale prestazione liberarsi. L'esempio principale di interesse in *obligatione* si realizza, ovviamente, nelle obbligazioni in *facere*, per loro natura incoercibili. Entro questi limiti, la dottrina del Révigny non appare distanziarsi dalle risultanze dei Glossatori. Il contributo originale del giurista francese si manifesta altrove: la medesima obbligazione al trasferimento di un bene può trovare l'interesse in *condemnatione* o in *obligatione* a seconda che essa sia stata contratta con una fattispecie nominata o innominata. Ove l'obligatio in *dare* derivi da una *stipulatio*, contratto immediatamente efficace fra le parti fin dal momento della manifestazione del consenso, l'*id quod interest* è in *condemnatione*; nel caso in cui essa risulti da un contratto innominato *in do ut des*, la prestazione principale viene comunque quantificata in equivalente sin dal momento dell'introduzione del giudizio e quindi l'*id quod interest* è in *obligatione*.

Il Révigny inverte quindi la relazione di significato tra momento genetico e struttura obbligatoria della fattispecie che connota la dottrina dei Glossatori. Per costoro la presenza o meno dell'*id quod interest* caratterizza l'obbligazione come *certa* o *incerta*. Ciascuna struttura contrattuale è determinabile in questa diarchia per quanto riguarda il contenuto e rende ammissibile solo una data struttura genetica, in una stretta dialettica tra questi due piani tipologici.

Per questo autore il contenuto obbligatorio del negozio viene determinato integralmente dalla sua procedura di formazione, che ascrive il regolamento in una data *species contractus*. L'atteggiarsi dell'*id quod interest* non può più rilevare come metro per la tipizzazione del contratto, ma rappresenta soltanto la quantificazione della responsabilità per l'inadempimento sul criterio offerto dall'oggettivo pregiudizio che esso reca alla parte che lo subisce. In questo modo, il Révigny astrae la determinazione dell'*id quod interest* dalle

verborum obligationibus l. ubi autem non oportet [recte: l. ubi autem non apparet] aut est obligatio faciendi et tunc dico quod in eam venit interesse post moram: et potest peti interesse. », JACQUES DE RÉVIGNY op. cit.

peculiarità della struttura del contratto, per legarla, al contrario, al detrimento a carico della sfera patrimoniale del soggetto.

L'esito di questo radicale mutamento di prospettiva è percepibile nella nuova nozione di contratto certo o incerto isolata dal giurista francese. Il Révigny sottopone a critica attenta la dottrina dei Glossatori, in cui la *certitudo* era totalmente spiegata a partire dalla prestazione in *facere* che rappresenta la massima ipotesi possibile di incertezza e forniva così la base per una definizione positiva della nozione ⁽¹⁹⁾. Questo principio non ha una *ratio* per il *doctor ultramontanus* ⁽²⁰⁾: anche la prestazione in *tradere* è un *factum* e tuttavia è definita *certa* dai Glossatori ⁽²¹⁾.

A questa dottrina e alle sue aporie, il Révigny oppone la propria visione: il contratto è certo quando contiene una prestazione che può ricevere un'estimazione su base comune, a prescindere dal fatto che la prestazione consista in un *dare* o in un *facere* ⁽²²⁾. Il giurista francese contrappone così alla concezione strutturale dell'interesse una propria dottrina che riprende in pieno la propria definizione dell'*id quod interest* come *aestimatio damni*. Seguendo questa no-

⁽¹⁹⁾ « Dicunt doctores contractus dicuntur continere certum non sicut accipitur certum ff. si certum petatur l. certi condictio sed quia continentur certum sive in genere sive in specie unde homo in genere certum est ut hic accipiat certum contractus quae continent facta dicuntur continere incertum quia facta incerta sunt ut ff. de verborum obligationibus lex ubi autem non apparet § quidam. contractus ergo secundum eos continent speciem certam vel genus. ». JACQUES DE RÉVIGNY op. ult. cit.

⁽²⁰⁾ « Sed contractus continent incertum quia continent factum. quae est ergo ratio diversitatis. dicunt facilius facere quam dare de bursa sua unde si non faciat debitor gravius punitur quia condemnatur ad interesse ideo interesse taxatum est usque ad duplum...ipsi dicunt gravius est dare quam facere nescio quod ipsi volunt dicere. ». JACQUES DE RÉVIGNY op. ult. cit.

⁽²¹⁾ « Venditio continet factum quia tradere facti est...et tamen reputatur hic contractus continens certam naturam et certam quantitatem ipsi possent respondere evadendo. quia tradere est factum magis certum quam alia facta. licet incertum quia factum alii contractus dicuntur certum qui continent certam quantitatem id est precium taxatum ut est in locatione et venditione. Sed ubi non est quantitas taxata dicitur contractus incertus. sed haec sententia nulla est, ut infra videbitis. ». JACQUES DE RÉVIGNY op. ult. cit.

⁽²²⁾ « Dicendum. contractus illi dicuntur continere certum sicut hic accipitur certum in quibus continentur vel facta vel res que recipiunt communem estimationem illi contractus continent incertum qui continent rem vel factum quod non potest communem recipere estimationem. ». JACQUES DE RÉVIGNY, op. cit.

zione, l'inadempimento dell'obbligazione derivante dal contratto dà luogo ad una responsabilità la cui quantificazione avviene misurando il pregiudizio che l'illecito produce nella parte che lo subisce.

La certezza della prestazione nel contratto si identifica quindi con la quantificabilità a priori della prestazione equivalente *in id quod interest*. L'obbligazione sarà quindi *certa* ove la prestazione che ne costituisce oggetto sia quantificabile secondo una valutazione passibile di essere operata da un soggetto terzo rispetto alle parti. Una caratteristica che, come tale, può ravvisarsi in modo eguale tanto nelle obbligazioni al trasferimento di una cosa che al compimento di un'azione specifica.

In questo modo, il Révigny riporta al problema dell'*id quod interest* il principio di relatività degli effetti dell'inadempimento contrattuale. Nella categorizzazione del Révigny non tutte le prestazioni in *facere* sono incerte, ma soltanto quelle in cui le conseguenze dell'inadempimento non possono ricevere una stima su di un metro di comune utilità. In questo senso, la prestazione in *tradere* è *certa* nonostante consista in un *facere*, non perché ha ad oggetto un bene dotato di un valore determinabile, ma perché l'effetto dell'inadempimento di tale prestazione è passibile di una valutazione uniforme («*quantum interesset cuilibet quod sibi traderetur fundus tali modo*»). Lo stesso fenomeno si verifica per le obbligazioni in *facere* volte alla produzione di un bene determinato, come la redazione di un libro o la costruzione di un edificio: anche in questo caso, la possibilità di valutare il mancato accrescimento della sfera patrimoniale di chi avrebbe dovuto ricevere la prestazione su di un criterio univoco di utilità rende *certa* l'obbligazione. Il compimento di un'azione la cui utilità non può essere misurata su di un parametro comune la rende invece *incerta*, come nel caso in cui il *facere* dell'obbligato consista nell'effettuare un viaggio o nello stare in giudizio. L'inadempimento di un'obbligazione siffatta può essere misurato nei suoi effetti solo a partire dalla posizione concreta del singolo soggetto coinvolto ⁽²³⁾.

(23) « Verbi gratia. promitto tibi fundum: fundus est res que potest recipere communem estimationem. Item pone vendidi tibi fundum et tradidi animo trasferendi dominium istud tradere potest recipere estimationem qui multum est vicinum dationi: et sic factum potest recipere communem estimationem. sed quantum interesset cuilibet

L'accento si sposta così sul dato della quantificabilità della prestazione equivalente. Il Révigny non esclude una tipizzazione delle prestazioni sul criterio della loro certezza o meno, ma questa viene ora descritta su di un criterio diverso: la possibilità di valutare le conseguenze dell'inadempimento su una base uniforme. In questo modo, tutte le obbligazioni comunque volte al trasferimento di una cosa determinata, sia esso direttamente o indirettamente costitutivo del diritto di proprietà, sono comunque *certe*. Una questione potrà porsi solo con riguardo alle prestazioni non traslative, di cui occorrerà verificare se l'interesse che esse intendono perseguire sia o meno valutabile secondo una fattispecie comune o se, al contrario, possa essere misurato solo nella sua singolarità ⁽²⁴⁾.

In questo modo il Révigny riduce tutte le distinzioni dei Glossatori, improntate ad una concezione qualitativa dell'*id quod interest*, in una definizione totalmente organizzata sul dato quantitativo. Per essa, la ragione del distinguere tra contratti *certi* e *incerti* prescinde da qualsiasi considerazione circa la struttura del contratto o dell'obbligazione principale, per rivolgersi al solo profilo della quantificabilità specifica dell'obbligazione all'equivalente. Il contratto è *certo* allorché possa contenere una prestazione il cui valore fornisca su un metro comune la misura del pregiudizio cui il suo inadempimento espone la parte che lo subisce.

quod sibi traderetur fundus tali modo. Item promitto tibi scribere librum vel facere domum potest recipere communem estimationem promitto Stichum stare in iudicio vel me ire Romam: facta ista non possunt estimari communiter scilicet quantum interest cuilibet: quia multi sunt quorum non interest: immo forte nulli sunt quorum interesset. quia video si staret in iudicio: vel eas Romam nisi ille solus cui promissum est stare vel ire: unde hic non cadit communis aestimatio. ». JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

⁽²⁴⁾ « Contractus ergo illi continent facta vel res in quibus cadit communis aestimatio dicuntur continere certum. Sed contractus qui continent factum cuius nulla est communis aestimatio dicuntur continere incertum. Sed quae est causa diversitatis ratio est in promptu: quia ubi contractus recipiunt communem estimationem ibi est interesse taxatum usque ad duplum quia duplum non est nisi respectu simpli et ibi est recipere simplum secundum communem estimationem: unde qui vult taxare oportet quod hoc faciat respectu simpli. et ubi contractus sunt certi eo modo quo accipitur hic certum est ibi reperire simplum ideo duplum. sed in contractibus incertis ex quo non cadit ibi communis estimatio non reperitur ibi simplum respectu cuius simpli fieret duplicatio unde ibi petitur interesse non taxatum sed relinquitur subtilitati iudicis et petitur quantumcumque sit ». JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

Il valore della prestazione non si identifica così con l'importo dovuto dall'inadempiente in risarcimento del suo fatto illecito, come nella definizione di *interesse commune* propria dei Glossatori, ma costituisce il punto di riferimento per la sua valutazione da parte del giudice, che deve comunque tener conto dell'utilità che il soggetto esposto all'inadempimento avrebbe potuto ricavare dalla prestazione oggetto del contratto. Una volta accertato il *quantum* della prestazione contrattuale inadempita, il giudice può commisurare l'effettivo pregiudizio causato alla parte, entro il limite del doppio del valore. Il contratto incerto ha invece ad oggetto una prestazione priva di una *communis aestimatio*: il giudice deve quindi accertarlo in concreto, senza poter disporre di alcuna base di valutazione. Da ciò deriva che la parte attrice possa chiederlo al di fuori di ogni limitazione normativa.

2. *La difficile sistemazione dei tipi di prestazione sul solo interesse singolare.*

Lo schema ricostruttivo dell'*id quod interest* esplicitato dal Révigny non gode presso i giuristi successivi di una fortuna univoca. Pierre de Belleperche in molti tratti la rifiuta, recuperando — pur all'interno di una dottrina propria ed originale — molti strumenti dei Glossatori.

La critica del Belleperche si esercita su taluni fra gli assunti principali sui quali si fonda la dottrina del maestro, a cominciare dagli argomenti di cui il Révigny si serve prima per ricostruire e contestualmente per criticare l'impostazione di Azone e della Glossa accursiana ⁽²⁵⁾. Il Belleperche rifiuta la capziosità della critica revi-

⁽²⁵⁾ «...dicunt doctores moderni quod glossa minus plene et minus vere loquitur. dicit nam glossa quod interesse est dampnum emergens imo non est dampnum sed estimatio dampni [...] imo reprehendunt glossam ad nomen et credo quod glossa dicat verum. Dicit glossa quod interesse est dampnum emergens non vult dicere quod interesse dampnum sit. Numquid fuit ita fatua, sed modus est loquendi, quod resarcirent dampnum et dicitur communiter resarcires michi dampna mea id est estimationem dampnorum. ». PIERRE DE BELLEPERCHE, *Repetitio in l. Si res vendita § cum per venditorem*. Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 76 va. La critica del Belleperche alle posizioni del Révigny viene confermata da Cino da Pistoia, che sottolinea le affinità tra la tesi del doctor ultramontanus e quelle di Dino da Mugello: «Prima divisio dividitur in tres

gniana alla Glossa, sottolineando come essa si basi su di un'interpretazione letterale di una formula (« *ad damnum esse obligatus* ») che l'opera accursiana traeva dal linguaggio corrente e che su questo attendeva di essere compresa ⁽²⁶⁾.

Rimosso questo argomento fondamentale, il Belleperche può così rivendicare alla tecnica definitoria dei glossatori la nozione di interesse come *aestimatio damni*. Un risultato che gli consente di rileggere e valorizzare nuovamente l'apparato di distinzioni dei giuristi precedenti, quale quella tra interesse *commune*, *conventum* e *singulare* ⁽²⁷⁾.

Anche su questo terreno l'allievo contesta la lettura del maestro, che esclude la configurabilità delle prime due categorie, sul presupposto che esse si identificano con il prezzo del bene ⁽²⁸⁾. Il Belle-

species, in commune, in conventum et singulare interesse... quod non approbat Iacobus de Ravanis sed dicit, quod est unicum interesse, et probat, quasi per omnes rationes et iura, quae Dynus pro hac parte adducit... ». CINO DA PISTOIA, *Lectura super Codicem*, ed. 1577 *de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*.

⁽²⁶⁾ Un'argomentazione fatta propria da Cino da Pistoia: « ita dicit Iacobus praedictus: tamen diffinitio glossae potest salvari, et immerito in aliquibus reprehenditur: quia reprehensio est ad nomen. Nam cum glossa dicit quod interesse est damnum emergens, non vult dicere, quod interesse est damnum, non fuit ita fatua, sed modus est loquendi: dicunt enim homines, tantum est damnum meum, resarcias mihi damna mea, id est, aestimationem. Ad ista verba consueta et vulgaria se retulit glossa... unde quod dixit damnum emergens, intelligendum est, id est, aestimatio damni... ». CINO DA PISTOIA *Lectura super Codicem, de sententiis quae pro eo quod interest*. Cino riporta un'ulteriore critica alla tesi del Révigny sul punto: « Advertas, quidam scholaris opponebat Iacobo praedicto et arguebat sic: interesse est aestimatio damni, secundum vos domine Iacobus sed interesse aestimatur, ergo aestimatio aestimatur, quod est falsum. Ad quod ipse respondit. Dico, quod interesse non est actus aestimandi, sed interesse est, in quo aestimatur damnum. »

⁽²⁷⁾ « Quaero secundo qualiter dicatur interesse et dividatur hic dicit glossa quod in tres species habet dividi interesse quid dicendum nam est interesse commune quidam conventionale quidam singulare. Commune ut rem valentem centum vendidit pro centum tantum nam valet res quantum vendi potest precium conventum sive interesse est ut si res valet quindecim et vendidi pro decem vel quindecim ut est conventum... Singulare est ut quantum mea interest singulariter rem habere quam forte non valet decem et interest mea in triginta illam habere. » (Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 76 va).

⁽²⁸⁾ « Doctores moderni reprehendunt glossam...ut dicunt pro commune precium. precium non est interesse. solum unum nam est interesse scilicet singulare. commune precium respicit rem interesse respicit personam et ideo dicit lex quod cuiusque intersit et cetera et sic personam tantum respicit...dicit in eodem non cadit copula et cetera unde

perché sottolinea ancora il carattere artificioso della critica revigniana alla dottrina di Azone e della Glossa che, se pongono nettamente la tripartizione fra le diverse specie di interesse, pure rimarcano come la nozione trattata sistematicamente dal Codex giustiniano sia soltanto quella dell'interesse *singulare*. Da questa i Glossatori deducono le altre, nello sforzo di comprendere in una definizione unitaria i vari regimi descritti per l'*id quod interest* nell'alluvionalità delle fonti romane ⁽²⁹⁾.

Il Belleperche completa la sua critica alla tesi del Révigny di un terzo elemento: anche la definizione di *id quod interest* dei Glossatori si centra sull'*utilitas*, non su una generica *affectio* ⁽³⁰⁾. La definizione dell'interesse come *aestimatio* dell'utilità che il creditore si ripromette di ottenere dall'adempimento della prestazione dovutagli è centrale nella dottrina del Révigny; l'allievo non respinge totalmente l'idea, ma ne limita molto la rilevanza. Il Belleperche distingue infatti nella *ratio* che presiede la nozione di interesse due profili, uno riguardante la legittimazione all'esperimento dell'azione per il risarcimento e l'altro concernente la sua quantificazione ⁽³¹⁾.

lex dicit interesse alium excedit precium conventum ergo precium conventum non est interesse bene scio non differunt in specie. » Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 76 va.

⁽²⁹⁾ « Sed isti reprehendunt glossam ad nomen. Dico vero quod proprie vero unum interesse est scilicet singulare stricto sumpto vocabulo quidam est conventum et quidam est commune ut si valet centum tantum interest mea habere sed proprie loquendo unum tantum est interesse scilicet singulare et hoc voluit glossa dicere. si petetur ab ea id dixisset unum ergo est interesse scilicet singulare. » Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 76 va.

⁽³⁰⁾ « Doctores nostri dicunt imo istud interesse singulare est utilitatis non affectionis. quia pone unum iocale quod dedit sibi amasia sua non forte daret pro centum libras sequeretur absurdum quod pro centum libras posset estimari. praeterea iura hic dicunt iuramentum tutor ad utilitatem pupilli defertur ergo est utilitatis ». Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 76 vb.

⁽³¹⁾ « Breviter debetis scire quod non habebitur ratio affectionis quantum ad hoc quod aliquis admittatur ad agendum. vero aliter non admittetur, non autem quantum adversarius gravius condempnetur unde si minor vendidit domum paternam pro centum quae non valuit nisi centum. dicit minor volo restituui. dicit emptor imo non debeo restituui quia tu non es lesus et non debes restituui nisi lesus nec est lesus quia non valet nisi centum...dicit minor affectionem habeo ad eam, quia domus erat paterna. bene admittitur [...] sed solummodo utilitatem continens non ut aliquis gravius posset condemnari ». (Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 76 vb. 11). Il medesimo apparato definitorio si ritrova in CINO DA PISTOIA, *Lectura super Codicem* loc. cit. n. 14.

La *ratio affectionis* non è quindi in grado di determinare l'importo del risarcimento in *id quod interest*, ma individua comunque il soggetto cui compete l'azione. In questo modo il Belleperche toglie validità all'impianto argomentativo del Révigny, che si basava sull'identificazione tra i due profili per concludere che solo la valutazione dell'*utilitas* può fondare la definizione dell'interesse. La *ratio utilitatis* sorregge quindi la quantificazione dell'*id quod interest*, che deve essere valutato in ragione del pregiudizio che l'inadempimento di una parte causa alla sfera patrimoniale dell'altra ⁽³²⁾.

Soccorre così un'ulteriore distinzione, che il Belleperche recupera parimenti dall'esperienza dei Glossatori, per ridefinirla in termini parzialmente diversi, quella tra interesse *circa rem* e interesse *extra rem* ⁽³³⁾. L'interesse *circa rem* si riferiva, nelle dottrine dei primi Glossatori, a quei beni le cui qualità possono essere immediatamente apprezzate, mentre l'interesse *extra rem* riguardava quelle cose la cui specifica utilità si esprime attraverso un autonomo atto giuridico di disposizione.

Il Belleperche sottopone a critica questa categoria, per ricavarne una distinzione propria, quella tra *interesse intrinsecum* e *interesse extrinsecum*, che non è una mera variante terminologica di quella dei Glossatori, ma lo strumento per una nuova identificazione del profilo funzionale della fattispecie contrattuale ⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ In questo modo, non si può chiedere un risarcimento maggiore del valore comune della cosa perita o non corrisposta adducendone una pretesa infungibilità *ratione affectionis*, ma solo *ratione utilitatis*, giusti gli esempi che Cino da Pistoia riprende dalle *Repetitiones* del Belleperche: «...aliquis interfecit servum meum filium naturalem, ita quod tenetur mini actione legis Aquiliae in quantum valuit. Sed pone, quod valuit viginta tamen habeo affectionem, quia nollem carere pro quadraginta nunquid gravius condemnabitur? non, ut ff. ad legem Aquiliam 1. si servuum meum, circa principium. Sed pone, habeo librum, in quo multa scripsi de manu mea, de litera illegibili, in isto libro maior est utilitas mea, quam alicuius alterius, secundum veritatem non curo de affectione, illum librum vendo tibi: postea tu revendis mihi, venditor non vult tradere, defertur mihi iuramentum in litem, quid iurabo? Dico, quod iurabo de utilitate mea singulari. ». CINO DA PISTOIA, *Lectura super Codicem*, ult. loc. cit.

⁽³³⁾ « Est ne alla divisio itaque quod est interesse intrinsecum et quidam extrinsecum et hoc dicit hic quia dicit quod est interesse circa rem et subaudi quod, est extra rem. circa rem intrinsecum extra rem extrinsecum. ». Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 76 vb.

⁽³⁴⁾ « Dicunt quidam planum est. quaedam intrinseca bonitas ut gustus, quaedam extrinseca bonitas ut pecunia, sic interesse intrinsecum est in rem vel circa rem et interesse extrinsecum extra rem, supra si certum petatur 1. cum quid. istud non valet.

I Glossatori descrivevano la loro categoria sulle caratteristiche naturali della cosa; quella del *doctor ultramontanus* procede invece dalla conspezione funzionale delle diverse tipologie di danno e, conseguentemente, di risarcimento ⁽³⁵⁾. Nel momento in cui il danno viene causato dal compimento di un'azione per la quale vi era l'obbligo di astenersi, il risarcimento andrà valutato quantificando sia l'interesse *intrinsicum* che l'*extrinsicum*. Diversamente nel caso in cui il pregiudizio si crei ove un soggetto non ponga in essere la prestazione cui si era precedentemente obbligato: in questa ipotesi il risarcimento andrà valutato solo secondo l'interesse *intrinsicum*. Attraverso questa nuova distinzione il Belleperche riesce a definire in termini esclusivamente funzionali la determinazione dell'*interesse*, riportandola però, a differenza del Révigny, nel tessuto proprio del contratto. Usando di questo strumento, difatti, egli può agevolmente ridefinire la distinzione tra fattispecie contrattuali *certe* e *incerte* in una prospettiva distante sia dall'impostazione strutturale dei Glossatori che da quella del maestro, tendente a ricostruire il ruolo dell'*id quod interest* in termini esterni rispetto al tessuto negoziale ⁽³⁶⁾.

intrinsicum vocatur etiam extrinsecum bonitatem ut infra de evicione 1. venditor...unde breviter credo sic dicendum. Intrinsicum interesse est quod concomitatur rem penes quaecumque vadat. Extrinsicum interesse est quod non communiter sequitur rem penes quaecumque vadat sed si ad certam personam veniat habet locum ». Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 76 vb — fol. 77 ra. Cfr. CINO DA PISTOIA, loc. ult. cit.

⁽³⁵⁾ « Quero quando habetur ratio intrinseci interesse vel extrinseci. Expedio me breviter. Si queras quando intrinseci vel extrinseci habebitur ratio. Distinguo sic. aut agitur propter hoc ad interesse quia fecit quod facere non debuit et dico quod tunc habebitur ratio extrinseci et intrinseci interesse. pone aliquis me expuli de possessione fundi mei. aliquis surripuit in servum meum et pecuniam meam quia non potui habere incido in penam. quo autem venit intrinsicum et extrinsicum interesse [...] aut agitur ad interesse quia non est factum quod fieri debuit et tunc dico quod non habebitur ratio extrinseci interesse sed intrinseci. et intelligitur hic non tradidit rem venditam tenetur ad interesse circa rem non extra rem. ». Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 77 ra. Cfr. CINO DA PISTOIA, loc. ult. cit.

⁽³⁶⁾ « Dicunt antiqui quod conventiones certam habentes quantitatem a natura sunt ut contineant certam speciem. ut pone. vendit mini Stichum aut Panphilum interest mea habere in mille. nec petam nisi duplum precii. sed que conventiones continent(es) incertam quantitatem dicunt ipsi sunt conventiones quibus perimetur aliquid in genere vel in quantitate et petam quantumque intersit probatur certum quod in specie est certum quod est in genere...ratio huius est quando in uno gravatur in alio relevatur. multum gravatur qui tenetur ad certum. unde in illo dicit relevari [...] istud non est bene

L'argomento principale del Belleperche è fornito dalla struttura dei contratti di locazione e di compravendita, sui quali egli misura le incongruenze dell'approccio dei Glossatori, centrato sulla distinzione tra obbligazioni in *facere* e in *dare* ⁽³⁷⁾. La concezione dei Glossatori non riesce a dare sufficiente ragione del fatto che contratti i quali contengono prestazioni tipicamente *incerte*, poiché aventi ad oggetto un *facere*, producano delle obbligazioni perseguibili attraverso azioni predicate *ad certum*.

La critica del Révigny non soddisfa tuttavia pienamente il Belleperche ⁽³⁸⁾. La costruzione revigniana distingue fra *fattispecie certe* e *incerte* sulla base della facilità di quantificazione dell'*id quod interest*, un criterio che resta, a giudizio dell'allievo, indeterminato e avulso dal profilo strutturale del contratto ⁽³⁹⁾. A quella del Révigny,

dictum argumenta supra si certum petatur l. certi conditio in principio. unde dicit glossa et est sententia Francisci quod conventiones certam naturam vel quantitatem habentes sunt sive contineant certam rem sive incertam, dum tamen contineant dationem sed incertam naturam sive quantitatem continent quia continent factum certam naturam ergo habent que continent dationem. ». Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 77 ra.

⁽³⁷⁾ « Dicit quod illae conventiones certam quantitatem habent sive causam que continent dationem. sed ille que continent faccionem habent incertam naturam sive causam. sed nonne locare factum esse sic et tamen locatio et venditio habent certam naturam. et tamen vendere est factum. ergo quamvis tales conventiones contineant factum non reputantur incertam causam habere. Ipse Franciscus distinxit. alium est factum per quo itur ad incertam speciem et propter hoc non continens incertam causam vel naturam. Sed factum per quo itur in novam speciem continens incertum et respectu certi originis dicitur certum ». Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 77 vb. — 78 ra. Il Belleperche riferisce la costruzione di Azone e della Glossa a Francesco d'Accursio, sulla menzione di un episodio specifico spesso citato dai Commentatori: « Glossa per praedictam rationem non potest sustineri, nec potuit eam defendere Franciscus Accursius dum legeret hanc legem ultra montes, dum fuit cum Rege Angliae et Iacobus predictus in forma discipuli poneret sibi, nimirum non erat in mundo adversarius durior nec subtilior » (Cino da Pistoia, loc. ult. cit.). L'impossibilità del figlio del compilatore della Glossa Magna di difendere l'opinione del genitore contro Jacques de Révigny, *qui surrexit contra eum in forma discipuli*, è testimoniato anche da BARTOLO DA SASSOFERRATO, in l. Cum pro eo, C. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur.

⁽³⁸⁾ Per come viene spiegato anche da CINO DA PISTOIA: « Ista est lectura Iacobi praedicti, sed Petrus non stat in ea, quia non probatur lege, et sine lege erubescimus loqui » (loc. ult. cit.).

⁽³⁹⁾ « Quare ergo dixit Iacobus in locationibus continetur certa causa et tamen itur in novam speciem ut in operis. non respondit Franciscus et interpositum fuit quia nescivit respondere. unde dicunt moderni conventiones [...] habere certam causam que

egli contrappone la propria concezione, per cui la certezza o meno della prestazione deriva da una valutazione totalmente interna all'assetto funzionale del contratto. Le fattispecie *certainae* sono così quelle in cui la prestazione di una parte trova corrispondenza nella controprestazione dell'altra ⁽⁴⁰⁾.

Una congruità tra prestazioni che si apprezza in termini sostanziali: nel contratto di compravendita la prestazione di un soggetto trova esatta valutazione in quella della controparte, stante la corrispondenza che si realizza tra l'atto traslativo del venditore e il pagamento del prezzo da parte del compratore. Le due prestazioni sono dunque *certainae* per definizione. Ove invece una parte si obblighi ad una azione che non trova immediata corrispondenza nella prestazione assunta dalla controparte, il contratto risulta *incertum*, e la parte che subisce l'inadempimento può chiedere il risarcimento senza alcuna limitazione precostituita, esponendosi tuttavia all'onere della prova sul *quantum* ⁽⁴¹⁾.

La costruzione del Belleperche è tuttavia ben lungi dal rappresentare la risposta definitiva sul punto per i giuristi successivi, che vi scorgeranno delle difficoltà insormontabili. Una prima dimostrazione può essere tratta dal lungo apparato di Cino da Pistoia il quale, dopo aver preso in rassegna le opinioni contrapposte della Glossa da una parte, del Révigny e del Belleperche dall'altra, è costretto ad

continent tale quid quod facile potest estimari et tunc certam naturam habent. sed pone promittis ire Romam de difficili potest estimari ista conventio et imo incertam dicitur habere causam vel naturam... ». Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 78 ra. Cfr. CINO DA PISTOIA, loc. ult. cit.

⁽⁴⁰⁾ « ...istud non concedo. dico qui promittit factum si sit in mora obligatur ad interesse et semper est incertum et habet incertam naturam...Quid ergo dicemus. dicunt quidam conventiones que certam naturam habent sunt que habent certam recompensationem taxatam ut precium vel mercedem. vendis librum. locas operas certa est recompensatio ex parte tua. vendis pro decem locas pro decem vel in contractu permutationis convenimus quod dares Digestum pro Codicem. habes Codicem meum pro Digesto tuo ista habent certam recompensationem et continent certam naturam et in huius non exiges interesse ultra duplum precii. ». Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 78 ra.

⁽⁴¹⁾ « Sed pone. promissisti ire Romam ista promissio vel conventio non habet certam recompensationem ex parte tua. et imo quantumcumque interesse exigam probari debeo. certe ratio hoc dictat. primo si promissisti mihi ire Romam. si non vadis petam interesse quantumcumque, quia nullum est precium. unde duplum precii petere non possum quia quod non est duplicari non potest ». Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 78 ra.

ammettere che queste ultime portano a conclusioni di eccessiva astrattezza nel momento in cui prescindono dalla struttura delle diverse prestazioni contrattuali ⁽⁴²⁾. Cino mostra in particolare come, seguendo la linea degli Ultramontani, si giunge a una totale parificazione tra le prestazioni a un *rem tradere* e quelle a un *facere* che, in quanto tale, renderebbe eguale la qualificazione della responsabilità per inadempimento in contratti dal programma obbligatorio estremamente diverso ⁽⁴³⁾.

Cino da Pistoia testimonia così la difficoltà di distaccarsi pienamente dalla lezione dei Glossatori. La tesi del Belleperche mostra, pur al suo più alto estimatore, l'impossibilità di raffigurare l'intera tipologia contrattuale sull'unico criterio della reciproca valutazione delle prestazioni cui le parti si impegnano. Da qui la necessità di ritornare parzialmente all'impostazione fondamentale dei *doctores antiqui*, alla valutazione strutturale delle prestazioni e alla conseguente distinzione tra il regime per l'inadempimento delle obbligazioni ad un *merum facere* e quelle ad un *mixtum facere*, categoria in cui trova di nuovo cittadinanza la *traditio rei*, considerata nella sua singolarità ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ « Quid dicemus? In veritate adhuc est obscurum istud statutum, nec mihi clarescit, ex his quae dicta sunt, imo accrescit magis. Tu autem elige, quod plus placet. Sed si ego essem Iudex, de medio non discederem in hoc articulo a glossa, quia illurn reputarem incertum casum, ubi est in obligatione factum merum et simplex. Non obstat, quod in venditione versatur factum, circa traditionem: quia dico, quod illud est factum mixtum, quod unico actu et momento explicatur, per dationem vel solutionem rei, sed factum merum habet successivum effectum ». CINO DA PISTOIA, loc. ult. cit.

⁽⁴³⁾ « Praeterea ratio huius inducit, quia in contractibus, qui non sunt obligatorii, hincinde noluerunt iura servari aequalitatem, sed in obligatoriis ultro citroque sic, et ideo in istis, qui habent mutuam compensationem, non licet contrahenti rescindere contractum, nisi sit deceptio ultra dimidiam iusti precii....Ista est lectura Petri in qua videtur mihi, quod amare tractet casus liberales ». CINO DA PISTOIA, loc. ult. cit.

⁽⁴⁴⁾ Una costruzione, quella di Cino da Pistoia, in cui si intravede la rinuncia ad una sintesi superiore delle varie *distinctiones antiquae* altrimenti tentata dagli Ultramontani. Cino tiene così distinte tre diverse ipotesi, a seconda che l'inadempimento si realizzi attraverso un *facere*, un *non facere* o un *non dare*. (« Tu dicas, aut agitur, quia factum est quod fieri non debuit, aut quia non est factum, quod fieri debuit: aut quia non est datum quod dari debuit », loc. ult. cit.). Nel primo caso la distinzione tra *factum merum* e *factum mixtum* non ha ragion d'essere. (« Primo quando agitur, quia est factum quod fieri non debuit: tunc interesse est in obligatione et petitione, unde potest peti in libello.. »). Nel secondo caso la distinzione tra *merum* e *mixtum facere* rileva per stabilire

3. *Il ritorno a una concezione oggettiva dell'id quod interest nei Commentatori.*

Il dibattito circa la struttura e la funzione dell'*id quod interest* non trova risposte univoche nei Commentatori successivi, i quali utilizzano in vario modo il dissidio tra il pensiero consolidato nella Glossa e le dottrine degli Ultramontani quasi come lo strumento principale di costruzione dei propri apparati, giungendo a conclusioni diverse, ma tutte in qualche modo spostate verso una concezione dell'*id quod interest* maggiormente fondata sulle caratteristiche oggettive della prestazione, e non solo sul pregiudizio misurato dal punto di vista del creditore.

Nella visione del Butrigario, ad esempio, l'adesione di fondo alla tesi soggettiva non impedisce di verificarne i limiti quanto alla determinabilità in concreto del pregiudizio, portando all'individuazione di una dimensione comunque oggettiva della nozione. Per Butrigario non vi è una vera differenza tra le tesi della Glossa e quelle ultramontane quanto alla definizione dell'*id quod interest*: quando la Glossa parla di interesse come danno, sicuramente si riferisce all'*aestimatio damni* e quanto in essa si trova scritto è sicuramente estensibile, per come invece negano gli Ultramontani, a coprire non solo il mancato adempimento, ma anche l'inadempimento non esatto, insuscettibile di acquisire al creditore l'intero bene della vita che aveva stipulato ⁽⁴⁵⁾. Su questo punto, seguendo

il ruolo dell'*id quod interest* all'interno della fattispecie. Nell'ipotesi di *factum merum* la parte non può ottenerne l'adempimento in forma specifica e deve quindi accontentarsi della *petitio interesse*; nell'ipotesi di *factum mixtum*, l'alternatività fra le due obbligazioni non è perfetta e la pretesa all'*id quod interest* è dipendente dalla pretesa alla prestazione originale. In quest'ultima ipotesi si colloca l'obbligazione a *tradere rem*, tipica della compravendita. La terza ipotesi, quella delle obbligazioni a *rem dare*, viene spiegata da Cino in piena aderenza alle dottrine dei Glossatori, distinguendo a seconda che tale prestazione risulti da un contratto nominato o innominato.

⁽⁴⁵⁾ « Expositis oppositionibus modo quaero quid sit interesse. et dic ut in glossa quam impugnant ultramontani dicentes quod interesse non est damnum sed extimatio damni, sed certe hoc puto glossa etiam sensisse. Item impugnant quia dicunt eam defectivam, quia non solum agitur ad interesse quando non fit, sed etiam quando male fit vel qui non dat vel male dat, et ideo addunt ipsi hoc. Sed certe glossam potest sustineri. ». IACOPO BUTRIGARIO, *Lectura super Codice*, r.a. Bologna, Forni 1973, *tit. de sententiis quae pro eo quod interest*.

Pierre de Belleperche contro Jacques de Revigny, la critica di quest'ultimo alla Glossa è per Butrigario poco più di un sofisma puramente terminologico.

Diverso il caso della struttura dell'interesse: anche per il Butrigario l'unico interesse è quello *singulare*, rilevando il prezzo concordato tra le parti o il valore di comune commercio della cosa solo come *causae* delle conseguenze dell'inadempimento, che attendono di essere valutate in concreto dal giudice dalla prospettiva del creditore ⁽⁴⁶⁾.

I Glossatori hanno tentato di tenere insieme due ordini inconciliabili di determinazione del valore di un bene: l'uno oggettivo, quello che dovrebbe rappresentarsi nelle prime due categorie, l'altro soggettivo. Seguendo ancora una volta gli Ultramontani, l'interesse è per Butrigario solo ipotizzabile in senso soggettivo: il valore del bene è la causa dell'interesse che un dato soggetto ha verso di esso, ma la causa — per definizione — non può coincidere con l'effetto.

Tanto si dimostra, per Butrigario, nel processo. La valutazione dell'interesse, allorché è espressa seguendo la concezione oggettiva del valore convenzionale o di mercato, si dimostra intraducibile correttamente in un *petitum* valido a supportare un procedimento in giudizio. Ove tra le parti si convenga una somma in luogo dell'interesse — come in una clausola penale — in giudizio si deve chiedere questa e basarne il titolo sulla promessa in quanto tale, poiché altrimenti l'attore dovrebbe dare da subito la prova che il suo interesse specifico, dato dal danno patito dall'inadempimento della controparte, è pari alla somma richiesta. Ne deriva che questi, così

⁽⁴⁶⁾ « Item quaero de divisione interesse et glossa ponit primo unam et est triplex scilicet conventum, commune et singulare, et male dicit glossa quia precium commune et conventum excedunt ab interesse...ergo precium commune vel conventum non sunt interesse...Huius timore Glossa se ipsam corrigit et Dynus in c. mora extra de regulis iuris bene approbat divisionem interesse, sed aliter exemplificat et dicit quod commune est quantum valet communiter, conventum quantum convenit interesse nomine dari, non dico nomine rei: sed certe ipse male dicit, quia interesse consideratur per relationem ad personam, ut dicta lex. prima ff. de actio empti et precium per relationem ad rem, ut l. precia ff. ad l. falc. Et quod commune precium non sit interesse proba sic: causa et causatum non sunt idem, sed ita est quod quia res tantum valet, ideo tantum mea interest, ergo interesse causatur mihi a precio communi, ergo precium commune non est interesse, licet sit tantum quantum interesse ». IACOPO BUTRIGARIO, op. ult. cit.

facendo, non sta chiedendo in giudizio il proprio *id quod interest*, ma l'oggetto di una promessa astratta che ha solo un lontano riferimento nel proprio interesse, e in una sua ancora più astratta valutazione ⁽⁴⁷⁾. Un rilievo conclusivo per affermare che qualsiasi impostazione obiettiva nella definizione dell'*id quod interest* è fallace nel cogliere la specificità della nozione, la quale è rappresentabile per definizione solo in una prospettiva soggettiva. In altri termini, l'*id quod interest* non coincide mai per Butrigario col valore di un bene o con il danno arrecato da un'azione altrui, ma nel pregiudizio che al singolo è stato concretamente apportato dalla privazione di quel bene o dal provocarsi di quel danno, con ogni conseguenza in tema di prove.

La stessa impostazione è visibile nella critica del Butrigario alla *secunda divisio* dell'*id quod interest* secondo la Glossa: quella per cui l'interesse può essere *circa rem* in tutti i casi in cui spetta a chiunque si trovi a subire l'inadempimento di una data obbligazione (anche non direttamente contratta da lui, ma da colui che gli ha ceduto il contratto) o *extra rem*, nel caso in cui l'interesse a quell'adempimento deve essere valutato a partire dalle peculiarità del creditore, che ha bisogno dell'esatto adempimento.

La distinzione, criticata dagli Ultramontani, aveva trovato nuova linfa e maggior complicazione in Iacopo d'Arena, che parlava di un interesse *rei*, coincidente con il valore della cosa, che può essere chiesto allorché il danno patito coincide con la sua perdita, e di un interesse *circa rem* o *propter rem*, esemplificabile nei frutti che la cosa perduta avrebbe potuto produrre. Nella distinzione di Iacopo d'Arena, a queste categorie si aggiungeva l'interesse *extra rem*, classe residuale che comprende tutte le utilità che la cosa avrebbe potuto produrre a quel soggetto per motivi inerenti strettamente a questo, e non alla cosa in quanto tale.

⁽⁴⁷⁾ «Item quod conventum non sit interesse, probo licet sit quantitas pro interesse conventa. Pone ergo quod decem promisisti pro interesse et mea non interest nisi in duobus numquid residuum est interesse? Certum est quod non, quia ei non convenit diffinitio interesse: quia nec damnum emergens nec lucrum cessans. Fateor tamen quod totum debet mihi dari, non quia intersit: sed quia tantum promissum fuit nomine interesse et si peterem decem, quia interesset male peterem, quia non probarem mea interesse nisi in duobus sed debeo dicere in libello: peto decem mihi promissa nomine interesse. ». IACOPO BUTRIGARIO, op. ult. cit.

Butrigario riporta esattamente le differenze tra l'opinione degli Ultramontani e quella di Iacopo d'Arena, ma la sua attenzione si concentra sulla sola categoria dell'interesse *extra rem* e dei dibattiti che essa ha prodotto presso i giuristi precedenti. L'interesse *circa rem* non può eccedere il valore della cosa stessa. Dottrina tradizionale della Glossa è che l'inadempimento totale dell'obbligazione dia luogo ad una condanna all'interesse *circa rem*, mentre il cattivo adempimento espone il reo a una condanna anche oltre questo limite, nel parametro della valutazione *extra rem*. Gli Ultramontani criticano questo assunto, e il Butrigario sostiene le ragioni della Glossa con ulteriori argomentazioni.

La prima: i testi portati dai giuristi francesi a critica delle tesi dei Glossatori o riguardano ipotesi in cui non potrebbe valutarsi l'interesse *circa rem*, poiché si tratta di obbligazioni a prestare una data quantità di cose fungibili, o trattano di delitti, i cui profili di responsabilità non possono dar luogo alle medesime sanzioni civili dei contratti. Non è un'aporia sostenere che l'inadempimento parziale debba essere punito in misura maggiore dell'inadempimento totale, poiché secondo questo assunto il delitto di chi omette è minore di chi agisce sapendo di agire male ⁽⁴⁸⁾. Non è, questo, un semplice artificio dialettico: attraverso questo strumento Butrigario può differenziare la responsabilità di chi, ad esempio, non consegna la cosa venduta rispetto a quella di chi ne consegna una viziata ignorando o conoscendo il vizio. Chi non consegna sarà esposto a un risarcimento *circa rem*, mentre chi dà una cosa viziata conoscendone

⁽⁴⁸⁾ « Quaero ergo quando veniat interesse extra rem et in hoc sunt opiniones. Prima est opinio Glossae quod aut agitur quia non traditur et quod non venit extra rem, aut quia male traditur et tunc venit extra rem. Ultramontani reprehendunt Glossam in membro primo per lege tertia in fine ff. de eo quod certo loco, sed potes respondere, quia illa loquuntur in casu speciali, scilicet quando interesse circa rem venire non potest quia quantitas est in obligatione...Sed respondeo duobus modis, primo quod lex contraria loquitur in delictis, glossa in contractibus, at in delictis venit quodlibet interesse....Praeterea ibi non agitur contra finem, quia non facit, sed quia male facit scilicet furando et ideo glossa bene dicit accipiendo verba eius late prout dicit: quia aut agitur quia male tradit subaudi vel male facit. Aut ergo agitur contra eum qui non facit et venit interesse circa rem non extra, aut contra eum qui male facit et tunc aut agitur contra dolosum et venit extra rem quantucumque sit, aut contra non dolosum et venit extra rem...Et est ratio primi membri, quia minus delinquit qui non facit vel omittit quam qui facit...et ideo minus punitur. ». IACOPO BUTRIGARIO, op. ult. cit.

il vizio è in dolo e ciò lo espone a una sanzione maggiore di chi, al contrario, ha mal adempiuto senza intenzione di nuocere ad altri.

Sotto questo profilo, la sistematica del Butrigario giunge ad esiti più complessi di quelli ultramontani. Le tesi di questi distinguono tra interesse *intrinsecum* e *extrinsecum*, una distinzione elaborata soprattutto dal Belleperche per andare oltre quella classica tra interesse *circa* e *extra rem*. Secondo il Belleperche, la condanna sarà computata solo nel primo allorché l'inadempimento consista nell'aver fatto ciò che ci si era obbligati a non fare, mentre dovrà essere computato secondo entrambi i parametri allorché il reo si sia astenuto da un adempimento positivo.

A questa impostazione oggettiva, il Butrigario contrappone una partizione fondata sull'elemento soggettivo, per cui la misura del danno *in id quod interest* deve essere data o attraverso il giuramento dell'attore o attraverso la prova per testimoni. Questi due mezzi non sono eguali: consentire all'attore una prova indefinita sulla propria dichiarazione si risolverebbe nel sollevarlo in modo illogico dal suo onere probatorio. La conseguenza non può essere altro che una limitazione quantitativa dell'efficacia probatoria del giuramento dell'attore, per cui il danno accertabile per questa via non può, in ogni caso, eccedere il doppio del valore della prestazione lasciata inadempita.

Una soluzione che il Butrigario ha cura di sottolineare non essere presente in alcun testo romano: essa viene ricavata direttamente dalle norme e dai principi in materia di processo. Seguendo queste, il Butrigario riporta ad unità le diverse ipotesi già individuate dai giuristi precedenti, che valgono solo ove il danno *in id quod interest* debba essere provato per testimoni ⁽⁴⁹⁾.

(49) « Item in secundo membro quando agitur contra male tradentem si fuit in dolo venit interesse quantumcumque sit: quia eius dolus ipsum debet aggravare et facere perdere hoc privilegium huius legis scilicet ut excedat duplum ut dicto § in omnibus. Sed Iacobus de Arenis aliter dicit modicum discrepando a praedictis: nam dicit aut interesse venit probandum per iuramentum, et nullo modo excedit duplum ...aut venit probandum per testes et tunc ipse distinguit ut supra, scilicet quia aut agitur contra non tradentem, et cetera ut supra dixi. Sed certe lex non probari quia eo casu quo interesse debet probari per iuramentum quod non possit duplum excedere licet iudex debeat taxare illud...Item nec in totum concordat cum distinctione supra dicta et ideo ego dicerem me concordando cum omnibus quod aut iuramento debet probari interesse et

Possono darsi così due ipotesi: o il *petitum* consiste nell'accertare l'inadempimento totale, o riguarda l'inesatto adempimento del debitore. Nel primo caso, l'oggetto della prova per testi non può che consistere nell'obiettività dell'inadempimento: potrà quindi provarsi per questa via solo l'interesse *circa rem*, poiché il danno coincide qui con l'inadempimento, e la sua quantificazione deriva come stretta conseguenza logica dall'accertamento di questo. Diverso è il caso in cui l'attore chieda di accertare l'inesatto adempimento di controparte: in questo caso egli dovrà provare il dolo del debitore inadempiente per poter chiedere il risarcimento del danno *extra rem*, altrimenti dovrà contenere la sua pretesa entro il doppio del valore originario della prestazione lasciata inadempita.

L'elemento soggettivo di qualificazione del grado di responsabilità del debitore diventa così il discrimine tra le ipotesi in cui l'attore può chiedere un risarcimento senza limiti e quelle in cui, al contrario, la sua pretesa non può andare *ultra duplum*. Un criterio che non viene assunto nella sua oggettività, come presso gli Ultramontani, ma che, al contrario, viene scelto in funzione del grado di certezza che le diverse ipotesi hanno nel tracciare i confini del danno determinabile.

Ove sia in questione l'inadempimento inesatto, scorretto o parziale, difatti, la determinazione del danno in *id quod interest* consegue non ad una valutazione necessaria da un fatto oggettivo, ma ad una valutazione necessariamente approssimativa rispetto a un fatto materiale i cui tratti possono essere variamente percepiti dal giudice. La presenza del dolo vale a semplificare la fattispecie e, conseguentemente, l'onere probatorio dell'attore: se vi è dolo del debitore, il creditore non è tenuto a provare la latitudine dell'inadempimento di controparte, ma dovrà solo provare le conseguenze negative che gli sono derivate per fondare su queste la propria

tunc non possit duplum excedere cum actor relevetur ab onere probandi, hoc tamen non reperitur in lege cautum, aut debet probari per testes et tunc agitur aut contra eum qui non facit et venit interesse circa rem et non extra rem...Aut agitur contra eum qui male facit vel tradit et tunc aut ipse fuit in dolo et venit interesse extra rem et quantumcumque sit ...et in hoc concordo cum glossa et ultramontani. Aut non fuit in dolo et dicunt ultramontani quod venit extra rem etiam si non ultra duplum, ut hic, quod intellige verum in contractibus. In delictis vero etiam si non sit in dolo venit interesse extra rem, et quantumcumque sit. ».

richiesta di risarcimento. Questa troverà titolo non sul fatto oggettivo dell'inadempimento, ma su quello soggettivo del dolo della controparte e assumerà quindi una funzione punitiva.

Il problema dell'*id quod interest* resta pertanto la sua determinazione. Se si chiede la condanna *in id quod interest* prima che sia stata contestata la mora del debitore, l'azione non può che essere alternativa, volta cioè a chiedere la condanna del debitore a fare quanto contrattualmente convenuto o in alternativa il pagamento di un equivalente monetario, l'*id quod interest* appunto, che dovrà essere determinato dal giudice sulla scorta del valore della prestazione. Se al contrario l'attore agisce a mora già dichiarata, il fatto costitutivo del suo diritto al risarcimento è il dolo del debitore, quale si realizza con l'inadempimento: la quantificazione dell'*id quod interest* potrà di conseguenza avvenire tanto in sede di cognizione, tanto in sede di esecuzione, dando luogo a un'ipotesi di sentenza determinata solo nel genere ⁽⁵⁰⁾.

4. *L'id quod interest come sanzione legale dell'inadempimento.*

Su questi temi si organizzano le dottrine dei Commentatori successivi. Innanzitutto, quello di Niccolò de Matarelli. Morto circa il 1310, e quindi contemporaneo di Cino da Pistoia, autore di opere rimaste manoscritte, tra le quali spicca una *Repetitio* al titolo *de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur* in cui vengono sostenute tesi originalissime le quali, se saranno solo parzialmente

⁽⁵⁰⁾ « Expedita theorica venio ad practicam et quaero qualiter interesse petatur et probetur et in condemnatione deducatur: et sic quaero qualiter probetur interesse? Dynus et glossa dicunt quod ubicumque dolum intervenit probato dolo venit probandum solum per iuramentum...si autem non venit dolus adversarii tunc probatur per testes ad liquidum....Item qualiter petatur interesse? Respondeo aut ago mora iam commissa et tunc possum agere duobus modis, scilicet petere interesse et non exprimere quantitatem et tunc si prosequor postea certum iudex certam feret sententiam: si autem non prosequor certum tunc iudex incerte pronuntiabit condemnando reum ad interesse et in executione fiet certum possum etiam ab initio petere decem nomine interesse et tunc debeo certum probare et iudex certam feret sententiam super eo...aut ago ante moram et possum agere ad factum scilicet peto ut facias quod convenit quia impugnant quidam dicentes qui tenetur ad factum tenetur alternative ad factum vel ad interesse, et ideo qui simpliciter petit factum, videtur plus petere...debet ergo dicere peto te condemnari ad interesse vel ad faciendum quod convenit ». IACOPO BUTRIGARIO, op. ult. cit.

accolte da giuristi successivi e ancor più criticate, proprio per questo costituiranno per costoro un prezioso spunto di riflessione critica.

La *Lectura super interesse* pone immediatamente il suo primo obiettivo: stabilire in termini positivi quali caratteristiche fondino la singolarità che l'interesse deve avere per poter essere risarcito oltre i confini del prezzo d'acquisto o del valore comunemente avuto da una data prestazione o da un dato oggetto. Una tale caratteristica, continua il giurista, non può essere ritrovata nei tradizionali esempi di interesse *singulare* offerti dai giuristi precedenti, poiché in questi non si può trovare nulla che possa fondare una definizione generale (la « *veritas singularitatis* »). Di più: in tutti questi esempi la caratteristica dell'interesse *singulare* è in realtà data da un carattere puramente accidentale dell'oggetto dell'obbligazione inadempita o del danno dato, non dell'interesse considerato come relazione giuridica in sé ⁽⁵¹⁾.

L'insegnamento partecipato tanto dai Glossatori come dagli Ultramontani vuole che il titolo del Codice in cui si parla di interesse si riferisca al solo interesse *singulare*, ossia a quell'interesse particolare che l'attore aveva nella prestazione che gli doveva essere resa, o nell'oggetto perduto per colpa altrui, il quale legittimava una pretesa risarcitoria più elevata rispetto al valore che quella stessa prestazione avrebbe avuto a prezzi di mercato. Questa seconda valutazione realizzava, nelle dottrine dei Glossatori, l'interesse *commune*, categoria individuata a partire da un testo che, si diceva tradizional-

⁽⁵¹⁾ « Cupio ergo mihi regulam tradi per quam cognoscere possim quod intelligant commune interesse et quod singulare; cum nullum interesse inveniam cui equalem possit aliqua singularis veritas singularitatis appropriari, nisi sit extimatio rei vel facti quod est in obligatione. Quia omne damnum obveniens et lucrum cessans ex aliqua accidentia extra corpus rei considerare habet [f. 118 r] aliquam singularitatem, quia illa talia accidentia non intervenisse communiter omnibus; nam nec communiter omnium interfuisse in extimatione gregis propter pecudem morbosam, quia aut gregem non habuissent aut eam non posuissent; nec in extimatione edificii propter tignum vitiosum. Et sic de aliis, et si diceretur hoc interfuisse omnium communiter qui fuissent in illo casu, ex quo non dicis simpliciter communiter omnium designat singulare interesse. Sed ut aliquem certum finem inveniam in glossa communiter et sibi invicem respondeant. ». NICCOLÒ DE MATARELLI, *Repetitio ad legem unicam de sent. quae pro eo quod int.*, MS Modena Biblioteca Etsense a. M. 8, 19 — lat. 1161, foll. 117-145. Utilizzo la trascrizione di M. CONETTI, *Economia e diritto nel trecento. La Repetitio di Niccolò Matarelli sul tema dell'interesse* (p. 52), pre-edizione 2015, visibile su academia.edu.

mente, non ne tratta. Secondo questa impostazione, l'interesse *singularis* si replicherebbe eguale in tutti i casi in cui l'obbligazione, da contratto come da delitto, intervenisse sul medesimo oggetto: poiché la specialità è nella cosa, qualsiasi soggetto dovrebbe avere in quella lo stesso interesse, con ciò smentendo l'ipotesi.

Nell'impostazione del Matarelli, al contrario, la specialità dell'interesse deve essere ricercata nell'interesse stesso, e quindi nella considerazione che un dato soggetto ha di una data cosa, nella relazione che questi ha con quella, speciale e infungibile con l'atteggiamento di altri soggetti posti nella identica situazione. Quando l'interesse di un dato soggetto verso una data cosa può essere descritto in termini certi senza dover considerare le particolarità insite nel singolo caso, allora e solo allora ci troveremo dinanzi all'interesse *singularis*. Altrimenti, quando le particolarità della singola controversia saranno determinanti nel definire le caratteristiche dell'interesse, ecco che ci troveremo dinanzi a quella categoria che la Glossa chiama di interesse *comune* ⁽⁵²⁾.

L'interesse deve essere così determinato solo su base oggettiva: va rifiutato ogni tentativo di portare tra i fattori costitutivi dell'*id quod interest* l'*affectio*, termine per definizione non determinabile su base certa. Già Azzone escludeva l'*interesse affectionis*, perché avrebbe potuto portare a una quantificazione del danno abnorme rispetto al valore oggettivo della prestazione inadempita. Il ragionamento del Matarelli è diverso: *affectio* e *interesse* sono termini inconciliabili in virtù della loro diversa accertabilità in giudizio. L'*affectio* può essere difatti provata in giudizio solo col *sacramentum in litem*, non attraverso la prova degli elementi oggettivi che consentano la valutazione del danno concretamente prodotto al creditore ⁽⁵³⁾.

⁽⁵²⁾ « Credo quod intellexerint singularis interesse quando est talis singularitas que respicit causam tantum consideratione persone ad rem, non consideratione alienus casus. Sicut est quando habet rem novam, quando res fuit suorum maiorum ut C. de administratione tutorum l. lex que [C. 5, 37, 22], vel quando posuerat sibi vicinam ut ff de legatis 2 l. si cui fundus [D. 31, 56], ubi autem singularitas consideratur respectus casus non habita consideratione persone ad rem. Sed ad casum ut in [f. 118 v] exemplis supra positis, credo quod intelligant glosse interesse commune. ». NICCOLÒ DE MATARELLI, op. cit., in CONETTI, op. cit., pp. 52-53.

⁽⁵³⁾ « Item dubito super his que dicunt glosse de singularitate propter affectionem, numquid intelligant quod extimatio affectionis veniat in interesse; nam si intelligant

Ove il valore che una cosa o una prestazione assume verso un determinato soggetto è predicabile in termini di *affectio*, per ciò stesso non è determinabile come interesse. Una rilevanza dell'*affectio* può essere riconosciuta solo come fattore di stima del danno in concreto, non come momento di determinazione dell'interesse in sé e per sé. Ciò del resto è dimostrato anche dalla tradizionale lettura dei Glossatori, per cui l'interesse *singulare* può essere richiesto anche nelle azioni di buona fede e nei giudizi arbitrari: ovviamente in questi vi è ampio spazio al giuramento, ma questo non può intervenire sull'esistenza o meno di un interesse, come sarebbe se di questo si potesse trovare esclusivamente con un *sacramentum in litem*, ma solo sulla quantificazione del danno emergente o del lucro cessante ⁽⁵⁴⁾.

Ne consegue che l'*id quod interest* potrà anche essere provato in

sacramentum in litem non poterit esse ultra duplum interesse communis, sed iudex minus poterit taxare. Sed si hoc intelligerent, non credo quod bene dicerent, quia magna est differentia inter sacramentum in litem et verum interesse, ut probatur ff de in litem iurando [D. 12, 3] l. 2 § 1, unde ubi venit interesse non ideo venit extimatio affectionis ut colligitur ff ad l. aquiliam l. si servus [D. 9, 2, 27] et de operis libertorum [D. 38, 1] l. finali. Unde affectio non facit crescere condemnationem interesse ut in dictis legibus colligitur, licet admitti faciat ad agendum aliquid quod alias non admitteretur ut ff mandati l. cum servus [D. 17, 1, 54] et nota dicta l. finali de operis libertorum [D. 38, 1]; quod hic dicit lex que dicte quod non ideo res pluralis est cum iuratur in litem, sed contumacia litigationis punitur ut ff de in litem iurando [D. 12, 3] l. prima. Unde ego intelligo quod glosse hoc non intelligant [f. 119 r] sed intelligant quod extimetur damnum quod habeo vere propter affectionem, quia verum interesse vult lex considerare, ut in hanc legem ibi, quod re vera inducet. Nam certum est quod magis extimaretur communiter liber in eo quod habet eum notum, et propterea habet affectum ad eum, quam in eo qui non habet quantum ad veritatem et in eo qui habet predium vicinum et similia, et de hoc tali interesse affectionis credo glossas sentire. » NICCOLÒ DE MATARELLI, op. cit. (CONETTI, op. cit. p. 53-54).

⁽⁵⁴⁾ « Et ideo ubi glosse dicunt quod singulare interesse venit in actione bone fidei, et in arbitrariis in quibus iuratur in litem, subaudiendum est et etiam in aliis, per alias glossas que dicunt idem in aliis. Et est intelligendum non quod hec lex loquatur de eo interesse quod venit per sacramentum in litem, quid non est interesse ut dixi, sed de vero interesse quod est de damno vel lucro. Sed hic dubito numquid in illis casibus in quibus iuratur in litem esto quod petitur verum interesse, poterit id probari per sacramentum petitoris. Et certe puto quod sic, argumentum ff de [f. 119 v] in litem iurando l. in actionibus [D. 12, 3, 5] in finem et l. cum furti [D. 12, 3, 9], et hoc intelligo voluisse dicere glossa que in eis per probationes.. » NICCOLÒ DE MATARELLI, op. cit. (CONETTI, op. cit., p. 54-55).

giudizio attraverso il giuramento dell'attore, ma solo ove il fondamento della corrispondente obbligazione al risarcimento sia già provato nel dolo del debitore, come nel caso in cui questi, messo in mora, non abbia spontaneamente adempiuto ⁽⁵⁵⁾. Il dolo è sanzionato in sé dall'ordinamento: in questo caso è pienamente giustificata una valutazione dell'*id quod interest* che possa condurre a un risarcimento di carattere punitivo, quindi anche di molto superiore alla prestazione inadempita.

In ogni caso, secondo il Mattarelli, l'applicazione della dottrina della Glossa conduce a delle insanabili aporie. Innanzitutto, va osservato come assai spesso quell'interesse che dipende da motivi di luogo o di tempo propri del caso specifico e non quindi della relazione che lega il soggetto alla prestazione inadempita, venga definito come *singulare* quanto alla sua propria natura, poiché esso non viene computato attraverso una valutazione in termini di affezione, e tuttavia viene comunque calcolato nel doppio dell'interesse che la stessa Glossa chiama *comune*. Sotto il primo profilo, i Glossatori rendono quindi una definizione apodittica dell'*interesse singulare*. Sotto il secondo, essi vanno contro il senso stesso della definizione, facendo di quell'interesse che dovrebbe essere uno stato apprezzabile volta per volta nel caso concreto, null'altro che il doppio dell'interesse che coincide col valore di mercato della cosa ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁵⁾ « Et circa tale sacramentum possemus dicere quod ubicumque aliquis condemnandus est ad interesse vel extimationem ex dolo suo vel mora, quod tale interesse vel extimatio possit probari per sacramentum petitoris, argumentum predictorum legum in actionibus [D. 12, 3, 5] et l. cum furti [D. 12, 3, 9], et l. rem in [D. 12, 3, 1], et quod ibi notatur in glossa; sed dic prestita in fine, argumentum infra unde vi l. si quando [C. 8, 4, 9] ff quod vi aut clam l. semper § in hoc interdicto [D. 43, 23, 15, 2] et quod ibi notatur taxationem cum iudice. Et in hoc sacramento dico debere procedere, argumentum infra unde vi l. si quando [C. 8, 4, 9] et C. de iudiciis l. sancimus [C. 3, 1, 14] cum autentica ibi posita [Auth. Si vero contigerit post C. 3, 1, 14 = Auth. 9, 10]. ». NICCOLÒ DE MATARELLI, op. cit. (CONETTI, op. cit. p. 55).

⁽⁵⁶⁾ « Et hoc est verum quod istud solum interesse velit tractare imperator, non facit quod promisit in prohemio scilicet tolerare dubitationes que sunt supra eo quod interest, immo tractat illud quod rarius accidit et omisit id quod sepius contingit. Nam sepius illud interesse quod est ratione loci, vel temporis et casus obvenientis, quam id de quo dixi intelligitur l. istad; preter rarissimum contingit [f. 120 r] quod illud tale interesse appellari singulare quantum ad veritatem et non extimata affectione accederet

Da questa critica procede la definizione di *id quod interest* del Matarelli, che il giurista ricerca analizzando la nozione su più piani ⁽⁵⁷⁾. Il primo è quello della *res quam debetur*, la prestazione considerata nella sua oggettività di trasferimento di un'utilità patrimoniale. Essa può essere dovuta tanto sulla base di un'*obligatio* che per altro titolo. Al concetto di *res quam debetur* appartiene anche l'obbligo di restituire la cosa altrui, oggetto di un'azione di rivendica, ma non propriamente oggetto di un'obbligazione, quanto effetto del diritto di proprietà. La *res quam debetur* rappresenta così l'oggetto della prestazione quale doveva essere spontaneamente adempiuta dal debitore: a questa nozione sfugge qualsiasi obbligo cui il debitore possa essere condannato per il suo inadempimento ⁽⁵⁸⁾. La prestazione in senso oggettivo deve essere così tenuta distinta dalla sua *aestimatio*.

L'*aestimatio* di una cosa corrisponde al suo valore intrinseco, misurato cioè a partire dalle sue sole caratteristiche come oggetto. In questa commisurazione rientrano tutte le dimensioni che la cosa autorizza, anche quelle incorporee o incerte, nella misura in cui esse vengano valutate secondo un parametro comune, prescindendo

duplum interesse, quod hic appellatur commune et sic est ff de legibus l. nam ad ea [D. 1, 3, 5] et quod pro nihilo videtur posita hec lex hic. ». NICCOLÒ DE MATARELLI, op. cit. (CONETTI op. cit. p. 55).

⁽⁵⁷⁾ « Ideo ego alio modo hanc legem Codicis intelligo et dico ad evidentiam huius legis et presentis materie quod aliud est res que debetur; aliud extimatio rei; aliud pretium; aliud accessio naturalis uel civilis; aliud causa; et aliud interesse; et aliud affectio; et aliud pena. ». NICCOLÒ DE MATARELLI, op. cit. (CONETTI op. cit. 56-57).

⁽⁵⁸⁾ « Circa hoc igitur sciendum est, quod res que debetur est res que vinculo obligationis vel quasi obligationis comprehenditur. Nam res que debetur quandoque debetur ex obligatione, quandoque sine obligatione. Circa primum sic trado quod obligatio est iuris vinculum etcetera ut Inst. de obligationibus [J. 3, 14] in principio. Et illud quod in tali vinculo comprehenditur est res que ex obligatione debetur, non distinguo quo iure sive ex contractu sive ex delicto, quia omnes iste sunt species obligationis, ut patet in eodem titulo § primo. Item dixi in vinculo obligationis, non dixi in condemnatione facienda, quia sepe aliqua deducuntur [f. 120 v] in condemnatione que non sunt in obligatione nec debentur, ut patebit infra. Sine obligatione sed ex quasi obligatione debetur quod mero iudicis officio petitur, quod est loco actionis ut ff de variis et extraordinariis cognitionibus [D. 50, 13] l. 1 per totam illam legem. Item mera reali petitur quod meum est vel mihi obligatum debetur mihi a possidente, et tamen non est in obligatione ut Inst. de actionibus [J. 4, 6] § 1. ». NICCOLÒ DE MATARELLI, op. cit. (CONETTI op. cit. p. 57).

quindi dalla considerazione di qualsiasi fattore di specialità restituito dall'*affectio* che il creditore porta verso quello specifico oggetto ⁽⁵⁹⁾. In una certa prospettiva, l'*aestimatio* può essere definita come interesse *commune*, e coincide in parte con questa nozione per come usata dai giuristi precedenti: il valore di base di una prestazione, quello che la stessa potrebbe avere per chiunque, che subisce diminuzioni e incrementi *ratione loci et temporis* ⁽⁶⁰⁾.

L'azione per la prestazione che il debitore non ha spontaneamente adempiuto si estende naturalmente a utilità ulteriori rispetto all'*aestimatio*, le quali si producono a causa del giudizio, ma che non integrano il concetto di *id quod interest*. Tali sono i frutti percepiti dal debitore nel periodo successivo all'esigibilità dell'obbligazione da parte del creditore, che rientrano nella più vasta categoria delle accessioni ⁽⁶¹⁾. In questa categoria il Matarelli sistema le altre ipotesi

⁽⁵⁹⁾ « Extimatio rei est illud quod res ipsa debita communiter valet respectu ipsius rei. Et dixi res ut omnia comprehendam tam corporea quam incorporea, tam certa quam incerta, species quantitatis et acta, quia omnia continentur appellatione rei ut Inst. de rebus corporalibus et incorporalibus [J. 2, 2] et ff si certum petatur [D. 12, 1] l. 1 in fine. Item dixi communiter quia si ratione singulari res plus valeant, ratione affectionis vel ratione animositatis alterius, non debet hoc computari in extimatione ut ff ad legem falcidiam pretia [D. 35, 2, 53] et ad legem aquiliam l. si servus [D. 9, 2, 3] ff de operis libertorum [D. 38, 1] l. finali. Item [f. 121 r] dixi respectu ipsius rei ut excludam damnum quod venit et lucrum quod cessavit creditori extra rem, ex eo quod factum est quod fieri non debet vel cessatum in eo quod fieri debet, videlicet extimationem de qua agitur, quia illud non est in extimatione rei ut arguit ff de in litem iurando l. numis [D. 12, 3, 3] et de actionibus empti l. si sterilis § cum per venditorem [D. 19, 1, 22, 3] et ff de verborum significatione l. hec verba [D. 50, 16, 124] quanti et qui satisfacere coguntur [D. 2, 8] l. 2 in fine et vi bonorum raptorum l. pretor ait § hoc autem [D. 47, 8, 4, 3]. NICCOLÒ DE MATARELLI op. cit. (CONETTI, op. cit. p. 58).

⁽⁶⁰⁾ « Sed hec extimatio sepe appellatur interesse, licet improprie ut ff de rei vindicatione l. qui restituere § si vero neque [D. 6, 1, 68, 2]. Et ideo potest appellare commune interesse, et hoc intelligo esse commune interesse, quia cuiuscumque tantum interesset ad minus quantum res vel factum de quo agitur communiter valet; et potest crescere et decrescere ratione loci et temporis et meliorationis et deteriorationis que est ratione rei, et circa rem, et non ratione casus contingentis extra rem, ut [f. 121 v] patet ff si certum petatur vinum [D. 12, 1, 22] de triticaria l. penultima [D. 12, 4, 3] et de actionibus empti l. datio § si per venditorem [D. 19, 1, 3, 4] que omnes de extimationibus rei loquuntur. ». NICCOLÒ DE MATARELLI op. cit. (CONETTI op. cit. p. 58).

⁽⁶¹⁾ « Quid ergo de fructibus et partibus, et usuris perceptis vel percipiendis sive amissis, et de hereditate vel legato obveniente servo debito de operis suis? De his dico quod ea que percepta sunt a reo continentur sub extimatione rei, sicut eius accessio in

di utilità derivanti dalla cosa che possono capitalizzarsi direttamente al creditore che chiede l'adempimento in giudizio ⁽⁶²⁾. Ogni obbligo o onere che nasce non dall'obbligazione, ma dal suo inadempimento, trova sistemazione in queste categorie o in quella, appositamente resistente residuale, della *causa*.

L'*interesse singulare* è ciò che legittima a una condanna superiore a quanto risulterebbe dall'*aestimatio* della prestazione, computato secondo ogni *accessio* e ogni *causa*. Esso può derivare dalla *lex* in tutti i casi in cui il Corpus iuris lo dica espressamente, o in quasi casi in cui afferma che l'interesse è dovuto senza specificare che esso vada determinato sulla struttura del titolo del risarcimento. Se questo è un illecito extracontrattuale, l'*id quod interest* sarà sempre dovuto come interesse *singulare*. Se il titolo è un illecito contrattuale, occorre distinguere tra quattro ipotesi. L'interesse può difatti derivare dal dolo diretto del debitore, dal dolo indiretto che

his omnibus in quibus lex statuit ea institui, argumentum ff comodati l. si ut § usque ad eo [D. 13, 6, 5, 7]; et quod ibi notatur in communi interesse computantur, quia iure communi et non inspecta aliqua ratione persone unicuique habent illud ius circa petitionem rei debite. Sed in percipiendo dico contra, quia ibi consideratur qualitas persone petitoris ut ff de rei vindicatione l. si navis [D. 6, 1, 62] in fine, per quod patet quod inspicitur quedam singularitas persone. In usuris dico semper quod non in communi sed [f. 122 r] in singulari interesse computentur; quia usure non veniunt ex eo quod sint percepte nisi in casu ff mandati l. idemque [D. 17, 1, 10] § 2 quia ibi tamquam procurator excipit, sed ex eo quod fuit debitor in mora aut ex simili causa ut ff pro socio l. socius [D. 17, 2, 73] et l. si unus § si unus [D. 17, 2, 68, 2]. Unde in eis consideratur consuetudo regionis, que quidam aliqua singularitas est, et quandoque conditio persone ut ff de usuris [D. 22, 1] l. 2 in principio et de administratione tutorum l. tutor § si post depositionem [D. 26, 7, 8, 4]. Et hoc dico salvis his que in fine dicentur in tractatu de causa. ». NICCOLÒ DE MATARELLI op. cit. (CONETTI, op. cit. p. 59).

⁽⁶²⁾ « Accessio autem alia naturalis, alia quasi naturalis, alia civilis. Naturalis est illa que sub nomine fructus pervenit ex corpore ipsius rei; sicut sunt fructus naturales, ut fenum de prato et ligna de silva cedua et [f. 122 v] poma de arbore ut ff de usufructu l. fructus [D. 22, 1, 5]; sive sint industriales que ex industria hominum percipiuntur de corpore rei ut frumentum et vinum, ut ff de usufructu l. fructus et ff de verborum significatione l. usura pecunie [D. 50, 16, 121] et de rei vindicatione l. si navis [D. 6, 1, 62]. Quasi naturales sunt que licet non sint ex ipso corpore rei, sunt tamen ex usu ipsius corporis in specie, sicut sunt vecture navium et iumentorum et pensiones que de domibus percipiuntur vel a colonis fundorum; et ideo in totum natura fructuum retinent ut ff de petitione hereditatis l. ancilarum [D. 5, 3, 30] § 1 et l. 3 et dicta lege si navis et de usuris l. prediorum [D. 22, 1, 36], et in specie dixi ut excludam usuram que est ex usu pecunie in genere non in specie. » NICCOLÒ DE MATARELLI op. cit. (CONETTI, ibidem).

si determina nel non avere adempiuto una volta messo in mora o, al contrario, dall'impossibilità colpevole di prestare l'adempimento. Ultimo caso, l'interesse viene determinato direttamente dalla *natura contractus* ⁽⁶³⁾. In caso di dolo, diretto come indiretto, deve sempre essere computato l'interesse *singulare*, e pertanto il creditore deve essere risarcito di ogni pregiudizio ⁽⁶⁴⁾. Nel caso di inadempimento

⁽⁶³⁾ «Hic ergo restat querere quando veniat extimatio tantum sive interesse commune, quod idem est, et quando veniat interesse proprium quod singulare appellavi. Et circa hoc potest ita dici salva meliori sententia quod ubicumque lex exprimit venire in condemnationem damna vel alia que sunt ultra extimationem rei de qua agitur, et sic faciunt singulare interesse, tunc illud servatur quia in certis etcetera ut ff. de verborum obligationibus l. continuus § cum ita [D. 45, 1, 137, 3] in fine; alioquin ubi lex simpliciter statuit interesse deberi non adhibita alia determinatione aut ratione contractus vel quasi aut ratione delicti vel quasi. Secundo casu semper veniat verum interesse quod singulare appellavi, et quod est extra rem [f. 126 r] ut ff ad legem aquiliam l. proinde si servum [D. 9, 2, 22] et l. 2 et de conditione furtiva [D. 12, 8] l. 3 et de furtis l. si quis § placet [D. 47, 2, 85, 1] et quod vi aut clam l. semper § in hoc interdicto [D. 43, 23, 15, 2]. Primo autem casu aut debetur ratione doli commissi aut ratione more aut ratione culpe aut ex natura contractus, quod est quando quis ignorans obligationem sine culpa sua ei cum quo contrahitur propter naturam contractus, ut in venditione, locatione, pignore, et similibus ut ff de actionibus empti l. iulianus [D. 19, 1, 14] in principio et locati l. sed addes [D. 19, 2, 21] § 1 et de pignoratitia actione l. si servus [D. 13, 7, 31] et in aliis multis, cum ignorantia sepe sit sine culpa, ut ff de regulis iuris l. qui in alterius [D. 50, 17, 43]. ». NICCOLÒ DE MATARELLI, op. cit. (CONETTI, op. cit. p. 63-64).

⁽⁶⁴⁾ «In primis duobus casibus dicam idem quod veniat interesse verum scilicet extra rem sive lex statuatur illud deberi ex eo quod non fit quod fieri debet, sive ex eo quod male fit quia res vitiosa traditur ut probatur ff de actionibus empti l. lucius [D. 19, 1, 48] secundum unum [f. 126 v] intellectum, et l. iulianus [D. 19, 1, 14] § 1 et 2 et l. si quis servum [D. 19, 1, 24] et l. si ea res [D. 19, 1, 32] et locati l. si fundus [D. 19, 2, 36] et l. et hec distinctio [D. 19, 2, 38] et de rei vindicatione l. iulianus scribit si hominem [D. 6, 1, 17], et l. qui restituere [D. 6, 1, 68] cum infinitis similibus, et hoc nisi petitor velit esse contentus sola extimatione quod facere potest ut ff de rei vindicatione l. quod si possessor [D. 6, 1, 61], et ita potest intelligi ff de actionibus empti l. datio § si per venditorem [D. 19, 1, 3, 4] vel ibi de extimatione rei tractat qualiter fieri debeat post moram et in condemnatione deduci. De alio autem interesse ideo ibi non dicit quia de illo ibi non intendebat tractare, non obstat ad predicta dicta l. si sterilis § cum per venditorem [D. 19, 1, 22, 3] quia loquitur de tempore quod precessit moram venditoris in quo venit bonitas rei non autem interesse. Unde ibi exponenda est littera "cum per venditorem prestiterit" idest cum venditor stetit quod non tradit, non enim fuit de hoc interpellatus a Deo vel ab homine [f. 127 r] tamen non fuit in mora; et quod sequitur "quoquo modo" idest nunc cum agitur per quod incipit esse in mora; et quod sequitur "tardius" idest tardius scilicet post aliquod tempore non denotatur quod fuit vitium

per colpa, di norma si fa luogo alla sola *aestimatio* della prestazione inadempita, e quindi a quello che la tradizione chiama interesse *commune* ⁽⁶⁵⁾.

In questo modo il Matarelli consegue alcuni importanti risultati dogmatici. Il primo è quello di tenere distinti l'usura come interesse convenzionale dall'interesse moratorio, separare quindi l'ipotesi in cui la somma dovuta si accresce al creditore in via di sanzione per l'inadempimento, da quella in cui un frutto si produce al creditore per la volontà che le parti hanno formulato nel momento in cui l'obbligazione è stata contratta. L'interesse moratorio può così essere tenuto indenne dal divieto delle usure, poiché esso trae liceità dal fatto di seguire obiettivamente dall'inadempimento, e trovare la sua determinazione nel pregiudizio subito concretamente dal creditore. L'interesse moratorio è così un'*accessio* perché si produce in virtù di un fatto esterno alla volontà del creditore, essendo previsto dall'ordinamento solo come conseguenza di un illecito, indipendentemente dal fatto che il suo titolo sia nella legge o nel contratto. In quanto tale, esso non è usura, ossia guadagno predeterminato che si produce in virtù dell'uso della moneta, e come tale soggetto alla nota sanzione ⁽⁶⁶⁾.

La distinzione tra queste due ipotesi — l'una lecita, l'altra

negligentie in emptore quod non petiit; et quod sequitur "oportuit" dicat propter obligationem quia fuerat ad hoc obligatus, et bene debuerat hoc facere. Sed quia numquam fuerat de hoc interpellatus, non erat in mora sicut ibi plenius exposui. ». NICCOLÒ DE MATARELLI op. cit. (CONETTI, op. cit. p. 64-65).

⁽⁶⁵⁾ « Tertio autem et quarto casu, puta si culpa rem suam perdidit ante moram aut ignorans cum iustam haberet causam ignorantie, esse habentes interesse rei accepit ex hac ratione dicat prestandum interesse dicam venire solam extimationem, sive commune interesse quod idem representant argumentum ff de rei vindicatione l. si culpa [D. 6, 1, 63] et dicta l. que restituere § si vero [D. 6, 1, 68, 2]. Sed hoc fallit in actione ex empto de evictione [D. 21, 2] l. 2 nisi ex culpa tenetur ad singulare interesse, ut ff de evictione l. venditor hominis [D. 21, 2, 8] et in locatione vasis [f. 127 v] et venditione vasis que venditor asseruit integre ut ff de actionibus empti l. tenetur § et si vas [D. 19, 1, 6, 4], et locati sed addes [D. 19, 2, 21] § 1. ». NICCOLÒ DE MATARELLI op. cit. (CONETTI op. cit. p. 65).

⁽⁶⁶⁾ « Civilis autem accessio est que nec ex rei corpore nec ex eius usu in specie, sed occasione pecunie debite, quandoque ex iuris ordinatione quandoque ex conventionione auctoritate iuris [f. 123 r] civilis percipitur, et ideo in aliquibus habent similitudinem cum fructibus et aliquibus non, ut ff de verborum significatione l. usura [D. 50,

illecita — viene condotta dal Matarelli su una coppia di significati di ovvia importanza per la materia contrattuale: *occasione* e *causa*. L'interesse moratorio è lecito perché non si produce a *causa* del debito, ma in *occasione* del debito, mentre trova causa diretta talvolta nella prescrizione della norma superiore, altre volte nell'autorità che deve essere riservata ai contratti. In questo, l'interesse moratorio presenta rilevanti affinità con i frutti civili. Entrambi si accrescono ad un soggetto, il creditore, in modo obiettivo e indipendente da una sua volontà specifica, che non è tra i fatti costitutivi, ma che può rilevare solo come fatto estintivo: ai frutti si può rinunciare, ma non si può impedire che sorgano.

La *causa* è una nozione diversa, che il Matarrelli recupera, seguendo un insegnamento consolidato dei commenti alla l. *Cum pro eo*, sul piano processuale: essa è tutto quello che l'attore può chiedere in giudizio come conseguenza del titolo della sua pretesa ⁽⁶⁷⁾. Ove il titolo autorizzi l'attore a chiedere i frutti o quanto a lui può arrivare per l'azione altrui, tutto questo prende il nome di *causa*, poiché determinato da esso, indipendentemente dalla struttura giuridica della pretesa stessa.

Il concetto di *causa* comprende così tutte quelle prestazioni che possono essere chieste da una stessa parte all'esito di una determinata pretesa valida in giudizio, quindi tanto quelli che si comprendono originariamente nel titolo della pretesa, o che da questa sono comunque autorizzati come sanzione. L'*accessio* comprende invece tutte quelle situazioni che si accrescono al patrimonio di un soggetto

16, 121] et de usuris l. *usuras* [D. 22, 1, 20] § 1 et dicta lege si *navis*. ». NICCOLÒ DE MATARELLI op. cit. (CONETTI op. cit. p. 60).

⁽⁶⁷⁾ « Causa est totum id quod causa rei habiturus esset petitor, si tempore litis contestate res petita fuisset restituta, sive cedat sub nomine fructus, sive non, sicut sunt partus avicularum et partuum et fructus et fenum fenis et id quod acquiritur per servum possessum et fructus percipiendi ut colligitur ff de usuris [D. 22, 1] l. 2 et l. videamus § si actionem [D. 22, 1, 38, 3] et si certum petatur l. cum fundus [D. 12, 1, 31] et de rei vindicatione l. iulianus scribit si hominem [D. 6, 1, 17] § 1 et ad exhibendum l. iulianus § quam [D. 10, 4, 9, 4] et de petitione hereditatis l. illud [D. 5, 3, 43]. Et in hoc comprehendi potest omnis accessio naturalis vel quasi vel etiam civilis; accessiones in casibus in quibus peti possunt, et in bone fidei, et stricti iuris stipulatione intervenirent et alias non ut ff de usuris in fideicommissi § in his [D. 22, 1, 3, 2]. Illud enim [f. 123 v] accessio nomen est verbum in generale magistrale, sed hoc nomen causa est verbum legis. ». NICCOLÒ DE MATARELLI op. cit. (CONETTI, ibidem)

come conseguenza della sua titolarità di un determinato diritto, e quindi determinate dalla fattispecie che ha creato l'obbligazione.

L'*interesse singulare* è una valutazione ulteriore: esso è quanto deve venire al patrimonio dell'attore in riparazione di quelle utilità che l'adempimento avrebbe dovuto recargli, anche non immediatamente conseguenti al valore intrinseco della prestazione, ma dipendenti da elementi estrinseci, come l'essere tenuto indenne da una responsabilità verso un terzo estraneo. Per questo nell'*interesse singulare* viene non solo il danno direttamente subito dal creditore, ma anche il lucro che egli ha perso: solo nel caso in cui si debba apprezzare l'inadempimento nella *singularitas* della posizione del creditore, esso può avere una valutazione autonoma ⁽⁶⁸⁾.

Ne deriva quindi che ove nel giudizio vi sia questione relativa alla quantificazione della condanna si parlerà del vero interesse, quello *singulare*, mentre ove si debba far conto della quantificazione

(68) « Exempla glosse [gl. Damnum] mihi non placent, quia loquuntur tantum de [f. 137 v] interesse quod est in lucro, de quo hic non tractat quod apparet ex littera que dicit damnum; sed de lucro subiungit postea in proximo, et hoc non solum cum per quem versum videtur intelligere glossa [gl. Veteres] quod licet olim in certis tantum casibus veniebat lucrum et interesse, hodie tamen semper veniat per illam litteram que leges antiquas in hac parte corrigantur. Sed me movet in contrarium quod hec lex in parte illa non videtur velle corrigere, sed solummodo recitare cum dicit quod ex eo veteres quod interest statuetur, quasi dicat illud quod veteres contra lucrum statuerunt nos non iure intuerimus, sed solummodo ad eandem metam restringimus, ad quam restrinximus damnum. Et ideo puto quod olim et hodie etiam hoc erat idem videlicet hic siquidem agatur de interesse communi non veniat lucrum, sed solum damnum, ut dicta lex [f. 138 r] ff de actionibus empti si sterilis § cum per venditorem [D. 19, 1, 22, 3] et patet ubi tractant de interesse communi. Si autem agitur de interesse singulari, aut agitur de lucro sive debito et ut perdit et illud tenet quasi naturam damni, quia quodammodo acquisitum iam erat, et ideo venit, et computatur interesse sicut est hereditas, vel legatum delatum x servo me vel mihi vendit, vel lucrum quod percipiebam de re conducta ex eo quod conduxeram rem pro x et fructus qui sunt inde percepti valuerunt xv, vel res de qua fueram absolutus quantum lucrabat. Sed dominus cuius percipientis promisit de rato habuisset ratam sententiam vel cum pupillo, aliud est datum vel relictum, sub conditione quando conducit tutor negligit adimplere locumtenens et infra leges loquentes de hac materia super dicto § cum per venditorem [D. 19, 1, 22, 3] et infra eodem in glosa in specialibus. Si autem nondum est lucrum delatum vel debitum de quo tractatur, sed potuit forte procurari ex aliqua verisimilitudine colligitur, sicut est de qualitate persone, vel eius consuetudine [f. 138 v] tunc dico quod non venit, nec computatur interesse ut ff de furtis l. si quis [D. 47, 2, 85] in fine. ». NICCOLÒ DE MATARELLI op. cit. (CONETTI, op. cit. p. 78-79).

del valore della cosa oggetto della prestazione lasciata inadempita, non sarà propriamente l'*id quod interest* a venire in gioco, ma il semplice valore della prestazione, che se funzionalmente sembra assolvere la stessa necessità, strutturalmente risponde a una concezione assai diversa.

Il secondo risultato è nella ridefinizione della *certitudo* del contratto. Anche qui le dottrine del Matarelli procedono dalla considerazione della molteplicità di senso che il termine *certum* può avere nella terminologia del *Corpus iuris*, la quale deve necessariamente estendersi oltre i limiti della l. *Cum pro eo*. Questa pone la naturale distinzione tra contratti che hanno ad oggetto una prestazione certa nella natura come nella quantità, per come è nel caso del contratto di compravendita e di locazione, in cui l'interesse può essere chiesto solo nel limite del doppio del valore della prestazione. Il problema che il rescritto giustiniano intendeva del resto risolvere era quello della limitazione dell'interesse nei casi di prestazione incerta. Per il Matarelli la fattispecie presa in considerazione dalla *lex unica* in materia di *id quod interest* è invece quella dell'interesse quale si realizza in qualsiasi caso di illecito.

Ciò crea una fondamentale discrasia tra il significato che la certezza dell'obbligazione può avere nel contesto proprio della costituzione giustiniana, ove si palesa abbastanza chiaro se lo si legge in perfetta aderenza a quella che è l'unica fattispecie presa in considerazione, e il significato che lo stesso termine può avere ove applicato a fattispecie diverse, non considerate direttamente dal testo antico.

Esistono così per il Matarelli due nozioni diverse di certezza del contratto. Per la prima, corrispondente alla tradizione giuridica precedente, i contratti possono essere certi *respectu actionis et obligationis*, sono quindi *certi* o *incerti* quanto alla possibilità di esperire la *certi conductio* ⁽⁶⁹⁾. Per la seconda, i contratti possono

(69) « Sed in eo quod dixi certos casus illos in quibus alius est in obligatione quam interesse potest dubitari quare sic exponitur. Et respondeo quod illi sunt certi quantum ad certitudinem sentiendi et confitendi. Nam verum est quod certum dicitur aliquid in iure diversis modis et respectibus. Sed quantum ad presens sufficiat dicere quod antiquitus certum [f. 131 r] respectu est obligationis et actionis quantum ad hoc ut faciat obligationem certam, et ut hoc quantum ad certi conditionem et de tali certitudine tractat l. ff de verborum obligatonibus l. stipulatio [D. 45, 1, 61] et l. ubi [D. 45, 1, 75]

essere *certi respectu confessionis et sententiae*, ossia per l'opera di quantificazione del giudice, che deve essere conseguente alla rappresentazione della struttura dell'intero negozio sottoposto alla sua cognizione ⁽⁷⁰⁾. La *certitudo*, in questo caso, è affidata a una prova di resistenza della sentenza del giudice, che dovrebbe essere dichiarata nulla, se raggiunge una quantificazione dell'*id quod interest* che non prende in considerazione l'intera prestazione dovuta al creditore, comprensiva anche dell'esatto adempimento, come nel caso dell'obbligazione alternativa, ove il giudice deve considerare l'interesse dello stipulante a che il promittente paghi al terzo ⁽⁷¹⁾.

In altri termini, per il Matarelli nessun contratto può essere definito *certo* prima della pronuncia giudiziale. I contratti sono *certi* quando l'interesse viene chiesto come determinazione della condanna del convenuto. Sono *incerti* quando l'interesse è chiesto come *petitum sostanziale*, il che è di norma nel risarcimento extra contrattuale, ma può prodursi sulla base della struttura propria dell'obbligazione dedotta in giudizio anche con riferimento a taluni contratti ⁽⁷²⁾.

et ff si certum petatur l. certum [D. 12, 1, 6] et l. certi conditio [D. 12, 1, 9]. ». NICCOLÒ DE MATARELLI op. cit. (CONETTI, op. cit., p. 69-70).

⁽⁷⁰⁾ « Alio modo dicitur certum respectu confessionis et sententie idest quantum ad hoc ut faciat sententiam certam confessionem, et de tali certitudine loquitur supra titulo proximo et in rubrica et l. placet et Inst. de actionibus [J. 4, 6] § curare et ff de confessis l. certum [D. 42, 2, 6] et de tali loquuntur hic quali patet ex natura tractatus in quo sumus et conventionem superioris tituli ad istum nam ex qualitate tractatus accipitur significatione vocabuli ut ff de locati l. si uno [D. 19, 2, 17] § 1. Et quantum ad sententiam ut ratione incerti ut vitietur, dicitur aliquid certum quicquid in obligatione, quod deductum in sententia tale quale est in obligatione non vitiat sententia ratione [f. 131 v] incertitudinis per quod patet quod si est factum in hoc ratione, dicitur certum ut supra titulo 1 l. 2. Et si est genus idem. ». NICCOLÒ DE MATARELLI op. cit. (CONETTI, cit. p. 70-71).

⁽⁷¹⁾ « Et si est alternative debitum idem, ut ibi notatur et de hoc voluit dicere litera cum dicit natura. Et quod dicit quantitatem dicit de certitudine obligationis quia dicit sine certitudine obligationis idest que facit obligationem certam, sive non certitudinem obligationis, sed etiam certitudinem sententie que deducta in condemnatione facit sententiam certam. Et supposito speciali verbo ponit generale per quod omnem certitudinem comprehendat ut ff ad legem aquilam l. si servus servum § inquit [D. 9, 2, 27, 7]. ». NICCOLÒ DE MATARELLI op. cit. (CONETTI, op. cit., p. 71).

⁽⁷²⁾ Come nel caso del contratto di società o nel contratto di mandato: « Item in aliis in quibus licet quis obligatur primo aliud est cum talis, est nam obligationis que non

5. *L'id quod interest come oggetto della domanda.*

Per Bartolo, il fulcro del dissidio tra le tradizioni interpretative è unicamente sulla nozione di obbligazione *certa* e *incerta*, l'unico tema su cui incentrare l'analisi delle dottrine precedenti. Il commento bartoliano alla l. *Cum pro eo* legge difatti unicamente su questa cifra il dissidio tra Glossatori e Ultramontani, con i primi stretti dapprima ad una nozione di certezza legata all'oggetto dell'obbligazione, per cui ove questo fosse determinato in una certa quantità o in una certa specie, ecco che l'intera obbligazione poteva dirsi *certa*, e i secondi fautori di un'impostazione totalmente funzionale al problema, in virtù della quale la certezza o meno dell'obbligazione passa attraverso l'applicabilità o meno dell'interesse *commune*. Bartolo ha modo di criticare entrambe le posizioni, quanto alla fedeltà con cui si rapportano al testo romano. Quelle dei Glossatori confondono i concetti, tra loro molto diversi, di specie, quantità e natura ⁽⁷³⁾. Quelle degli Ultramontani, e per loro in particolare Pierre de Belleperche, non sanno dare ragione del fatto che un contratto può essere certo, in particolare a causa della

debet quis invitus compelli ad illud quod primo est in obligatione ut id debeat peti. Sed debet peti tantum interesse, et interesse tantum dicitur esse in obligatione, sicut patet in societate ubi licet renuntiare et non compellitur stare societati sed ad renuntiationem dolosam obligatur interesse ff pro socio l. verum § finali [D. 17, 2, 64, 8] et l. actione § item si societati [D. 17, 2, 66, 4]. Simile in mandato in ff mandati si mandassem [D. 17, 1, 15] § finali l. inter causas [D. 17, 1, 26] [f. 132 v] § divo quod semper § quod mandatum et l. si procuratorem § mandati [D. 17, 1, 8, 6], non tamen in mandato posset deserere mandatum prestando interesse quia hoc quandoque non est verum ut ff mandati l. cum servus [D. 17, 1, 54]. ». NICCOLÒ DE MATARELLI, op. cit. (CONETTI, op. cit. p. 72).

⁽⁷³⁾ « Istud non videtur verum glossae nostrae. Nam appellatione certae quantitatis, continetur certa species, ut l. quisquis ff. de leg. 3 et l. cum stipulamur, de ver. ob. ideo glossa intelligit aliter, ut illi casus dicantur continere certam quantitatem, in quibus venit certa quantitas, vel certa species. Ubi vero promittitur aliquid in genere, ut homo, vel equus, tunc dicatur habere certam naturam. Et hoc est, quod textus dicit, certam quantitatem, vel naturam, ut hic. Et vide glossa nostra in ver. certam quantitatem, vel naturam. Incerti vero casus sunt dicit glossa quando in obligatione venit factum, vel non factum, quae sunt incerta, ut ff. de ver. obl. l. ubi autem § qui id, et ita dicit in glossa in verbo, in aliis autem casibus. ». BARTOLO DA SASSOFERRATO, in *secunda Codicis partem*, ed. Venetiis 1590, in *tit. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*, n. 3, fol. 71 r.

reciprocità sinallagmatica delle sue prestazioni, anche se queste appaiono, alla luce dei loro criteri, entrambe *incerte* ⁽⁷⁴⁾

Rispetto a queste due dottrine forti — il cui scontro viene riprodotto da Bartolo con dovizia di aneddoti, a dimostrare oltremodo che fu questo, fra tutti, il maggior terreno dello scontro culturale tra i giuristi di scuola bolognese e gli Ultramontani — le opinioni successive non sono state tali da apportare significativi sviluppi alla problematica. La critica di Iacopo d'Arena alla Glossa, per cui l'interesse *singulare* può intercorrere solo nei casi in cui oggetto dell'obbligazione sia la prestazione di una cosa determinata, e non di una cosa generica, poiché in quella e non in questo può esistere un particolare interesse del creditore leso dall'inadempimento, non coglie nel segno per Bartolo, atteso che l'interesse non può essere predicato solo nella categoria dell'affezione, ma rappresenta l'utilità che il creditore si riprometteva di ottenere dalla prestazione lasciata poi inadempita ⁽⁷⁵⁾.

(74) « Nam textum dicit, quod contractus emptionis, et venditionis, habet certam quantitatem, vel naturam. Sed in actione empti venit factum, ut l. ex empto in prin. de act. emp. et l. si stipulatus de usur. ergo falsum est dicere, quod obligatio facti dicatur incerta, contra hanc legem. Et istud retulit Pet. de Bellaperti. dum in anno Iubilaei veniret Romam ad indulgentiam, tamquam peregrinus, et Bononiae repetiit istam legem. dom. Cy. etiam refert hic: unde Iac. de Rav. in expositione istorum verborum recedit ab opi. gl. et dicit quod illi dicuntur casus certi, qui habent interesse commune, ut scribere mihi librum, facere mihi domum, et similia. Et illi dicuntur casus incerti, qui non habent interesse commune, vel communem aestimationem, ut ire pro me Romam. Nam tantum potest mea interesse, ita quod non alterius, sed liber iste, apud quemcumque esset, valeret tantum. Petrus de Bellapertica non stat in eius opinione, quia dicit, quod loquitur sine lege. ». BARTOLO DA SASSOFERRATO, op. ult. cit.

(75) « Ia. De Arena reprehendit gl. nostram per aliam rationem in prin. ubi dicit, quod certa quantitas vel incerta continetur, quando promittitur homo in genere, quomodo potest haec esse vera, cum hic tractetur de singulari interesse quod non potest excedere duplum interesse communis, et in homine debito in genere interesse singulare non potest cadere, quia non est res, ad quam habeam affectionem. Nam dicit Ia. de Arena in qo, quod dicit gl. in contractibus incertis, sto cum ea. Cum ergo dicitur certam quantitatem, vel naturam dicit ipse intelligo, ut dicamus certam quantitatem, scilicet facto hominis, ut domus, fundus, et similia, ut l. quod in rerum ff. de le. primo. certam naturam, ut quando debetur species, quae habet certitudinem a natura, ut homo, et equus, et similia, quae habent certam speciem. Certe ab ista obiectione potest defendi gl. nostra. Nam quando debetur homo in genere, videtur deberi homo mediocris...Nam non est aliquod imaginatum, in quo cadat affectio. Praeterea, interesse singulare non est

L'opzione di questo o quel giurista per le tesi dei Glossatori piuttosto che per quelle degli Ultramontani rappresenta quindi per Bartolo nulla più che un episodio, non decisivo della maggiore bontà di una dottrina rispetto all'altra. La dottrina del Matarelli, per cui sono *certi* solo i casi in cui l'interesse non fa parte dell'obbligazione fin dal principio, ma solo dopo il fatto dell'inadempimento e a causa di questo, viene presentata da Bartolo come una tesi eccentrica, restata significativamente priva di seguaci ⁽⁷⁶⁾. La sua critica non è semplicemente nominalistica: il fulcro è nell'incertezza del valore da attribuire al *facere* come oggetto dell'obbligazione, il che rende impossibile perpetuare la logica del sistema del Matarelli.

Gli strumenti dei giuristi precedenti rivelano così per Bartolo tutti i loro limiti. La critica fondamentale degli Ultramontani si articolava, seguendo l'insegnamento di Jacques de Révigny, su una diversa lettura dei dati fondamentali del problema, per come già individuati dai Glossatori. Nella fattispecie più importante per entrambi gli apparati, quella del contratto di compravendita e della tutela spettante al compratore, i Glossatori vedevano come oggetto una prestazione in *dare*, e la definivano per ciò *certa*, mentre Jacques de Révigny vi vedeva un *facere*, come tale *incerto*. Il tutto serviva al giurista francese per criticare alla base le teorie dei Glossatori circa l'interesse, mostrarne tutta l'inermità, e ricostruire un sistema su basi diverse ⁽⁷⁷⁾.

affectionis tantum, sed utilitatis tantum, ut infra dicam. Unde in homine debito in genere non soluto, potest cadere interesse singulare hoc est aliqua utilitas singularis perficiens, ut videbitis infra. ». BARTOLO DA SASSOFERRATO, *ibidem*.

⁽⁷⁶⁾ « *Alia fuit opinio d. Nic. De Mat. Quod dicit sic. Illi dicuntur casus certi quando ab initio non venit in obligatione interesse, sed ex postfacto venit in obligatione, vel condemnatione propter moram, vel propter aliud ut apparet in omnibus contractibus ut hic. Ubi vero interesse ab initio debetur, exemplum in delictis, dedisti mihi damnum, teneris mihi statim ad interesse. Vel intulisti mihi iniuriam, vel vim, et similia, et tunc illi casus dicuntur continere incertum, et sunt incerti, dicebat ipse. Ista sua opi. non est vera, nam duplum non potest dici, ubi non reperitur simplum...sed ubi debetur factum, non est illud simplex certum, ergo duplum non potest esse certum.* ». BARTOLO, *ibidem*.

⁽⁷⁷⁾ « *Ad rationem Ia. de raven. respondet sic. in contractu emptionis, et venditionis, venit factum dicit ipse, verum est, sed non merum factum: est nam tale factum, quod uno momento expeditur, scilicet tradere. Glossa in l. nostra loquitur de factis, et quae habent causam successivam, ut ire pro me Romam, et similia. Ista solutio posito quod concludat in contractu emptionis, et venditionis, tamen in contractu locationis et*

Più che ritenere possibile una conciliazione tra queste due istanze così differenti, Bartolo le vede fondarsi su un fraintendimento. L'opinione della Glossa può essere difesa secondo Bartolo, e meglio di quanto non abbia fatto Cino da Pistoia, considerando che il fatto della prestazione cui si obbliga il venditore non può essere considerato un puro e semplice accadimento, ma comporta in sé l'obbligo del venditore di far sì che l'acquirente consegua la proprietà sulla cosa. Ciò comporta che, ove il venditore non sia il proprietario, egli assicuri al compratore la possibilità di usucapire validamente il bene ⁽⁷⁸⁾. Una considerazione che è certo valida per il contratto di compravendita, ma che pure non consente una generalizzazione, atteso che, al contrario, in altri contratti, come la locazione, il *facere* cui il locatore si obbliga è un puro fatto, scevro di qualsiasi ulteriore connotazione giuridica.

Da qui, tuttavia, Bartolo trae la *ratio* della sua opinione: sono contratti *certi* quelli che hanno ad oggetto una *certa quantitas* o una *certa natura*, tanto in sé e per sé, quanto rispetto alle manifestazioni di volontà di cui possono far parte. Sono di conseguenza *incerti* quei contratti che né in proprio, né con riguardo ad altri atti, possono dirsi possedere un grado sufficiente di certezza. È quindi un contratto *certo* per Bartolo tanto il contratto unilaterale che ha ad oggetto una certa somma di denaro o quantità di derrate, tanto il contratto bilaterale e corrispettivo in cui una *certa quantitas* sia comunque oggetto dell'obbligazione di una delle due parti, come

conductionis non concludit. Nam in eo qui locasset operas suas, ille debet factum, quod habet causam successivam. Item ille, qui locavit fundum, debet factum scilicet patientiam, id est pati, scilicet uti frui ut l. ex conducto ff. locati et sic habet causam successivam ». BARTOLO, *ibidem*.

⁽⁷⁸⁾ « Quid dicemus? Dico quod in contractu emptionis, et venditionis defendendo glossam nostram aliter quam Cy. et bene. dicit Ia. de Are. in contractu emptionis et venditionis venit factum. Dico quod non est verum simpliciter. Nam venditor tenetur ad tradendum et ad faciendum emptorem dominum, et sic est datio, si ipse est dominus. Si est non dominus, debet transferre usucapiendi conditionem, ut l. in conventionalibus in fine ff. de ver. ob. ibi, causam bonorum, et c. Et hoc etiam videtur tenere glossa magis in l. certi conditio in principio ff. si cer. Pet. idem dicit, quod in venditione et emptione non est factum merum, tamen ista defensio non sufficit ad evadendum de contractu locationis et conductionis, ubi venit merum factum. ». BARTOLO, *ibidem*.

nella compravendita o nella locazione ⁽⁷⁹⁾. In questi ultimi casi, pur venendo in gioco un oggetto necessariamente incerto come il fatto di trasferire una cosa perché su questa se ne acquisti la proprietà, o se ne consenta l'uso, questo trova certezza nell'obbligazione corrispettiva, determinata nella sua quantità di comune accordo tra le parti. La dichiarazione di una parte trova quindi certificazione nella corrispettiva dichiarazione dell'altra parte; dall'incontro tra queste risulta infatti una *aestimatio* consensuale.

In quest'ottica, l'intero contratto è *certo* tutte le volte in cui contiene un elemento che, connotandone l'elemento funzionale, consenta di dare una stima determinata a tutte le altre prestazioni coinvolte nello stesso.

Per esatto converso, i contratti sono *incerti* allorché questa determinazione non sia possibile: gli esempi di contratto incerto si possono così trovare solo immaginando l'accordo fra due persone finalizzato allo scambio di due azioni, di due fatti puri e materiali come l'andare per l'altro in una città lontana. Nell'accordo con cui un soggetto conviene con un altro di andare per lui a Parigi, mentre l'altro farà lo stesso recandosi a Roma, si comprendono prestazioni che sono incerte per natura propria, e che non ricevono certezza da alcun altro elemento contrattuale ad esse funzionalmente collegato. Diverso sarebbe stato ovviamente se una parte avesse convenuto un compenso in denaro o in natura per la sua prestazione, purché determinato nella sua quantità: indipendentemente dal dato della sua effettiva congruità, questo elemento avrebbe potuto fondare a

(79) « Et imo dico sic. Glossa nostra dicit verum, coniuncta tamen opinio Petri hoc modo. Illi contractus dicuntur certi, qui habent certam quantitatem vel naturam respectu sui, vel adiuncti, et alii dicuntur incerti, qui non habent certam quantitatem, vel naturam respectu sui, vel respectu adiuncti. Declaro istud. Respectu sui, continet certam quantitatem vel naturam videtur in exemplo glossae quando promittitur certa quantitas, vel certa species in genere, vel in specie respectu adiuncti, ut in contractibus respectivis, vel correlativis, verbi gratia in locatione et conductione, in emptione, et venditione, licet nam factum, quod venit in contractu, sit incertum, tamen precium, seu merces est certa et imo tamen videntur illud factum contrahentes aestimare, unde ratione adiuncti, dicuntur continere certum. Incerti dicuntur, qui non habent certam quantitatem vel naturam respectu sui, vel respectu adiuncti. ». BARTOLO, *ibidem*.

posteriori l'idea di una stima comune della prestazione incerta per natura effettuata sul consenso delle parti ⁽⁸⁰⁾.

Su questo concetto di certezza del contratto si svilupperà l'intero apparato bartoliano sull'interesse. Dopo aver esaminato una serie di possibili contrarietà nel testo, che rivelano non solo il lessico più provveduto del commentatore, ma un deciso cambio di prospettiva nell'interpretazione, Bartolo entra nel vivo della materia ponendo cinque questioni, nessuna delle quali originale in sé, ma tutte originali nella loro risoluzione.

Fin dalla prima — cosa sia l'interesse — Bartolo si prefigge il superamento degli apparati precedenti. Con un atteggiamento interpretativo la cui autonomia rende pienamente il senso di un tempo nuovo, Bartolo proclama fermamente che nessuna delle voci precedenti riesce a cogliere effettivamente la sostanza dell'interesse. I giuristi precedenti sono tutti accomunati da Bartolo nel fatto di identificare l'interesse nell'*aestimatio* del danno emergente e del lucro cessante, dando così una lettura del fenomeno antitetica alla realtà, ove anzi l'interesse può essere definito all'opposto come danno cessante e lucro emergente ⁽⁸¹⁾.

Non è un gioco di parole, ma il modo che il giurista ha per adoperare un termine usuale onde sovvertirne il senso e rovesciare così quella tradizione che, se certo non può essere delegittimata, attende tuttavia di essere fortemente criticata. L'interesse misurato dal punto di vista del soggetto non è la stima delle conseguenze negative portate al suo patrimonio dall'azione dannosa recata da un

⁽⁸⁰⁾ « Incerti dicuntur, qui non habent certam quantitatem, vel naturam respectu sui, vel adiuncti, ut promittitur simpliciter factum, ut ire ro me Romam. Vel etiam si promittatur simpliciter ex utraque parte, ut promittis pro me ire Romam, ego promitto pro te ire Parisium, quia nullum est adiunctum cuius respectu certificentur, et ideo isti contractus dicuntur incerti. Modo habes expeditum istum textum. ». BARTOLO, op. cit. n. 5.

⁽⁸¹⁾ « Mihi videtur, quod nullus tetigit quid sit interesse. Ratio huius ergo declaratione debes scire, quod ipsi dicunt, interesse est aestimatio, et cet. Contra, ego reperio quoddam interesse inaeestimabile, ut ff. sol. matr. l. i. et ibi nota per glossa et l. non est singulis de reg. iur. et l. libertas. Unde ista diffinitio non congruit cuilibet parti sui diffiniti. Praeterea, ipsi dicunt quod interesse est aestimatio damni emergentis, et lucri cessantis. Ego reperio totum e converso, quod damnum cessans et lucrum emergens, dicitur interesse. Exemplum, hostis vel alius mihi dat damnum in fundo meo, et interest mea damnum non fuisse datum, est interesse...et legatum tibi relictum dicitur interesse, quia interest tua habere... ». BARTOLO, op. cit., n. 8.

terzo, ma appunto l'interesse che questo soggetto aveva a che il danno non gli venisse arrecato. Allo stesso modo, l'interesse non si concreta nel guadagno che al soggetto manca per effetto del danno arrecatogli da un terzo, ma appunto nel lucro che lo stesso avrebbe desiderato conseguire e che gli è mancato per effetto dell'azione dannosa del terzo.

È un cambio di prospettiva, non puramente nominalistico, che consente a Bartolo una maggiore profondità analitica. L'interesse può essere innanzitutto suddiviso in due grandi categorie, due *genera*, uno primario, l'altro subalterno. In genere generalissimo l'interesse può essere definito come una qualsiasi utilità. Questa categoria si divide in due specie, dando luogo all'interesse *inestimabile* e all'interesse *aestimabile* ⁽⁸²⁾.

Il primo è quello proprio di qualsiasi utilità che non abbia la possibilità di essere determinata nel valore secondo un qualsiasi metro comune. Come tale, essa non dà luogo ad una pretesa giuridica. Non essendo determinabile, questo tipo di interesse non può difatti essere richiesto in giudizio, a differenza dell'altro.

Solo l'interesse *aestimabile* ammette la distinzione in due specie, a seconda della possibilità di richiederlo in giudizio ⁽⁸³⁾. Esiste così

(82) « Pro huius declaratione scias, quod est quoddam interesse in genere generalissimo, quod dividitur in suas species, vel in genere subalterno. In genere generalissimo interesse est iusta alicuius utilitas et hoc probant omnes leges supra allegatae contra Doctores gl. et istud interesse subdividitur, nam quoddam est interesse inestimabile, quoddam aestimabile. Inestimabile interesse est alicuius iusta utilitas inestimabilis, ut ff. de his qui deie. vel effude. l. i. § sed cum liber. so. ma. l. i. de reg. iu. l. non est singulis in fi. ». BARTOLO, ult. loc. cit.

(83) « Interesse etiam aestimabile subdividitur. Nam quoddam est non petibile, et quoddam est aestimabile petibile. Interesse non petibile aestimabile diffinitur sic. Est iusta alicuius utilitas aestimabilis, non petibilis, habita, vel non habita, sine alicuius facto iniusto, vel cessatione iniusta. Quare dixi, alicuius utilitas iusta? Quia si habes iniustam non dicitur proprie continere alicuius interesse, ut l. itaque fullo ff. de fur. Quare dixi aestimabilis? Ad differentiam interesse inestimabilis, de quo dixi supra. Non petibilis, dixi ad differentiam petibilis, de quo infra dicam. Habita, dixi ut comprehendam omnes illos casus, in quibus aliquis habet aliquid aestimabile, quod habere sua interest. Vel non habita, dixi per l. Proculus ff. de da. inf. ubi obscurantur lumina domus, vel aufertur aqua putei mei, et sic damnificor, et perdo, quod mea interest habere. Tamen hoc petere non possum, quia pervenit mihi absque alicuius facto, vel cessatione iniusta, ideo non est interesse petibile, et de istis non loquitur materia ista. ». BARTOLO, ult. loc. cit.

un interesse *aestimabile petibile*, ed un interesse *aestimabile* ma non *petibile*, in funzione di caratteristiche estrinseche, laddove ovviamente — anche se Bartolo non lo esplicita — l'interesse *inestimabile* è per definizione *non petibile*. L'interesse *aestimabile non petibile* può essere definito come una qualsiasi utilità passibile di stima, la quale derivi da un giusto titolo, ma che non può essere chiesta in giudizio; essa può ricollegarsi o meno a un fatto ingiusto o a un ingiusto inadempimento altrui. Come sempre in Bartolo, la definizione è il frutto di una serie di distinzioni, che valgono a scindere il concetto in più relazioni opposte.

L'utilità che realizza l'interesse deve essere per definizione giusta, provenire cioè da un giusto titolo, poiché altrimenti non potrebbe dirsi contenere l'obbligo ad alcuna prestazione equivalente. È detto che può ricollegarsi ad un fatto ingiusto, per comprendere tutti i casi in cui normalmente un soggetto viene espropriato di un'utilità che ha conseguito o che intenderebbe conseguire per effetto di un fatto dannoso altrui. È comunque proprio della definizione anche il caso contrario, in cui un interesse è ravvisabile alla parte che subisce un danno, anche se questo è tale solo nella sua pura oggettività, poiché non è riconducibile all'azione dolosa o colposa di un terzo, come nel caso in cui un soggetto non abbia più acqua per soddisfare i bisogni della propria famiglia, ma ciò avvenga per un fatto naturale, fuori di una qualsiasi responsabilità umana. Anche in questo caso, per come Bartolo sottolinea, il soggetto perde un'utilità che prima faceva parte del suo patrimonio o non consegue un'utilità che sarebbe stato logico avere, e quindi finisce per essere leso in un proprio interesse, e tuttavia questa lesione non è rimediabile in giudizio poiché nessuno ne è veramente responsabile.

L'interesse *non petibile* esula tuttavia dalla materia dell'interesse come fatto giuridicamente rilevante. Questa qualifica spetta unicamente all'interesse *aestimabile petibile*, il quale tuttavia può essere definito in più modi, non tutti utili per la definizione giuridica ⁽⁸⁴⁾.

(84) « Et quoddam aliud interesse aestimabile, et istud potest accipi duobus modis. Uno modo large, et tunc est iusta alicuius utilitas petibilis aestimabilis, non habita propter alicuius factum iniustum, vel cessationem iniustam. Ista diffinitio omnia comprehendit, ut evidenter patet. Hic tamen adverte, quia aliquando sumitur interesse large, ut si peto quandoque rem mihi debitam, peto interesse meum. Nam dicit l. quod

In una prima accezione, l'interesse *aestimabile* può essere definito riportando in modo pienamente eguale e contrario i termini della definizione precedente. Se ne ottiene una definizione astratta, che comprende qualsiasi caso possibile e per questo priva di un vero significato giuridico, che non può essere conseguito neanche considerando che, talvolta, i giuristi adoperano proprio questo significato nel loro discorso, come quando si dice che a chiedere l'adempimento di una prestazione dovuta si chiedi il proprio interesse.

Poiché i contratti rilevano innanzitutto come fatti, tale uso della nozione di interesse può essere, se non lecito, quanto meno giustificabile, atteso che in questo modo si indica il puro fatto che lega il contraente alla prestazione pattuita e il puro fatto del suo inadempimento. Una definizione giuridica è presente solo in una prospettiva specifica di interesse: la stima di una qualsiasi utilità che non si è potuta conseguire a causa del fatto ingiusto o dell'ingiusto inadempimento di un terzo. Stima, per differenziarlo dall'interesse in senso proprio che riflette la stessa prestazione dovuta: l'interesse rilevante in giudizio è infatti solo quello che può essere tradotto in una *quantitas*, in una misura oggettiva e riconoscibile ⁽⁸⁵⁾. Una volta acquisita questa definizione dell'*id quod interest*, cessano di avere importanza le tradizionali partizioni degli autori precedenti. La distinzione tra interesse *conventum*, *commune* e *singulare* viene così riportata da Bartolo al profilo dell'*aestimatio*, non dell'interesse in senso proprio ⁽⁸⁶⁾.

stipulationes sunt facti, ut quisque stipuletur, quod sua interest, ut l. stipulatio ista et inst. eo. ti § alteri de verb. ob. § ult. Unde si stipulor librum, stipulor quod mea interest, ut est ille liber. Ille ergo liber est interesse meum largo modo. Item si stipulor factum, istud factum est interesse meum, et hoc modo hic non sumitur. ». BARTOLO, op. cit.

⁽⁸⁵⁾ « Secundo modo sumitur illud interesse stricte, et proprie in nostra materia, et illud sic diffinitur. Interesse est aestimatio alicuius utilitatis non habitae propter alicuius factum iniustum, vel cessationem iniustam. Ideo dico aestimatio, ut differat a praecedenti interesse, quod respicit ipsam rem debitam, seu factum debitum. Nam de interesse prout in quantitate deducitur, loquitur ista tota materia. Istud est utile scire ad diffinitionem. Ideo dixi aestimatio utilitatis non habitae, ut comprehendam damnum emergens, et lucrum cessans. ». BARTOLO, op. cit.

⁽⁸⁶⁾ « Quoddam est interesse largo modo sumptum, quod comprehendit illud, quod debetur, et hoc modo non loquitur nostra materia...aliud est interesse, hoc est aestimatio eius quod interest, et hoc modo hic sumitur interesse, et potest aestimari communiter, pro aestimatione eius quod interest, generaliter sumendo. Nunc ad pro-

La concezione bartoliana trova corrispondenza e perfezionamento in Baldo degli Ubaldi. Alla domanda *quotuplex sit interesse*, Baldo risponde con una definizione che supera allo stesso tempo la distinzione tradizionale dei Glossatori e le critiche che i giuristi successivi vi avevano rivolto. Per Baldo, l'interesse coincide con il danno emergente e il lucro cessante, eventi che sono prodotti non dal contratto, ma da una vicenda accidentale e successiva al contratto, l'inadempimento. Il prezzo convenuto nel contratto non può coincidere pertanto con l'interesse, perché esso appartiene alla struttura genetica del contratto, e quindi dell'obbligazione, mentre qualsiasi valutazione circa l'interesse appartiene alla patologia del programma obbligatorio descritto dal contratto ⁽⁸⁷⁾.

Partendo da questo presupposto, l'*id quod interest* si presta a essere definito attraverso altre distinzioni. Esiste così un interesse esprimibile secondo utilità quantificabili in moneta, ed è l'unico preso in considerazione dalla *l. Cum pro eo* ⁽⁸⁸⁾. Questo interesse è

positum illud quod interest potest aestimari singulariter, et est singulare interesse, et potest aestimari communiter, et est commune interesse. Et de hoc est casus l. prima ff. de act. emp. Recte intelligendo, dicit textum si res vendita non tradatur ad id quod interest agi potest. Sed dicet aliquis, ergo petetur ipsa res, quia ipsa res est illud quod interest singulariter. Respondet ibi Iurisc. hoc est quanti emptoris rem habere interest singulariter, quod excedit quandoque precium commune quanti res valet, vel quanti res empta est. Nunc ad rationes Iacobi de Ravanis. Dicit ipse, interesse semper refertur ad personam actoris. Concedo, sed persona potest considerari communiter, tamquam quaelibet, et potest considerari singulariter propter aliquam singularem utilitatem inhaerentem sibi: tunc si consideretur communiter, erit interesse commune vel singulare, si singulariter. ». BARTOLO, loc. cit.

⁽⁸⁷⁾ « Quaero quotuplex sit interesse. Respondet glossa quod triplex, scilicet conventum, ut pretium conventum, commune, ut communiter tantum valet, singulare, quod facta relatione rei ad personam plus valet puta mihi quam alicui alteri, cui non inesset eadem ratio affectionis singularis, quae inest mihi, ita enim debet intelligi glo. Nota ergo ex glossa primo quod pretium rei pacto conventum dicitur interesse. Sed hoc multi doctores reprobant, primo, quia contra diffinitionem interesse. Nam interesse est damnum emergens, et lucrum cessans ex accidenti, propter damnum vel moram. Contrahere autem non est accidens, sed origo contractus. ». BALDO DEGLI UBALDI, *ad septimum Codicis librum, tit. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*, fol. 57 r.

⁽⁸⁸⁾ « Et aliquantulum altius exordiendo materiam praemittendum est quod quoddam est interesse, quod consistit in pecuniario commodo, et de hoc loquitur materia nostra: quoddam est interesse, quod consistit in sola affectione, et non in re familiari, et

quello che è causalmente riferibile al pregiudizio arrecato dall'azione dell'inadempiente: chiedere questo interesse non è altro che chiedere di essere indennizzati di tale pregiudizio, che deve essere per definizione quantificabile. A questo si contrappone l'interesse di sola affezione, che resta fuori dalle previsioni della costituzione giustinianea ⁽⁸⁹⁾.

Se, pertanto, l'interesse è solo quello esprimibile in moneta, consegue che la tripartizione dei Glossatori è vera e può essere ancora utilizzata, purché la si definisca non nella prospettiva data dal contratto al tempo in cui fu concluso, ma nella prospettiva data dall'inadempimento nel momento in cui questo viene contestato. Il prezzo pattuito nel contratto diventa l'interesse *conventum* nel momento in cui esso viene richiesto con la messa in mora del debitore. Il creditore non potrebbe mettere in mora il debitore per una cifra superiore a quella risultante dal contratto, e in questo il prezzo coincide con l'interesse dal punto di vista quantitativo, ma queste due cose traggono titolo da due momenti diversi della fattispecie: il prezzo dal contratto, l'interesse dalla messa in mora.

Lo stesso si dimostra quando si considerino taluni casi in cui non può esservi coincidenza tra prezzo e interesse, poiché il creditore può chiedere il valore della cosa scambiata solo a seguito dell'inadempimento di un'obbligazione che non aveva ad oggetto quello stesso valore come cosa pattuita. L'esempio è nella dote: se la moglie trasferisce un bene al marito in dote, secondo l'*aestimatio* fatta al momento della costituzione, questa stima non è un prezzo, nel senso giuridico del termine, poiché il bene non passa in proprietà del marito. Se, sciolto il matrimonio, la cosa è perita o deteriorata, la moglie avrà diritto a chiedere l'equivalente di stima, come proprio interesse.

Da ciò consegue che quel valore che non può essere chiesto come prezzo, può tuttavia essere chiesto come interesse. Lo stesso, per definizione, allorquando l'oggetto della prestazione sia un tra-

de isto non loquitur haec lex, sed l. cum servuus ff. mandati et l. servus ea lege ff. de servis exportandis. » BALDO, op. cit. n. 50.

⁽⁸⁹⁾ « Secundo praemitte, quod consistit in pecuniario commodo, causative descendit propter incommoda ipsi agenti illata, et non est aliud quam petere indemnitate, id est damnum emergens, vel lucrum cessans. ». BALDO, ibidem n. 51.

dere o un facere: qui il prezzo non è altro che una stima non del fare come attività, ma del fatto come azione compiuta. Se questo fatto non viene eseguito dal debitore, il creditore non può chiederlo altro che attraverso la stima operata attraverso il valore che a questo fatto fu assegnato al momento della stipula del contratto.

Le stesse considerazioni valgono per rendere vera la categoria dell'interesse *commune*, che non è altro che la stessa stima della prestazione effettuata attraverso un criterio oggettivo. Lo stesso può dirsi dell'interesse *singolare*, la cui stima deve essere operata dal giudice in una necessaria comparazione tra quale esso è in concreto per il creditore lasciato inadempito, e quanto dovrebbe essere secondo un canone di normalità. La prima stima non può essere ammessa se si distanzia troppo dalla seconda. Solo quest'ultima valutazione può essere oggetto di prova, poiché solo su questa possono deporre tanto i testi che le circostanze.

L'unica altra distinzione utile per la definizione dell'interesse è quella tra interesse intrinseco e estrinseco. L'interesse intrinseco è l'utilità che la cosa oggetto del contratto produce attraverso le proprie qualità. L'interesse estrinseco è quell'utilità che può essere autonomamente individuata solo a seguito dell'inadempimento. Essa coincide con quella minore utilità che sarebbe data al creditore se questi, in luogo della prestazione pattuita, dovesse riceverne un'altra, consista questa in una cosa diversa o nella prestazione di un fare da parte di un soggetto diverso dal debitore. Il contratto non ha preso in considerazione questa utilità, che quindi non trova causa nel prezzo concordato. Gli autori precedenti hanno commesso un errore allorché hanno confuso l'interesse intrinseco con l'intrinseca qualità della cosa: questa è la radice del prezzo, del valore concordato tra le parti per quella prestazione, ma il prezzo non è interesse, poiché l'interesse non deriva dal consenso, ma dall'inadempimento.

6. *Le conseguenze sulla ricostruzione dell'alteri stipulari. Il primo nucleo dogmatico.*

Le diverse ricostruzioni dell'*id quod interest* si riflettono nelle diverse ricostruzioni dell'*alteri stipulari*. Se l'interesse vale solo nella sua prospezione *singolare*, il negozio tripartito che porta alla sostituzione degli effetti negoziali deve essere compreso unitariamente, a

prescindere dalle modalità strutturali della sua costituzione. È per questo che negli Ultramontani la rigida distinzione tra l'ipotesi dell'*agere ad interesse* e quella della *stipulatio poenae* — che per i Glossatori prescinde da questo elemento — viene sostanzialmente a sparire.

Per Jacques de Révigny non si può chiedere in giudizio l'adempimento di una stipulazione penale accessoria se non si può *agere ad interesse* sulla principale, e la penale può essere chiesta solo nei limiti dell'*id quod interest* del creditore della principale.

A questi risultati il giurista francese arriva analizzando una questione specifica: la liceità della stipulazione penale accessoria a una promessa di matrimonio. Negata da Azone perché coercitiva di una volontà che deve essere libera, trattandosi di un sacramento, questa possibilità viene ammessa dal Révigny con un'argomentazione che procede interamente dalla sua concezione dell'*id quod interest*.

La questione può essere resa in questi termini: se, essendo stati gli sponsali conclusi attraverso una *stipulatio*, si possa agire con le azioni che risultano dal negozio astratto per ottenere il risarcimento in caso di inadempimento. Il Révigny conclude che ciò è possibile se l'attore ha un interesse patrimoniale alla conclusione del matrimonio, e non se ha un semplice *interesse affectionis*. In questo secondo caso, difatti, l'interesse non può essere quantificato dal giudice nella prospettiva del creditore, mentre ove la parte intendesse avere un beneficio pecuniario dalle nozze, della perdita di questo il giudice potrebbe ben dare una quantificazione. Da qui la validità della stipulazione penale accessoria, che potrebbe essere chiesta in giudizio non nell'importo concordato, ma nei limiti dell'*id quod interest*, poiché la penale altro non è che una certificazione ex ante dell'*id quod interest creditoris*, la quale non può essere chiesta in giudizio in astratto, ma si apre alla prova della sua determinabilità in concreto sul pregiudizio effettivamente patito dal creditore ⁽⁹⁰⁾.

⁽⁹⁰⁾ « Sed quaeritur numquid ex istis contractibus potest agi et primo istud quaero in sponsalibus sponsalia aliquando contrahuntur per stipulatione sic dicit mulier promittis mihi quod me duces in uxorem dicit maritus promitto. Dicit sponsus econtra: promittes mihi quod mecum nubes promitto dicit sponsa. Numquid ex contractu sponsalium isto casu posset agi ex stipulatione dicit Azo ego non reperio alicubi quod ex

Si apre così una nuova concezione della *stipulatio poenae*, che non è più il contratto che astrae un lato del negozio tripartito per sostituirsi all'interesse dello stipulante, ma un diverso modo di costituzione dello stesso negozio tripartito, comunque centrato sull'*id quod interest stipulantis*. Questa concezione sarà costruita analiticamente dagli Ultramontani su due nuclei dogmatici principali.

Il primo è quello della validazione di un accordo inutile contenuto nella manifestazione negoziale fatta anche di accordi utili. Jacques de Revigny, commentando la *l. Rem in praesenti*, costruisce quasi una teoria generale della validazione. Esistono, seguendo la Glossa, due possibili specie di inutilità della stipulazione: la prima concerne l'invalidità del consenso, o la sua contrarietà alle finalità dell'ordinamento; la seconda riguarda invece un consenso validamente formato fra le parti, ma privo di un elemento strutturale che valga a renderlo azionabile nelle forme della stipulazione. Nel primo caso la stipulazione inutile non può essere mai convalidata dalla relazione funzionale che essa ha con altra stipulazione valida e se questa dipende dalla prima, anch'essa è inutile. Nel secondo caso, ove la stipulazione è inutile soltanto per il difetto della *solemnitas*, ossia della forma verbale che, sola, può investire il consenso per renderlo azionabile, la stipulazione connessa, se valida, può provvedere di efficacia quella inutile ⁽⁹¹⁾.

ista stipulatione agi possit aliquo casu videtur tamen dicit ipse quod in casu uno possit agi in stipulatione deducimus aliquando quod nostra interest ut inst. de inut. stip. § alteri. ponamus ergo quidam iuvenis pauper stipulatus est ducere in uxorem quandam viduam repletam multiis divitiis et etiam miseriis secundum dominum meum ea renitente iuvenis interest pecuniariter quod nubat cum ea illa vetula. Unde videtur quod ad istud interesse potest agi, sed propter affectionem, quia eam vult habere in uxorem non posset agi ut videtur. Ego dico et credo quod ex hac stipulatione non posset agi ad interesse nec l. aliqua hoc dicit. Lex dicit: si aliquis promittit penam si non nubat dico pena peti non potest. Sed dico quod verum est quod si posset agi ad interesse quod pena posset peti solum usque ad quantitatem interesse. Cum ergo hic non possit peti pena: etiam usque ad interesse planum est quod non potest agi ad interesse.. ». JACQUES DE REVIGNY, *Lectura Codicis, ad l. alii desponsate C. de sponsalibus*.

⁽⁹¹⁾ JACQUES DE REVIGNY, *Lectura Codicis, ad l. Rem quam paresenti C. de rei uxoria*: « Dicit hic quod si stipulatio inutilis interposita est habetur pro inutili. Dicit glossa et unde hoc est verum ubi est inutilis propter conceptionem nam stipulatio de dote data non dico de dote reddenda esset inutilis propter dissensum illam inutilem l. ista non faciat utilem sed ubi stipulatio est inutilis est inutilis propter defectum solemnitati l. ista

La convalida della prima stipulazione inutile avviene attraverso la *cohaerentia contractus*. Nella sua concezione, alla stipulazione inutile per difetto di forma aderisce la seconda utile, che rende valida la prima, per come il patto nudo, aderendo ad un contratto, vede estesa all'atto di disposizione che esso contiene la struttura di tutela di quel contratto. All'obiezione per cui solo i patti potrebbero vestirsi della *cohaerentia*, Jacques de Révigny risponde nel modo più semplice: ciò che può valere per un accordo non azionabile deve valere, a maggior ragione, per un accordo che sarebbe astrattamente tutelabile, ove non presentasse un difetto di forma ⁽⁹²⁾. Il fulcro di tutta la costruzione è ovviamente nella liceità dell'accordo: ove questo non fosse lecito, contrastasse cioè con una norma superiore dell'ordinamento, nessuna stipulazione successiva potrebbe provvederlo di efficacia ⁽⁹³⁾.

La fattispecie della stipulazione penale che provvede di efficacia la stipulazione a favore di terzo si inserisce perfettamente in questa rappresentazione, malgrado il fatto che, in questo caso, a produrre azione sia solo il secondo contratto e non il primo, restando impossibile convenire davanti al giudice il promittente perché non ha dato al terzo, ma solo per esigere da lui la penale per l'inadempimento ⁽⁹⁴⁾.

se interponit quod habeatur pro sollemniter facta: et quod imperator hoc possit facere ipse ostendit argumento a simili. »

⁽⁹²⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura Codicis ad l. Rem quam praesenti*, cit.: « Nos videmus dicit imperator quod si in istrumento sunt plures stipulationes utilis corroboratur inutilem; ergo et nos inutilem possumus corroborare simile in aut. de consul. et dignit. circa principio. Da exemplum ubi inutilis stipulatio corroboratur per utilem. Ecce ego stipulatus sum a te inutiliter iuxta stipulationem utile subiicitur inutilis. Dico quod secunda inutilis corroboratur et sit utilis per primam stipulationem vestitur enim cohaerentia prioris stipulationis ut supra de pactis l. in bone fidei. Dicit glossa hoc exemplum non est verum: verum est enim quod pacta vestiuntur cohaerentia contractus. Dico quod imo stipulatio inutilis si valeat tanquam pactum vestitum cohaerentia contractus multo fortius.. »

⁽⁹³⁾ « Cave tamen. Dic quod si stipulatio nullo iure valet quia non valeret iure pacti ipsa non vestiretur cohaerentia contractus ut ff. de const. pec. lex prima quod inutiliter ». JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

⁽⁹⁴⁾ « Ecce aliud exemplum stipulatus sum a te quod tu dabis decem titio hec est inutilis: deinde subiicio istam stipulationem et si non dederis promittis mihi decem. Ista ultima poenalis confirmat primam: non tamen ista confirmat primam ut ex ea agatur,

Un dato che comunque non turba la razionalità del sistema: nel caso in cui due parti, dopo aver posto in essere una pluralità di stipulazioni, ne facciano seguire un'ultima con cui ratificano tutto quanto disposto con le precedenti, nel timore che una o più fra queste sia viziata da un difetto di forma, la parte creditrice adirà il giudizio su quest'ultima, non direttamente su una delle prime ⁽⁹⁵⁾. L'azione del creditore sarà comunque un *agere ad interesse*, per come il Révigny dimostra analizzando uno dei testi cardine dell'analisi sull'*alteri stipulari*, la *l. Ut inter absentes* del titolo *de inutilibus stipulationibus* del *Codex*.

In questo testo si fa il caso di una *stipulatio dotis*, con cui si conviene che, risolto il matrimonio, metà della dote venga data al nipote dello stipulante, ove fosse nel frattempo nato e vivente, altrimenti a un terzo indicato nella stessa costituzione di dote. Il rescritto di Diocleziano e Massimiano conclude per l'inutilità della stipulazione a attribuire la metà della dote al terzo in caso di morte del nipote, poiché questi non aveva preso parte alla *stipulatio*. La soluzione data era nel rivolgersi al *praeses provinciae* perché, esaminate le allegazioni delle parti, concludesse su quale fosse l'interesse dello stipulante a che la dote fosse parzialmente restituita al terzo, e determinasse l'importo di questa prestazione.

Per Azone si trattava di una stipulazione alternativa, utile nei confronti del nipote dello stipulante come stipulazione condizionata alla sua nascita, inutile fin dall'inizio nei confronti del terzo. L'unico modo per dare significato al testo romano era, per Azone, quello di ipotizzare una seconda stipulazione tra il costituente della dote e il marito, avente ad oggetto una penale computata *in id quod interest* per il caso in cui quest'ultimo si fosse rifiutato di dare al terzo la metà della dote. Il ricorso all'*id quod interest* era in parte determi-

unde non est similitudo omnimoda cum l. nostra: quia in l. nostra ex inutili stipulatione agitur ut inst. de inutil. stip. § alteri. ». JACQUES DE RÉVIGNY, op. cit.

⁽⁹⁵⁾ « Vel posset poni exemplum per legem supra si servuus extero l. unica. Potest poni hoc exemplum, stipulatus a te pluribus stipulationibus inutilibus et specialibus: quia forte interrogatio sequebatur vel forte interrogationem sequebatur responsio ex intervallo, deinde ego subiicio stipulationem generale promittis haec omnia praedicta fieri. Promitto: ista ultima confirmat omnes priores inutiles: et forte hoc casu agetur ex ista ultima stipulatione non prioribus stipulationibus et de hoc habuistis infra de inut. stip. l. iii. ». JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

nato dal riferimento che il testo fa all'interesse dello stipulante, pur nella diversa prospettiva della *taxatio quantitatis* di un'azione incerta, in parte dalla necessità di ricostruire una seconda stipulazione di cui non è ovviamente traccia nel testo: senza la menzione di una somma determinata nella penale, l'unico modo di ricostruirne una è il *quanti interest stipulantis*. La Glossa riportava anche la tesi di Ugolino: il terzo poteva essere visto come *adiectus solutionis causa* con la conseguenza che, mentre il nipote — soggetto nella *potestas* del promittente, cui quindi potevano estendersi gli effetti di una stipulazione conclusa da questi — avrebbe potuto agire con la *condictio certi*, al terzo si sarebbe potuta conseguire in giudizio la prestazione con un'*agere ad interesse* dello stipulante ⁽⁹⁶⁾.

Per il Révigny l'unica stipulazione che può produrre un'obbligazione azionabile a dare al terzo è questa ipotetica terza *stipulatio* con cui si promette di osservare quanto pattuito nella precedente, inutile per il divieto di *alteri stipulari*. Se anche il terzo fosse stato presente alla costituzione della dote, non avrebbe acquisito il diritto alla metà della dote se non sulla base di un precedente mandato fra lui e lo stipulante, contratto che si sarebbe potuto dare per presupposto dalla sua presenza all'atto della costituzione ⁽⁹⁷⁾. Ricostruita la

⁽⁹⁶⁾ Glossa *nepoti tuo ad l. ut inter absentes C. de inutilibus stipulationibus*: «Nepoti tuo. Ex ea nato, vel melius ex filio nato...Et dic quod fuisti stipulatus nepoti in potestate constituto, vel Iuliano: unde in persona nepotis consistit stipulatio, in persona Iuliani no. Sed potuit solui ex eo quod fuit solvendum nepoti, agis conductione certi: ex eo quod Iuliano, ad interesse: ut ff. de verb. obl. l. liber homo, secunda § fi. secundum H. vel secundum Azo dic quod fuit stipulatus utrique principaliter, et in nepote fuit utilis, sed per mortem facta est inutilis: interposuisti tamen post illas aliam utilem, sic: si Iuliano non dederis, promittis quanti mea interest te daturum, et de hac stipulatione dicit hic. Accur. »

⁽⁹⁷⁾ «Hic est casus. Pater dedit dotem pro filia et stipulatus a marito quod si filia procedat in matrimonio maritus dimidiam dotem redderet nepoti donatoris et aliam dimidiam retineret et stipulatus est pridie quod si nepos non esset tunc in rerum natura quod illa dimidia restituat nepoti daretur Iuliano: deinde mortuus est nepos. Modo quaeritur numquid valet stipulatio quod fuit stipulatum de dando Iuliano. Imperator praemittit duas regulas et ex eis concludit in questione quod non valuit stipulatio. Haec regula stipulari alii nemo potest nisi sua intersit dare ei vel sibi subiectus sit. Alia est stipulatio contracta inter absentes non valet: cum ergo Iulianus fuerit absens videtur quod stipulatio de dando sibi non valuit. Sed pone post istas duas stipulationes fuit subiecta generalis stipulatio: sic promittis mihi haec omnia servari: numquid ex ista

fattispecie complessiva su tre *stipulationes* — la prima, con l'obbligo di restituire la dote al nipote; la seconda, con l'obbligo condizionato di restituirla al terzo; la terza, con l'obbligo di pagare una somma per il caso di inadempimento — il Révigny legge tutti questi contratti come parte di un unico negozio, che è valido solo ove sia accertabile un interesse dello stipulante ⁽⁹⁸⁾.

La terza stipulazione, che rende valida la seconda a favore di terzo, è a sua volta utile se e solo se su questa si può *agere ad interesse*, malgrado sia nella forma una stipulazione penale, e delinei pertanto l'altra ipotesi di *alteri stipulari* dei Glossatori ⁽⁹⁹⁾. Per il giurista francese, questa non è una stipulazione accessoria, ma un

stipulatione potest agi? Dicit quod sic ex ista generali stipulatione stipulator potest agere, et condemnator potest agere ad interesse quantumque quantum interest sua datum esse Iuliano. Hoc dicit. Sic et habes hic regulas ex quibus concluditur quod stipulatio de dando Iuliano non valuit ad illam stipulationem: quod non valeat operatur utraque regula, scilicet quod absens erat Iulianus et stipulanti alii non potest, unde si Iulianus fuisset praesens valuisset stipulatio: et allegat glossa l. que loquitur ibi processit mandatum ff. de verb. obl. l. si procuratori praesentis. Dico quod si esset praesens forte non valeret stipulatio de dando ei nisi praecedente mandato, vel potest dici quod forte ex quo praesens est fingitur mandatum praecessisse ar ff. man. L. qui fide. ». JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura Codicis, ad l. ut inter absentes C. de inutilibus stipulationibus*.

⁽⁹⁸⁾ « ...Sic et hic fuerunt tres stipulationes. Prima fuit de reddenda illa dimidia nepoti: quamvis erat ille nepos: si fuit filius filie non valuit stipulatio, unde dicemus quod ille erat filius filii. De hoc vos habetis supra de pac. do. l. pac. Sic ergo fuerunt tres stipulationes. Prima de dando nepoti et illa fuit utilis. Dicit ergo hic quod alteri stipulari non potest nisi sua intersit. Intelligis tu quod nisi sua intersit quod possit stipulari. Ego intelligo quod eo casu ubi sua interest dari ei cui stipulatur quod potest ei stipulari: sic quod verba stipulationis inferantur ad personam stipulantis: datio autem inferatur in personam eius cui stipulatur. Sic ergo promittis mihi quod dabis illi. Unde si diceret sic. Promittis illi quod dabis sibi decem dico quod licet stipulantis intersit non tamen valet stipulatio vel forte sufficeret dicere impersonaliter promittis quod dabis illi, nam intelligitur mihi promittis mihi. ff. de v.o. l. si ita stipulatus fuero § Grisogonus. Sic ergo ubi dicit stipulator promittis mihi quod sibi dabis non valet stipulatio. Fallit in casibus in quibus potest acquirere actionem stipulator ei qui stipulatur: et de hoc vos habetis inst. de inutil. stip. § si quis ali. Ubi ergo mea interest recte concepta stipulatio de dando alii valet. Hoc est verum: ut ego stipulator agam ad interesse non ille cui sum stipulatus ut infra de dona. l. cum res. Unde nota dicit Azo mirabile est quod stipulatio est dandi, et tamen ex ea agitur ad interesse ut ff. de v.o. l. liber homo § ult. ». JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

⁽⁹⁹⁾ « Tertia stipulatio qua stipulatum fuit conventionem impleri fuit generalis et valuit, unde ex ea agitur ad interesse intelligo hoc verum esse, si fuit recte concepta illa stipulatio, quia sic fuit dictum promittis mihi haec omnia servari, unde si fuisset illa

contratto funzionalmente collegato con i primi due, che ha come scopo quello di estendere quanto alla prestazione verso il terzo estraneo la condanna *in id quod interest* cui sarebbe comunque andato soggetto il promittente verso il figlio, nipote dello stipulante.

Ogni ipotesi di *alteri stipulari* viene così recuperata sulla possibilità di individuare nell'*id quod interest* il presupposto della condanna del promittente a dare al terzo, anche l'ipotesi del mutuo di denaro altrui, che i Glossatori tenevano sempre accuratamente lontana dall'*agere ad interesse*, facendo leva sull'espresso *dictum* del *Corpus iuris*.

Jacques de Révigny limita l'operatività della regola romana al solo caso dell'effettiva consumazione della somma ricevuta in mutuo, escludendo che l'azione al terzo proprietario si crei con la semplice tradizione al mutuatario, in contrasto con la tesi della Glossa, che voleva tutelare in questo modo le ragioni del mutuante ⁽¹⁰⁰⁾. Ne consegue che, perché si abbia azione al terzo proprietario in ipotesi di una somma non consumata, occorre una stipulazione con cui il mutuatario si costituisce debitore del terzo.

Anche qui nasce un negozio complesso che può avere quattro forme: due in cui tanto la *numeratio* che la *stipulatio* fanno nascere un'azione alla stessa parte, e due in cui la *numeratio* è fatta a nome di un soggetto e con la *stipulatio* si pattuisce che il *tantundem* verrà restituito all'altro. Nel primo caso, in cui il mutuante numera la valuta contrattuale a proprio nome e contestualmente stipula che il

generalis stipulatio inepte concepta sic promittis te haec omnia servaturum inutilis esset stipulatio, ut ff. de leg. primo l. legata inutiliter vel forte posset dici quod talis valeret et intelligeretur mihi et non intelligeretur nepoti, unde conditio viciaret ut ff. de v.o. l. si ita stipulatus fuero § Grisogonus. dicit litera in ea l. ob incertae actionis effectum in interesse act. infra per quem petitur interesse quod est incertum ab initio confirmat condemnationem taxate quantitatis id est interesse certum taxatum in libello ut inst. de actionibus § curate. ». JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

⁽¹⁰⁰⁾ « Si extat habetur pro consumpta, ex quo stat per eum quominus consumatur ...et sic agitur actione ex mutuo: approbo sententiam suam pro parte: mutuo tibi pecuniam alienam, nihil consequor eo quia dico quod non habeo actionem aliquam nisi stipuler eam non consumptam, unde si agerem ex mutuo non essem periurius quia non est mutuum, ex quo de meo tuum non fit, et inde dicitur mutuum ex quo de meo tuum non sit, ut ff. si certum petatur l. secunda § appellata, unde consentio quod ex quo est pecunia aliena, nec est consumpta, non habet actionem si non stipuletur ergo non poterit agere. Dico quod imo de facto aget. ». JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

tantundem gli venga direttamente restituito, l'azione risultante sarà quella derivante dalla stipulazione, che avrà novato l'azione originariamente derivante dalla *numeratio* ⁽¹⁰¹⁾.

Nel caso in cui il mutuante dia la valuta contrattuale a nome del vero proprietario e stipuli contestualmente che il *tantundem* sia restituito a questi, la stipulazione sarà inutile ove lo stipulante non fosse con il terzo proprietario della valuta in una relazione tale da poterlo impegnare con il proprio contratto. In questo caso l'azione per questi deriverà dalla *numeratio* ⁽¹⁰²⁾. Nel caso in cui il mutuante effettui la *numeratio* a nome del terzo proprietario, e stipuli che la restituzione del *tantundem* venga non direttamente a lui in quanto proprietario, ma in quanto mutuante in nome di costui, l'unico legittimato ad agire in forza di questa stipulazione è il mutuante, che sarà tuttavia legittimato a farlo solo ove abbia un proprio interesse, come nel caso in cui sia mandatario del titolare della somma, e debba agire per sottrarsi alla responsabilità che gli deriva da questo diverso negozio ⁽¹⁰³⁾.

Solo nella quarta e ultima ipotesi non rileva l'*id quod interest* ⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰¹⁾ « Dicunt alii nihil acquiritur ei cuius nomine numeratum est, quia quando stipulatio sequetur numerationem agitur ex stipulatione... Respondebitis ad contrarium. Unde ita distinguatis: aut numero nomine meo et stipulor mihi, aut numero nomine alterius et stipulor nomine alieno, aut numero nomine meo et stipulor alii, aut numero nomine alterius et stipulor mihi. Si numero nomine meo tibi decem et stipulor illa decem reddi mihi, agam tantum ex stipulatu et non ex numeratione... ». JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura super Codicem, cit., in l. Si absentis*.

⁽¹⁰²⁾ « Si vero alieno nomine numero et stipulor nomine alieno. Verbi gratia. Dico istam pecuniam esse Titii et numero tibi eam nomine eius, et promittis eam sibi reddi. Hic distingo. Aut stipulor alteri aut mihi nomine alterius, ubi stipulor alii, aut ille alius est talis cui ego possum acquirere stipulando, quia sive tutor sive stipulor pupillo, vel prelati et stipulor ecclesiae vel domino et reddere singula singulis, hoc casu agetur ex stipulatione tantum... si ille cui stipulor sit talis persona cui non possum stipulari, in isto casu inutilis est stipulatio, quia nemo alteri potest stipulari... ». JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

⁽¹⁰³⁾ « aut stipulor mihi nomine alieno sic: mutuo tibi pecuniam Titii promittis tu reddere eam mihi nomine Titii isto casu agam ex ea stipulatione si mea interest. Forte Titius dederat mihi mandatum de mutuando pecuniam suam nunc ipse aget ex numeratione... si vero inutilis est stipulatio quia mea non interest, tunc ipse aget ex numeratione non ego ex stipulatione... cum si numero nomine meo et stipulor alii, aut stipulatio est utilis aut inutilis. Si inutilis agam ex numeratione, si utilis aget alius ex stipulatione... ». JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

⁽¹⁰⁴⁾ « Aut in quarto casu numero nomine alieno tuo et stipulor mihi, si vero in nundinis numero forte pecuniam tuam nomine tuo et stipulor eam mihi reddi, numquid

Ove il mutuo procede dal fatto della *numeratio* e non dalla *stipulatio*, uno spazio per il modello generale di responsabilità non può essere ricavato. L'opinione di molti glossatori vedeva possibile tale schema, e attribuiva al solo stipulante l'azione derivante dal contratto così formato, poiché il contratto formale, anche in questo caso, produceva la novazione dell'obbligazione nata dalla *numeratio* in favore del vero titolare della somma prestata. Questi si trovava pertanto espropriato del suo credito: è questo l'argomento che porta il Révigny a contrastare tale opinione. Nessuno difatti può essere privato di un suo diritto senza il proprio consenso e quindi senza un atto giuridico che lo coinvolga; ne consegue che la *stipulatio* intervenuta tra il mutuante e il mutuuario è inutile, perché non può disporre di un diritto già sorto nel patrimonio di un terzo che ne rimane estraneo ⁽¹⁰⁵⁾.

7. *Il secondo nucleo dogmatico: la novazione della stipulazione principale da parte della penale.*

Il secondo nucleo dogmatico è quello della novazione della stipulazione principale inutile da parte della stipulazione penale valida. Come abbiamo visto, per la Glossa Magna la stipulazione penale innova la principale di diritto, sulla base di una presunzione ⁽¹⁰⁶⁾. Di conseguenza, se le parti vogliono che, in caso di

agam ex stipulatione? Dixerunt quidam quod sic quia ubi procedit numeratio et sequitur stipulatio et est utilis agetur ex stipulatione unde actio non videtur quaesita ei cuius nomine sit stipulatio...E contra videtur obligatio mihi quaesita non potest a me recedere sine facto meo...ergo actio mihi quaesita ex mutuo ex numeratione, quia alius numerando pecuniam meam vel suam nomine meo acquirit mihi obligationem et est speciale in mutuo...ergo licet stipulatio sequitur non admittam eam, dico quod non habeo actionem ex stipulatione cum effectu, quia ex quo est quaesita mihi est actio senilis ex ipsa numeratione etiam incontinenti licet stipuletur causa sibi reddi incontinenti: non potest tamen actio mihi quaesita ex numeratione a me recedere, unde non aget ipse ex stipulatione cum effectu... ». JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

⁽¹⁰⁵⁾ « Aut in quarto casu numero nomine alieno tuo et stipulor mihi: si vero in nundinis numero forte pecuniam tuam nomine tuo et stipulor eam mihi reddi, numquid agam ex stipulatione? Dixerunt quidam quod sic quia ubi procedit numeratio et sequitur stipulatio et est utilis agetur ex stipulatione unde actio non videtur quesita ei cuius nomine fit stipulatio ». JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

⁽¹⁰⁶⁾ « Sed quaeritur numquid stipulatio penalís tollat ipso iure primam conventionem. Convenisti mihi dare stichum et si non dares convenisti per stipulationem quod

inadempimento, il creditore sia legittimato a domandare in giudizio tanto la prestazione principale, quanto il pagamento della penale, ciò deve essere convenuto espressamente ⁽¹⁰⁷⁾. La soluzione del Révigny va in altro senso: la stipulazione penale è sempre innovativa della stipulazione principale, ma si potranno chiedere entrambe le prestazioni solo quando la pena sia di modico importo, tale da essere nulla più che il rimborso delle spese che il creditore deve fronteggiare per ottenere l'adempimento forzoso della stipulazione principale ⁽¹⁰⁸⁾. Ove al contrario la penale sia di grande importo, si potrà chiedere solo quest'ultima.

Quella del Révigny è dunque una concezione totalmente funzionale nel rapporto tra stipulazione principale e stipulazione penale: due manifestazioni di uno stesso negozio, che va giudicato unitariamente. Pur in presenza di due stipulazioni, l'oggetto del contratto è uno e uno solo: ove l'importo della penale sopravanzi di

dares mihi centum nomine poenae. Numquid stipulatio poenalis ipso iure tollitur primam conventionem. Sententia doctorum est quod iure pandectarum tollitur stipulatio poenalis primam ipso iure. ». JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*

⁽¹⁰⁷⁾ « Dicit glossa aut est actum expresse quod habeatur utrumque habebitur ut infra titulo primo l. cum proponas et ff. de transactionibus l. quam fidem. Si non est actum expresse ut utrumque habeatur recurrendum est dicit glossa ad verba stipulationis: quia aut dixit per verba ista promitto tibi dare digestum sub pena centum librarum et tunc consequeretur utrumque, aut per ista verba promitto dare digestum et si non dederò promitto dare nomine pene et tunc non consequetur utrumque. » JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

⁽¹⁰⁸⁾ « Ista distinctio non probatur lege quia aliud est ubi sic dicitur promitto digestum vel rem aliquam sub pena centum librarum vel sic promitto rem aliquam et si rem illam non dederò promitto centum nomine pene, quia sit differentia inter ista verba lex aliqua non probatur. In ista quaestione probabilius distinguebat quidam doctor domini mei. Unde sic distinguebat ipse, aut pena est modica quando poenalis stipulatio est subiecta prime conventioni, et tunc petitur utrumque aut est magna, et tunc non habebitur utrumque, verbi gratia: tu debes mihi soluere quolibet anno centum sub tali die convenio tecum per stipulationem: quod si non solvas ad diem quo pro quolibet die quo cessabitur solves quinque solidos, quia timeo nedum mitterem nuncium meum ut solueres sibi illas centum libras quod si differres solutionem, oporteret nuncium meum expectare et facere expensis nonne per istam modicam penam velit recedere a prima obligatione quae maior est aut pena est magna: promitto tibi centum ad unum diem vel equum et si non soluero promitto mille nomine pene isto casu si petatur pena non petetur quod convenit. Istam suam distinctionem probabat sic, quia dicebat ipse presumitur ex eo quod fieri solet, et sic solet conveniri quoad interponatur modica pena pro damni et interesse inducit... ». JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

gran lunga quello della principale, si potrà chiedere solo questo, ove al contrario la penale sia di modico valore, occorre privare il debitore della possibilità di liberarsi della principale semplicemente pagando una somma alternativa di minore interesse per lui. A parti invertite, occorre privare il creditore della possibilità di ottenere un valore maggiore della prestazione originariamente stipulata, e privo di relazione con il bene della vita che questa aveva ad oggetto.

In altri termini, a meno di un'espressa stipulazione che consente al creditore di chiedere tanto la prestazione principale, quanto la penale, occorrerà valutare la cosa sulla base della finalità specifica che la stipulazione penale intende conseguire. Essa potrà essere stipulata come prestazione alternativa a quella del contratto principale, e costituirà pertanto l'unico oggetto della domanda dell'attore. Potrà, al contrario, essere stipulata come risarcimento del danno, e quindi essere chiesta unitamente alla prestazione principale. L'elemento diagnostico è dato dall'importo della penale ⁽¹⁰⁹⁾.

La ricostruzione del rapporto tra stipulazione principale e stipulazione penale nei termini di una condizione sospensiva richiede però di risolvere un problema specifico: quando la condizione possa dirsi realizzata. Su questa base il giurista ultramontano costruisce una rappresentazione sulla quale gli apparati successivi avranno modo di costruire ulteriormente.

Le ipotesi sono due: la stipulazione penale può trarre causa da una pura condizione, contenuta nello stesso negozio, o può trarre causa da una precedente convenzione, un accordo che contiene un regolamento contrattuale autonomo. Nel primo caso, la stipulazione penale diviene azionabile quando è certo che la condizione si è verificata. Se questa ha per oggetto una prestazione che deve essere effettuata da una parte della stipulazione penale verso l'altra, essa si verifica quando diviene impossibile adempiere a quanto si struttura,

⁽¹⁰⁹⁾ « In ista quaestione utrum possit peti et res et pena distingo aut actum est quod utrumque petatur, et tunc non est dubium quin utrumque petatur infra titulo primo l. cum proponas et ff. de transactionibus l. qui fidem. Si non est actum quod utrumque petatur, tunc aut est pena que succedit loco rei ut magna pena potest peti alterum: aut quae non succedit loco rei ut modica pena quae succedit loco damnorum et interesse, et tunc petitur utrumque et non distingo sive sit pena legalis sive loco contemptus ut in arbitris, quia si res petatur ex ea causa cui accedit pena que magis est non potest peti pena. ». JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

in questa fattispecie, come un onere, non come un obbligo ⁽¹¹⁰⁾. Nel secondo caso, occorre distinguere se la convenzione sia nuda, e produca pertanto solo un'obbligazione naturale, o vestita, e provveda quindi di tutela giudiziale le obbligazioni civili che da essa promanano. In quest'ultima ipotesi, la condizione si avvera allorché l'obbligazione principale può essere chiesta in giudizio, identificandosi pertanto con la mora del debitore ⁽¹¹¹⁾.

Il problema si pone ovviamente per l'ipotesi del patto nudo il quale, non essendo provvisto di tutela attiva, non consente di individuare la *mora debendi*. L'unica soluzione è riportare la mora alla *litis contestatio* ⁽¹¹²⁾. In questo modo, però, il problema è lungi dall'essere risolto, perché occorre determinare quale sia l'oggetto della domanda e quindi su cosa debba intervenire la *litis contestatio*, esplicando il suo effetto novativo del titolo sostanziale dell'attore.

La soluzione passa, per il Révigny, da un'analisi funzionale tra due ipotesi che possono trovare efficacia in una stipulazione penale. La prima è quella dell'accordo che può eventualmente essere vestito del *rei interventus*. Se due parti si accordano su una permuta, nessuna di esse è obbligata fin tanto che una non adempia alla sua

⁽¹¹⁰⁾ « Dicunt ergo doctores aut stipulatio poenalis incipit a conditione aut praecedenti conventione. Si a conditione non est hesitatio in isto membro quia committitur quando certum est non posse dari istud quod debet dari nomine pene. Dico sic. Si Stichum non dederis promittis mihi centum nomine poenae. Quando certum erit te non posse dare Stichum tunc prius committetur stipulatio poenalis, et hoc erit sticho mortuo: quia tunc demum erit certum te non posse dare Stichum. ». JACQUES DE RÉVIGNY, *ad l. Si pacto C. de pactis*.

⁽¹¹¹⁾ « Aut incipit stipulatio poenalis a precedenti conventione, et tunc aut a praecedenti conventione nuda aut a precedenti conventione vestita: si a praecedenti conventione vestita stipulatus sum a te Stichum et si non dederis Stichum stipulatus sum poenam isto casu committitur poena quia cito potuit dare et non dedit et licet glossa vacillet in isto articulo et quandoque dicat unum quandoque dicat contrarium ego intelligo potuit dare mora interveniente unde si non dedit quam cito potuit dare et fuit interpellatus concurrentibus omnibus quae exiguuntur ad moram tunc verum est quod committitur poenalis stipulatio et probatur ff. quando di. leg. ce. l. penulti. Et colliguntur ista duo membra scilicet stipulatio aut incipit a conditione aut a praecedenti conventione vestita ff. de verb. obl. l. ita stipulatus § penult. et ulti. ». JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

⁽¹¹²⁾ « Si incipiat stipulatio poenalis a conventione nuda tunc committitur lite contestata ut hic. Et infra de contrahenda et committenda stipulatione l. nuda. ». JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

prestazione, costituendo così l'obbligo dell'altra a adempiere la propria. Perfettamente ipotizzabile una stipulazione penale con cui una o entrambe le parti si obblighino a pagare una somma nel caso non intendano dar corso all'accordo, perfezionando il contratto principale. La seconda, per converso, è quella di una stipulazione penale che aderisca ad un patto già vestito e produttivo di azione. Qui la sanzione penale provvede di maggior efficacia un obbligo già esistente, mentre nella prima ipotesi essa è strumentale a spingere le parti a rendere obbligatorio un accordo che in sé non lo è.

Ne consegue, secondo il giurista ultramontano, che nella prima ipotesi la penale non può incidere sulla posizione giuridica del convenuto nello stesso modo che nella seconda. Nel primo caso il convenuto non è obbligato alla prestazione principale: la pena non può quindi essere richiesta se non nel momento in cui divenga certo che la prestazione principale è divenuta impossibile ⁽¹¹³⁾. Nel secondo caso, la penale può invece essere richiesta non appena l'obbligazione principale divenga esigibile ⁽¹¹⁴⁾.

La domanda dell'attore ha dunque ad oggetto la penale, escludendo che si possa avere, come sostenuto dalla Glossa, una *litis contestatio de facto* sull'inadempimento di una prestazione che non costituisce, a quel momento, un obbligo per il convenuto ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹³⁾ « Sed ego quero primo rationem diversitatis membrorum distinctionis probante. Ratio est. ille qui non est obligatus si non faciat illud ad quod non est obligatus non ita asperè proceditur contra eum quandoque est obligatus. Item si ille qui est obligatus efficaciter scilicet naturaliter et civiliter, si non faciat illud ad quod est efficaciter obligatus asperius proceditur contra eum quam contra eum qui non est efficaciter obligatus, sed naturaliter tantum ubi incipit stipulatio a conditione. Si stichum non dederò promitto decem nomine pene non sum obligatus ad stichum: unde ante conditionem non sum obligatus nec civiliter nec naturaliter et ideo committitur tardius stipulatio penalis isto casu tunc demum quando certum est non posse dare per legem si quis omis. cau. te. l. si quis sub conditione. ». JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

⁽¹¹⁴⁾ « Ubi incipit penalis stipulatio a conventionē vestita obligatus est efficaciter: et ideo penalis stipulatio committitur velocissime, scilicet contra primum scilicet quando potuit dari et fuit in mora: et non dedit ubi incipit penalis stipulatio a conventionē nuda: tunc est obligatus sed ineffaciter: et ideo medio tempore committitur penalis stipulatio contra eum velocius quia ubi nullo modo erat obligatus et tardius quam ubi erat efficaciter obligatus unde committitur lite contestata. » JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

⁽¹¹⁵⁾ « Sed quaeritur super quo lis contestetur? Dicunt super nudam conventionē praecedente. Sed opponitur eis: ex nudo pacto non agitur. Dicunt ageretur de facto: sed

All'obiezione per cui neanche la penale sarebbe dovuta fuori dall'inadempimento della principale, il Révigny risponde agevolmente sul carattere novativo della *litis contestatio*. Nel caso in cui l'attore abbia azione per l'adempimento della prestazione principale, perché oggetto di un patto vestito, e voglia chiedere solo la penale, la sua domanda avrà oggetto in questa, e presupposto nel fatto dell'inadempimento della principale. La stessa struttura non può che replicarsi nel caso in cui la prestazione principale, pur voluta dalle parti, non sia stata stipulata con un patto vestito. Ne consegue che anche in questo caso la domanda avrà oggetto direttamente la penale ⁽¹¹⁶⁾. Il che presuppone però che la prestazione principale, cui pure il convenuto non sia obbligato *in iure*, gli sia stata richiesta. Un fatto che equivale, pur nell'inesistenza di un vincolo obbligatorio, a una messa in mora ⁽¹¹⁷⁾.

La stipulazione penale diventa così azionabile per il Révigny in due ipotesi: nel caso in cui l'obbligazione principale derivi da un

tunc numquam contestaretur lis: quia dicitur ei tu agis de facto, et ego repello te de facto, et sic in perpetuum lis non contestaretur. Ego resideo in hoc quod lis contestabitur super poena. Convenisti mecum nudo pacto permutare codicem cum digesto: et promisisti poenam si non permutares non visi permutare non debetur pena: quia non committitur stipulatio poenalis: ubi incipit a conventione nuda: nisi demum lite contestata super ea. » JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

⁽¹¹⁶⁾ « Dico quod agens ex stipulatione penali non habet actionem. Sed habet actionis speciem infallibilem, nam lite contestata incipit habere ius agendi ideo admittitur quod possit agere, et habet speciem actionis, licet non habeat actionem ar. infra pro socio l. actione ff. de ra. ha. l. si indebitum. Plus dicit esto quod procederet conventio vestita et subiecta esset penalis stipulatio non esset agendum principali vestita, nec debet lis contestari super principali: ideo agetur penali: quod nondum est commissum et alibi. Hoc concedit glossa et hoc habet pro mirabili quod lis non contestetur super eo quod debetur naturaliter et civiliter scilicet super principali conventione vestita: sed super eo quod non debetur, sed incipit deberi lite contestata scilicet penali stipulatione. » JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

⁽¹¹⁷⁾ « Unde dicit lex. testator legavit mihi penum: deinde dicit si heres tibi penum non dederit centum det: penus debetur: tamen non agitur ad penum: sed agitur ad penam et lis contestabitur super pena: et si passus esset heres litem contestari super pena tenebatur ad penum ff. de pe. l. prima. Quare sic erit ubi etiam praecedit conventio principalis vestita et eam sequitur penalis stipulatio. Et ratio est lex non vult quod nisi insistatur adiectis manibus iure digestorum. Si ageretur persona quia cito esset in mora tam cito ad principale esset in mora tan cito committeretur pena: et pena commissum prior obligatio sublata est, et sic pro nihilo laboraretur in prima ideo noluit lex quod ab initio ageretur super penali arg. ff. de rei ven. l. quisquis. » JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

patto vestito, e sia pertanto provvista di una tutela autonoma, essa può essere chiesta in giudizio dopo la messa in mora. Nel caso in cui serva a provvedere di efficacia un accordo non azionabile in sé, essa può essere chiesta direttamente in giudizio, allegando la richiesta stragiudiziale di adempimento della principale, un'*interpellatio* che tiene luogo della mora ⁽¹¹⁸⁾. La differenza tra le due ipotesi è questa: se la stipulazione penale diventa azionabile con la mora, il debitore non può liberarsi offrendo la prestazione principale; se, al contrario, essa diviene azionabile con la *litis contestatio*, il debitore può liberarsi prima che questa avvenga adempiendo alla prestazione principale in un congruo termine e sempre che questa possa essere oggettivamente ancora di interesse per il creditore. Ovviamente, la penale può diventare esigibile con la semplice *interpellatio* anche nel caso derivi da un patto vestito: anche in questo caso il debitore può liberarsi *ante moram* che, come tale, può costituirsi solo sull'inadempimento della prestazione principale. La differenza tra le due ipotesi non corre quindi sulla diversa azionabilità dell'obbligo principale, ma sulla scelta dell'attore di chiedere solo la penale o meno, possibile solo nel caso in cui la convenzione sulla principale sia dotata di tutela autonoma ⁽¹¹⁹⁾.

L'unica differenza rilevante è dunque per il Révigny quella tra la

⁽¹¹⁸⁾ « Dico ergo quod committitur stipulatio penalis duobus casibus vel lite contestata super penali, vel mora commissa et in principali. Si facta interpellatione de dando eo quod deductum est in stipulatione extra iudicium ita quod mora sit contracta: nec distinguitur utrum incipiat penalis stipulatio a conventione nuda vel vestita, nec reperitur lex quae ita distingat et quod per interpellationem extra iudicium super conventione nuda committitur penalis stipulatio probatur. Lex ponit talem casum. Servus promisit decem: et sic est naturaliter obligatus. Dedit fideiussorem qui sic dixit. Si principalis non dederit ego dabo tantum nomine pene. Dicitur in legem quod committitur stipulatio penalis si interpellatus fuerit servus extra iudicium ff. de fideiuss. l. fideiussor in finem legis. Sic ergo dico quod penalis stipulatio committitur dupliciter, vel lite contestata super principali, vel interpellatione facta super principali etiam nuda extra iudicium valet concurrentibus hiis qui exiguntur ad moram contrahendam. ». JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

⁽¹¹⁹⁾ « Videtur tamen eo casu scilicet ubi per interpellationem extra iudicium committatur quod post poenam commissam posset se liberare dando rem tribus concurrentibus si intra modicum tempus et si non interest actoris et lite non contestata super principali non sunt ergo nisi duo membra scilicet ubi stipulatio penalis incipit a conditione vel a conventione: quia non facio differentiam utrum a conventione nuda vel vestita ut dictum est. » JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

stipulazione penale che prende argomento da una condizione e quella accessoria a una convenzione, poiché nel primo caso la penale diventa esigibile quando la prestazione principale è certo che non possa essere più adempiuta, mentre nel secondo diventa esigibile una volta richiestone stragiudizialmente l'adempimento ⁽¹²⁰⁾.

La diversa disciplina riposa su una diversa funzione della penale, che nel caso in cui sia accessoria a una convenzione ha lo scopo di disincentivare l'inadempimento dell'obbligazione principale, aspetto che non può ovviamente ravvisarsi ove la penale sia posta per spingere a una prestazione alternativa ⁽¹²¹⁾. La conclusione del Révigny è che se nella stipulazione penale che trae argomento da una condizione non si può parlare di mora rispetto a un obbligo che ancora non è sorto, tuttavia se ne può parlare rispetto a ciò che ha comunque costituito l'accordo delle parti ⁽¹²²⁾.

La tesi della validità della *stipulatio poenae* come contratto autonomo sotto condizione dell'inadempimento viene fatta propria da Pierre de Belleperche e diviene ciò che negli apparati successivi

⁽¹²⁰⁾ « Sed quaeritur quae est causa diversitatis quod ubi penalis stipulatio incipit a conditione committitur deinde quando certum est non posse dari, sed quando incipit a conventione nuda vel vestita, tunc committitur lite contestata super ea vel interpellatione facta super principali: ita quod mora sit contracta. » JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

⁽¹²¹⁾ « Dicendum ubi incipit a conditione spectamus eventum conditionis, et ideo quando certum est non posse impleri conditionem, tunc demum committitur penalis stipulatio. Sed ubi incipit a conventione: promitto tibi stichum et si non dederò stichum dabo decem nomine pene in principali conventione promitto tibi dare stichum, intelligitur cum potero. Nam poenalis stipulatio que subiicitur iuxta conventionem precedentem subiungitur in pena morosi: sed ubi incipit penalis stipulatio in penam morosi quia in obligatione conditionalis non potest mora committi, et imò non inspicimus eventum conditionis. Sed ubi a conventione nuda vel vestita inspicimus moram, unde lite contestata super penali obligatione vel interpellatione facta extra iudicium concurrentibus hiis que ad moram exiguntur committitur penalis stipulatio. ». JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

⁽¹²²⁾ « Sed opponitur et ostenditur quod ubi incipit penalis stipulatio a conventione nuda quia per interpellationem factam super nuda conventionem non possit mora contrahi: et sic nec illo modo pena committitur et arguitur sic. Ubi nulla petitio ibi nulla mora, ut ff. de re. fur. l. ubi nulla est mora, sed ubi conventio est nuda ibi nulla est petitio: quia ex pacto nudo non agitur. Dicendum ubi nulla petitio ibi nulla mora, verum est quantum ad illud de quod est petitio, sed quantum ad illud scilicet ut promittatur stipulatio super penali bene est mora, et est exemplum in casu l. praeall. ff. de fideius. l. fideiussor obligari. ». JACQUES DE RÉVIGNY, *ibidem*.

rappresenta la tesi dei *doctores Ultramontani*, contrapposta alla tesi della Glossa Magna sul punto dell'azionabilità *in factum* dell'obbligazione naturale derivante dal patto nudo ⁽¹²³⁾. Seguendo l'opinione del Révigny, anche Pierre de Belleperche conclude per l'esigibilità dell'obbligazione alla penale dopo la costituzione in mora ove la prestazione principale nasca da una *nuda conventio* e dopo la richiesta stragiudiziale dell'adempimento, nel caso nasca da una condizione ⁽¹²⁴⁾. Se il problema è, per come segnalato dalla Glossa, trovare il mezzo per escludere che il creditore possa chiedere tanto l'adempimento della stipulazione principale, quanto della penale, la soluzione non può consistere nell'impossibilità di adempiere, che potrebbe in concreto non avvenire mai, ma nella formale richiesta al debitore, che traduce qualsiasi schema di questo tipo in un'obbligazione alternativa ⁽¹²⁵⁾. Tanto nel caso in cui la stipulazione penale sia una condizione all'interno del negozio principale, tanto nel caso

⁽¹²³⁾ « Secundo opponitur, dicit, si stipulatus sum, quod sibi domum facies, et si non faceres, stipulatus sum mihi poenam, valet. Contra, ista poenalis stipulatio contracta est sub conditione, si domum non feceris, sed ex stipulatione conditionali, non possum agere ante conditionem, et ita opponitur Instituta, eod. § ex conditionali. Dicit glossa, ego respondeo, imo licet principalis stipulatio non tenet, cum tamen de facto agam, et committitur poenalis, sic dicit glossa, ubi nuda est conventio, agere possum super nudam conventionem, et committitur, C. de contrahenda et committenda stipulatione l. nuda. Ista sententia non est vera. ». PIERRE DE BELLEPERCHE, *Commentaria in digestum novum*, ed. 1571, r.a. Bologna, Forni, 1968 *ad l. stipulatio ista § alteri n. 7*.

⁽¹²⁴⁾ « Scire debetis, ubi poenalis stipulatio incipit a precedente conditione, non committitur, nisi certum fuit, quod non dederit, vel non fecerit: Verbi gratia, dico, vel non dabo tibi Stichum, promitto tibi centum, hic non committitur donec certum fuerit, quod non possum dare, quandoque poenalis stipulatio incipit a praecedente conventionem, et tunc, aut conventionem vestita, et tunc in mora est constitutus promissor, committitur, dico, promittis tali Stichum, et si non dederis, promittis mihi decem interpellato te, ut sibi solvas, committitur poenalis, et sic loquitur hic. Aut conventionem nuda, et tunc lite contestata committitur, ut infra eadem § qui ita stipulatur, ubi videbitis, dicit ergo, quod super principali de interpellando, quod non possum petere, et ubi nulla petitio, ibi nulla mora, ut infra eodem l. pupillus, et infra de regulis iuris l. nonnulla. ». PIERRE DE BELLEPERCHE, *ibidem*.

⁽¹²⁵⁾ « Advertatis, glossa intelligeret sic, non agam ex principali, ut impleatur quod est mea, sed quantum ad alium esset, cum possum agere, ut tu constitueris in mora, unde quantum ad alium effectum agam ex poenali, et committitur lite contestata, sicut alias, ubi a nuda conventionem incipit poenalis, agitur antequam competat, ut in l. alleg. nuda, et infra rem ratam haberi l. si indebitum. De ista materia tractabo vobis ad plenum, infra eod. l. ita stipulatus, et non facio hic nisi tangere. » PIERRE DE BELLEPERCHE, *ibidem*.

in cui sia stata posta in essere separatamente, lo schema funzionale è lo stesso: quella al pagamento della penale è un'obbligazione autonoma, che trae causa dall'inadempimento e si sostituisce alla prestazione principale come oggetto della domanda del creditore.

8. *Unitarietà del contratto a favore di terzo assistito da penale e id quod interest in Pierre de Belleperche.*

Acquisito ormai questo risultato definitorio, l'accento si sposta nella riflessione di Pierre de Belleperche su altri problemi. Il primo: se la stipulazione principale e la stipulazione penale costituiscono un unico negozio, in che termini esso può diventare illecito a causa della penale?

È il problema della penale che eccede il limite legittimo delle *usurae*. Il problema di fondo è quello già affrontato dai Glossatori: se nella *stipulatio alteri*, valida perché assistita da una stipulazione penale, non si deve verificare l'interesse dello stipulante alla prestazione principale, come impedire che la prestazione accessoria a una somma di denaro superi la rilevanza della prestazione principale, tanto da non avere alcuna relazione con la prima? La tesi che precipita nella Glossa Magna è quella dell'autonomia tra le due *stipulationes*: due contratti indipendenti che, se contenuti nello stesso negozio, traggono mutua validità da questa circostanza. Un limite all'importo della penale poteva essere recuperato, in questa concezione, solo su un parametro oggettivo, quello del quadruplo del valore della prestazione principale ⁽¹²⁶⁾.

Per il giurista francese, la posizione di un limite oggettivo all'importo della penale non può trovare riscontro nel Corpus Iuris. Le ipotesi di limite *usque ad quadruplum* sono per lui tutte ipotesi speciali, non estensibili in una regola generale ⁽¹²⁷⁾. Un limite non

⁽¹²⁶⁾ « Quarto opponitur, dicis tu, si promittis mihi quod talis dabit Stichum, et si non dederis, promittis mihi poenam, possum stipulari: contra, poena non debet excedere quadruplum, et sic opponitur Instituta de actio. § omnes C. de sponsalibus l. ulti. Ad finem. ». PIERRE DE BELLEPERCHE, *ibidem*.

⁽¹²⁷⁾ « Respondeo, supra de evictione potest usque ad quadruplum stipulari, ergo ultra quadruplum non potes, non est verum, nec sequitur, ad l. istam C. de sponsalibus

può essere trovato nella distinzione tra pena legale e pena convenzionale, né nel fatto che la pena sia determinata in una misura fissa o in una proporzione con il valore della prestazione principale ⁽¹²⁸⁾.

La fattispecie deve essere ricostruita diversamente, partendo dall'ipotesi su cui si fonda la validità della stipulazione a favore di terzo: la sua neutralità rispetto a un divieto espresso dall'ordinamento. Una *stipulatio*, nella visione del Belleperche, non è contraria alla legge solo se il suo oggetto è vietato, ma anche se, pur avendo un oggetto consentito, viene posta in essere per una finalità contraria all'ordinamento. Ne consegue che l'apposizione di una penale a una stipulazione lecita può tradursi in un contratto illecito, in funzione della contrarietà al divieto delle usure dell'importo della penale ⁽¹²⁹⁾. Vero dunque che la stipulazione in favore di terzo è in sé *praeter*

l. ultim. Respondeo, ibi est speciale favore matrimoniorum, quae libera debent esse, ut infra eo. l. Titia, et C. de repu. l. neq. ». PIERRE DE BELLEPERCHE, *ibidem*.

⁽¹²⁸⁾ « Dicit glossa, respondebitis, ut C. de sententiis quae pro eo quod interest l. unica. Aut poena promissa fuit per verba quantitatis, aut per verba quotitatis, si per verba quantitatis, tunc quantacumque fuerit, potes stipulari, ut hic, si mille vel duo milia vellem stipulari, ut hic, quandoque promittitur per verbum quotitatis, ut promittis simplum, duplum, quadruplum, et tunc non potest quadruplum excedere, ut in l. contraria, et probatur supra de evict. l. si tamen. Ista sententia a Modernis reprobat, dico, ista sententia est sine ratione. Et idem est si quaeras, ad quam quantitatem possum stipulari, refert, aut quaeris de poena legali, aut de poena conventionali, si de poena legali, non potest quadruplum excedere rei, sic in actione furti manifesti, et sic loquitur l. contraria, aut quaeris de poena conventionali, et potest quadruplum rei excedere, et valet quantacumque fuerit apposita, et sic loquitur hic, ad l. allegat. si dictum. ». PIERRE DE BELLEPERCHE, *ibidem*.

⁽¹²⁹⁾ « Quaerit glossa, quid volunt ista verba dicere, inspicitur, quae sit conditio stipulationis? Ecce, quia si turpis rei fuerit stipulatio, quod est poenalis stipulatio interposita, et non valet, ut infra eod. l. stipulatio hoc modo, sed si principalis non fuerit turpis, ut stipulor domum fieri, tunc valeret, unde stipulatio, quandocumque interponitur turpiter, quandocumque ob turpem causam, quandocumque stipulatio est turpis, de hoc dixi supra eod. l. generaliter, quandocumque neque interponitur turpiter, nec turpem causam continet, et tunc, aut est contra legem, aut secundum legem, aut propter [praeter] legem. Si est secundum legem, tunc utraque valet, ut puta, promittis mihi librum tuum, alias promittis mihi decem. In casu isto valet stipulatio, ut supra tit. l. obligationum, ad finem. Quandocumque est contra legem, quia l. eam reprobatur, tunc nec valet principale, nec poena apposita tenet, ut supra eod. l. stipulatio hoc modo, et infra de regulis iuris l. cum principalis et l. cum principale, quandoque sit praeter legem, ut ibi, alii dari stipulor, in casu isto principalis non tenet, sed poenalis, sicut hic sequitur et inspicitur. ». PIERRE DE BELLEPERCHE, *ibidem*.

legem, ma può diventare *contra legem* per l'importo smodato della penale, privo di qualsiasi relazione col valore della stipulazione principale.

Un limite all'importo della penale non può pertanto essere ricostruito in termini strutturali, ma unicamente in termini funzionali, analizzando la fattispecie creata dalle due stipulazioni nel suo complesso ⁽¹³⁰⁾. Questa fattispecie è indivisibile: nel caso in cui la penale fosse espressa non in una somma di denaro, ma in una prestazione alternativa in *facere*, anche in questo caso occorrerebbe valutare se la prestazione alternativa eccede il limite delle usure ⁽¹³¹⁾. Stante l'unitarietà del contratto che viene a crearsi nella relazione tra la stipulazione principale e la penale, quest'ultima potrà essere chiesta solo nei limiti in cui non superi il valore che il creditore annette alla prestazione principale, trasformandosi così in un'usura ⁽¹³²⁾. L'ulteriore conseguenza è nello smentire il presupposto di fondo della Glossa: anche nell'ipotesi di stipulazione penale

⁽¹³⁰⁾ « Opponitur ulterius, dicitur, si stipulor alteri, possum poenam adicere quantumcumque voluero: contra, quandocumque poenalis stipulatio subiicitur, dationi pecuniariae, in eo, in quo legitimum modum usurarum excedit, non valet, quia, et c. ut supra de actio. empt. l. Iulianus § ibidem. Plus hodie iure nostro usurae sunt reprobatae, secundum glossam, ut C. de usur. l. inter, ad hoc in Authentica, de Ecclesiast. tit. § i colla. octava. Respondebitis, verum est iure poenalis stipulatio ultra modum legitimum, et c., non valet, si stipulatus sum mihi centum, et stipulor, quod est ultra modum legitimum usurarum falsum est, quod non est obligatio dandi, sed faciendi, quantum ad me, et ideo bene valet, ubi consistit usurarum fore, ut C. de actio empti l. Lucius ». PIERRE DE BELLEPERCHE, *ibidem*.

⁽¹³¹⁾ « Hodie reprobatae sunt regulariter iure nostro, pone, mutuavi tibi decem et conveni, ut mihi tertia die solveres, et si non solveres, stipulatus sum a te librum scribi, pone, librum scribere excedit modum legitimum, nunquid tenet? Videtur quod non, quia indivisibilis est. ergo, et c. ut argument. infra eodem l. non autem, et supra de aqua pluv. arcenda l. i § item variis. ». PIERRE DE BELLEPERCHE, *ibidem*.

⁽¹³²⁾ « Breviter ego credo contrarium, imo ad totum factum committitur, sed in eo, quod est ultra modum legitimum, non petetur, probatur per l. totum legatum praestabitur, ut supra de legat. secundo cum filius: pone, stipulor equum, qui valet ultra modum legitimum, valet in eo, in quo non excedit modum legitimum, et probatur in donatione mea, quae est ultra legitimum modum, non valet in alio sic, ut C. de donat. l. sancimus § 1 e § 2 sancimus. Ergo, ubi speciem promisit in eo, quod excedit, non valet, quis ergo speciem habebit, vel stipulator, vel promissor? Breviter credo, maiorem partem conspici, ut in l. allegat. ». PIERRE DE BELLEPERCHE, *ibidem*.

occorre verificare l'interesse dello stipulante a che la prestazione sia data al terzo ⁽¹³³⁾.

Il problema non è trovare un limite alle *usurae*, ma rappresentare questa ipotesi nell'unità del negozio tripartito di sostituzione, centrato sull'interesse dello stipulante. Se si accoglie una nozione unica di *id quod interest*, basata sulla congruità tra le prestazioni cui le parti di un contratto si obbligano, anche non reciprocamente, per come nella concezione del Belleperche, si ha come conseguenza che la stipulazione penale altro non è che una determinazione pattizia dell'*id quod interest*, il quale deve essere tuttavia valutato al tempo dell'inadempimento per accertare la prestazione che il debitore deve corrispondere a titolo di sanzione ⁽¹³⁴⁾. Una cosa è l'interesse come elemento strutturale della fattispecie complessa di cui la penale è parte, altra cosa è l'*id quod interest* quanto alla disciplina degli effetti del risarcimento per l'inadempimento rispetto alla prestazione da fare al sostituito, e quindi come elemento funzionale. Sul primo profilo, la presenza di un interesse specifico dello stipulante a che una prestazione sia data a un terzo estraneo deve essere accertata dal giudice *quoad poenam committatur*, ossia per stabilire se la stipulazione penale sia validamente posta.

Belleperche distingue tre ipotesi. La penale può esser così

⁽¹³³⁾ « I. ista dicit, quod in poenali stipulatione non inspicitur an intersit, secus est in pacto nudo, non committitur, nisi intersit, supra de servis exportandis l. si ea et l. et sic. C. de usuris l. quamvis, dico, non est verum, imo potest apponi, C. de pactis inter empti. et vend. l. initio, fallit in pecunia numerata, ut in l. allegat. quamvis, item, ubi quis servum vendit, et convenit, ne in Provincia moraretur: Contra, non committitur, cum non intersit, et c. ut supra de servis exportandis l. servus. ». PIERRE DE BELLEPERCHE, *ibidem*.

⁽¹³⁴⁾ « Dicunt alii, et hoc habet colorem, ubi quis promisit fieri opus sine poenae adiectione, non potest agi ad interesse, quousque totum tempus transierit, sed ubi adiecit poenam, statim ad poenalem stipulationem potest agi, ex quo interest, et sic est hic, non potest agi ad interesse, quousque interest, non potest agi ad totalem interesse. Sed ubi promisit poenam, statim potest agi, supra e.l. stipulatio ista § alteri et supra e. l. tertia et potest probari secundum eos, infra eodem, cum stipulatus essem a procuro, tunc opponitur contra solutionem. Lex ista non facit mentionem de poenae adiectione, sed dicit, statim cum in mora fuit promissor, inchoandi agitur, dicunt ipsi, repere, ubi poena fuit promissa propter unitatem scripturae, arguent. Supra de legat. primo l. servuus plurium, ad finem ». PIERRE DE BELLEPERCHE, *Commentaria in Digestum Novum, in l. stipulationes non dividuuntur*.

apposta *loco interesse*, al solo scopo di predeterminare questo elemento di difficile prova in concreto, e in questo caso — tipico delle obbligazioni ad un *facere* — essa potrà essere richiesta per tutto il suo importo, senza che l'attore debba dare prova del suo interesse alla prestazione principale, ma questi si esporrà all'*exceptio doli mali* del convenuto, che potrà essere ammesso a provare che quell'interesse alla prestazione di un'opera da parte del solo obbligato e non di un terzo non esiste, e che pertanto non esiste neanche la legittimazione a chiedere la penale ⁽¹³⁵⁾.

Diverso il caso in cui la penale è apposta *loco contemptus*, ossia per l'inadempimento di un'obbligazione valida — come quella di rispettare il lodo arbitrale — la quale sarebbe in sé sanzionabile in forma specifica: in questo caso, il creditore può chiedere il pagamento della penale in solido con l'adempimento forzoso dell'obbligazione principale, poiché la penale assume qui la veste non di un risarcimento, ma di una sanzione aggiuntiva ⁽¹³⁶⁾.

La *stipulatio alteri* assistita da una penale rientra in una terza ipotesi: la poena *loco facto*. Qui la penale non ha la funzione di predeterminare l'interesse, ma di sanzionare un puro inadempimento. Essa può quindi essere richiesta *in totum* senza che l'attore debba dare prova del suo interesse, e il convenuto non potrà respingere questa pretesa sul piano della *petitio*, della legittimazione all'esercizio in via giudiziale del diritto ⁽¹³⁷⁾. Potrà però limitare o

⁽¹³⁵⁾ « Breviter, pro evidētia huius, Vos distinguēris sic. Utrum stipulatio poenalis committitur ei, cuius non interest, et tunc refert. Aut poena est apposita loco interesse: aut loco contemptus: aut nec loco contemptus, nec loco interesse, sed cuidam facto apponitur. Si loco interesse apponitur, verbi gratia, in obligationibus faciendi, succedit interesse,...in obligationibus faciendi, succedit interesse..... Pone ergo, promittis mihi facere domum, volo ut poenam promittas, quia difficile est probare interesse, in casu isto dico, stipulatio committitur ipso iure, etiamsi non intersit, dum tamen fueris in mora faciendi, sed per exceptionem petens removebitur, ex quo sua intersit, probatur hoc, promissisti me non impedire, decedo duobus haeredibus relictis, unus de haeredibus impeditur, in casu isto poenalis ipso iure committitur, tamen quia non interest exceptio doli mali repelluntur si agant... ». PIERRE DE BELLEPERCHE, *ibidem*.

⁽¹³⁶⁾ « Aut poena erat apposita loco contemptus, ut est in arbitris, compromissum in arbitrum, et si non stes, promittis poenam, in casu isto, sive interest sive non, committitur in solidum, et cum effectu,... ». PIERRE DE BELLEPERCHE, *ibidem*.

⁽¹³⁷⁾ « Quandoque ponitur poena, non loco contemptus, nec loco interesse, sed cuidam facto, Verbi gratia, dico, promittis tu Titio decem, cui Titio, non mea interest

escludere la pretesa dell'attore sul piano dell'*exactio*, ossia della quantificazione della penale rispetto all'interesse del creditore pregiudicato dall'inadempimento. Questa valutazione va operata sul secondo profilo, ove l'*id quod interest* attende di essere accertato dal giudice *ut in effectu exigatur*, per stabilire cioè in che termini l'inadempimento del debitore abbia concretamente leso le ragioni del creditore, che non possono essere considerate in astratto, poiché si smentirebbe proprio il dato della congruità tra prestazioni su cui si fonda la certezza di un contratto ⁽¹³⁸⁾.

9. *Unitarietà del negozio di sostituzione e ruolo della stipulazione penale in Odofredo e Cino da Pistoia.*

La ricostruzione dell'*alteri stipulari* nel segno dell'unicità del negozio tra stipulazione principale e stipulazione penale caratterizzerà taluni apparati successivi. Per Odofredo, quando una stipulazione penale interviene sia in funzione di garanzia alternativa dell'adempimento dell'obbligo di una stipulazione, quanto come unico modo per dare efficacia a una convenzione non obbligatoria, si realizza un negozio complesso, fatto di due oggetti funzionalmente collegati nello stesso contratto ⁽¹³⁹⁾. Questa *stipulatio duplex* può iniziare tanto da una convenzione non azionabile quanto da una condizione. Le due forme divengono quindi modalità alternative di

dari, et si non dederis, promittis mihi centum nomine poenae? In casu isto poenalis non apponitur loco interesse, nec contemptus, dico ista committitur in totum, quamvis non intersit, nec me per exceptionem potes repellere, et sic intelligo § alteri alleg. ». PIERRE DE BELLEPERCHE, *ibidem*.

⁽¹³⁸⁾ «Ista solutio non placet, nam dicit lex ista, quod poenalis stipulatio fuit subiecta, ideo in poenali non inspicitur, intersit vel non, verum est, ut committatur, unde tamen inspicitur, intersit vel non, ut in effectu exigatur, et ideo non potest habere locum solutio praedicta, et quod hoc sit verum, dixi supra e. l. secunda et videbitis infra eod. Cum stipulatus abs te. ». PIERRE DE BELLEPERCHE, *ibidem*.

⁽¹³⁹⁾ «Et quaestio prima est talis. Dixit ipse (Azo) quaero stipulatio penalis committitur et quando stipulatio committitur et quando stipulatio sit in eo statu ut cum effectu possit agi ex ea? Et circa articulum istum ita distinguo. Stipulatio alia simplex alia duplex. Stipulatio simplex est in quam deducitur unum tantum puta aliquid dari vel fieri nec adiutio penam. Stipulatio duplex est cum stipulor dari vel fieri et si non dabitur vel non facies: stipulor penam. » ODOFREDO, *in primam Codicis Iustiniani, ad l. Si pacto C. de pactis*.

costituzione dello stesso contratto complesso. Nella *stipulatio simplex* l'apposizione di un termine o di una condizione influisce sull'esigibilità dell'obbligazione ⁽¹⁴⁰⁾. Nella *stipulatio duplex* la condizione tiene luogo della convenzione nella struttura obbligatoria del contratto complesso, che può presentarsi in due forme diverse ⁽¹⁴¹⁾. Se esso trae argomento da una convenzione vestita, azionabile autonomamente, la penale diviene obbligatoria al momento dell'ina-
dempimento, o al momento in cui l'adempimento è divenuto impossibile ⁽¹⁴²⁾. Se esso trae argomento da una convenzione non autonomamente azionabile, la penale diventa obbligatoria con la *litis contestatio*. È indifferente che questa abbia a oggetto la prestazione principale o la penale. Entrambe non sono obbligatorie, e la *litis contestatio*, se non può conseguire l'effetto di una sentenza favorevole alla domanda dell'attore, serve solo a conseguire gli effetti della costituzione in mora ⁽¹⁴³⁾. Per l'effetto, il debitore potrà liberarsi adempiendo alla principale; se non lo fa, potrà essere citato con

⁽¹⁴⁰⁾ « In primo casu: cum stipulatio est simplex: aut contrahitur pure et tunc statim committitur, sed statim non potest agi antequam elapsus fuit unum tempus intra quod promissor possit dare vel facere quod potest magis intellectu percipi quam locutione exprimi ut inst. de v.o. in finem et ff. de solu. Ratum et l. quod dicimus. Si autem stipulatio contrahitur in diem vel sub conditionem committitur et agitur elapso die vel conditione, ut ff de v.o. § conditionali. » ODOFREDO, ibidem.

⁽¹⁴¹⁾ « In secundo casu, quando stipulatio est duplex hic refert aut stipulatio penalis incipit a praecedenti pactione aut a conditione. In precedenti pactione si promittis aliquid dare vel facere et si non das vel facias promittis penam: incipit stipulatio a praecedente conditione si stichum non dederis, penam dabis. ». ODOFREDO, ibidem.

⁽¹⁴²⁾ « Ubi obligatio incipit a praecedenti pactione refert aut praecedens pactio est obligatoria: puta pactum vestitum ei ut quod promisisti per stipulationem aliquid dare et si non dares promisisti dare penam: hoc casu committitur stipulatio ex quo debitor non dedit, vel ex quo certum est eum non posse dare....haec verba sunt si interveniunt ea quae necessaria sunt ad debitorem constituendum in mora primo quod debitor intelligat se debere vel intelligere debeat et quod modicum spacium procedat. ». ODOFREDO, ibidem.

⁽¹⁴³⁾ « Si autem obligatio incipit a praecedenti pactione non obligatoria puta a nudo pacto ut erat hoc, quod primo nudum pactum fuit appositum de permutando et postea stipulatio fuit secuta: hoc casu non committitur stipulatio nisi lite contestata....Sed an committitur lite contestata super pacto permutationis aut lite contestata super stipulatione penalis? Potest esse quod committetur pena facta lite contestata super permutationem faciendam quia conveniam te ex pacto permutationis si non vis permutare lite contestata statim est commissa stipulatio poenalis....Sed quomodo lite contestata

l'azione che si è venuta a creare per l'effetto costitutivo della *litis contestatio* ⁽¹⁴⁴⁾. Nella seconda ipotesi, ove il contratto complesso tragga argomento da una condizione, la penale sarà esigibile con l'avveramento della condizione ⁽¹⁴⁵⁾.

Una regola che però trova un'importante eccezione nella penale accessoria alla condizione di dare a un soggetto estraneo al contratto. Qui la condizione penale è naturalmente implicita alla stipulazione a favore di terzo, e pertanto anche qui la penale diventa obbligatoria non appena contestata la lite, altrimenti l'adempimento dell'obbligo sarebbe procrastinabile all'infinito ⁽¹⁴⁶⁾.

Questo approccio al problema è indicativo di un mutamento di prospettiva. Il punto dell'azionabilità di un'obbligazione naturale attraverso la stipulazione penale scompare praticamente dagli apparati dei giuristi che seguono una concezione soggettiva dell'*id quod interest*. Cino da Pistoia, che pure non offre soluzioni proprie, restituisce il problema attraverso due questioni, che prescindono totalmente dall'obbligatorietà o meno della convenzione principale.

super permutatione facienda committitur stipulatio penalis? Cum nemo sine actione experiatur ». ODOFREDO, *ibidem*.

⁽¹⁴⁴⁾ « Responde licet sine actione non possit experiiri quis ut sententiam consequatur vel ut reus condemnetur: potest tamen quis experiiri de facto ut adversarium constituat in mora: quia petam ab adversario ut permutet: licet lite contestata non assequar ut eum condemnetur iudex per sententiam: tamen assequar bene ut constituatur in mora sic et alibi est videre si promittis dare decem cum petiero, et si non dederis promittis penam nam haec petitio operatur commissionem...Item si promittis mihi cappam tuam, et si non dederis promittis mihi penam: certe hic non possum contestari super cappa tua nisi de facto cum sit tua cappa lite contestata committitur stipulatio de facto. Vel possum dicere quod committatur stipulatio lite contestata super pena. Unde formabo ita libellum peto a te decem nomine pene: quia non vis digestum tuum cum codice meo permutare. Hoc casu antequam contestetur litem liberabis si tradas. ». CINO DA PISTOIA, *Lectura super Codicem*, ed. 1578, l. *si pacto C.de pactis*.

⁽¹⁴⁵⁾ « Si autem stipulatio penalis incipit a condicione hac regulariter committitur impleta conditione et dicitur impleta conditio cum est certum promissorem non dedit nec amplius dare posse. ». CINO DA PISTOIA, *loc. ult. cit.*

⁽¹⁴⁶⁾ « Et fallit in quattuor casibus. Fallit in implicitis stipulationibus: si ita promitto tibi si titio non dederò, dabo tibi: hic committitur lite contestata nam sicut in implicitis fallunt regulae logicorum, item et legistarum. Et est ratio ne res abirent in infinitum. Nam si nos servaremus regulam: quod committeretur domum ex quo certum esset dare non posse vel facere: in infinitum spectaremus. ». CINO DA PISTOIA, *ibidem*.

La prima concerne l'azionabilità della penale, la seconda le condizioni di purgazione della mora.

Circa il primo punto, la questione si riduce al perché la penale divenga azionabile immediatamente quando l'obbligo principale è oggetto di convenzione rispetto a quando è contenuto in una condizione della stipulazione penale ⁽¹⁴⁷⁾. Il secondo punto fornisce al problema una nuova dimensione. La Glossa, riprendendo l'opinione di Azzone e di Giovanni Bassiano, propendeva per la impurgabilità della mora rispetto all'inadempimento della stipulazione penale ⁽¹⁴⁸⁾. Questa opinione era contrastata da Jacques de Révigny, sul presupposto che, ove si fosse accettato che dalla mora nascesse un nuovo vincolo obbligatorio, novativo del titolo originario, la mora rispetto a questo si sarebbe potuta purgare nelle forme ordinarie, mentre, ove si fosse accettata la tesi contraria — del carattere non novativo della mora — l'obbligazione originaria si sarebbe potuta adempiere nella sua forma fino alla sentenza di condanna ⁽¹⁴⁹⁾.

Cino distingue le diverse ipotesi sulla struttura del rapporto tra stipulazione principale e stipulazione penale. In alcuni casi la mora produce una nuova obbligazione, attraverso la novazione del titolo principale. Nei casi in cui ciò non accade, la mora non è purgabile, ma perché ciò cui il debitore è tenuto è sempre e solo la prestazione principale. Quando la mora produce una nuova obbligazione, occorre distinguere se questa viene lasciata inadempita per colpa del debitore o senza colpa. Nel primo caso si può sempre purgare

⁽¹⁴⁷⁾ « Primum est quare citius committitur, quando incipit a praecedenti conventionem, quam committatur quando incipit a praecedenti conditione? Responde quod citius debet committi, quando committitur propter illud quod est in obligatione, quam tunc committatur propter illud, quod non est in obligatione, sicut per illud quod incipit a praecedenti conditione.. ». CINO DA PISTOIA, *ibidem*.

⁽¹⁴⁸⁾ « In hoc fuerunt controversiae inter glossatores nostros et fuerunt tres opiniones, ut patet in eadem glossa. Sed Ioannis et Azo distinguunt: aut quaeritur de stipulatione simpliciter, et ista potest purgari tribus concurrentibus, scilicet si lis non sit contestata, intra modicum tempus, et si non intersit actoris: aut quaeritur de poenali, et tunc si commissum est in perpetuum non purgatur ». CINO DA PISTOIA, *ibidem*.

⁽¹⁴⁹⁾ « Quare ipse dicit, aut ex mora non succedit nova obligatio, et tunc potest purgari, usque ad sententiam per praedicta iura, aut succedit nova obligatio, et tunc si quidem per lege nova obligatio inducatur, tunc verum est, quod purgari potest illi tribus concurrentibus. ». CINO DA PISTOIA, *ibidem*.

la mora, nel secondo occorre verificare se la penale sia o meno alternativa alla principale. Nel primo caso, la mora non è purgabile, nel secondo sì ⁽¹⁵⁰⁾. La terza questione è la novazione della stipulazione principale da parte della penale. Nel caso in cui entrambe le stipulazioni siano obbligatorie ⁽¹⁵¹⁾, occorre verificare se la penale contiene un'obbligazione più ampia di quella principale: se la stipulazione accessoria è meno ampia, la novazione non si produce, se più ampia, la penale importa la novazione della principale ⁽¹⁵²⁾.

Una disciplina che origina dalla concezione dell'*id quod interest*. Cino dibatte variamente le dottrine dei Glossatori e degli Ultramontani, utilizzando anche l'opinione di Dino da Mugello, per riprendere sostanzialmente le conclusioni di Pierre de Belleperche sull'*id quod interest* come solo interesse *singulare* del creditore, predicato nella categoria oggettiva dell'*utilitas*. Dal Belleperche egli recupera soprattutto la distinzione tra interesse *intrinsicum* e *extrinsicum*, per tracciare in termini simili il rapporto tra *poena* e *interesse* nella

⁽¹⁵⁰⁾ « Quando quaeritur, nunquid mora commissa possit purgari, distinguo: aut propter moram succedit nova obligatio, aut non, si non succedit, ut quia promissisti dare, es in mora, semper teneris ad dandum, tunc bene potest purgari usque ad sententiam..., aut succedit nova obligatio, tunc aut ex culpa aut ex mora, si ex culpa perpetuo purgari potest..., tunc refert: aut illud quod venit in nova obligatione quae succedit, una cum principali potest peti aut non. Primo casu numquam purgatur. Verbi gratia, stipulor quolibet mense nomine usurarum decem isto casu numquam purgatur...aut non potest una cum principali exigi...isto casus ive per legem, sive per hominem obligatio nova succedit purgari potest tribus praemissis concurrentibus.. ». CINO DA PISTOIA, *ibidem*.

⁽¹⁵¹⁾ Il caso opposto è quello di un *pactum de non petendo* assistito da stipulazione penale, ove l'obbligazione principale è liberatoria.

⁽¹⁵²⁾ « Secundo casu, aut stipulatio poenalis minus continet quam principalis conventio, omni consideratione, et tunc non novatur, quia non est verisimile, quod aliquis velit propter minus recedere a maiori..aut stipulatio poenalis tantum continebat, quantum principalis, et tunc refert: aut ambae conventiones conceptae sunt de eadem re, aut de diversis. Si de eadem re, ut quia debes mihi decem ex vendito, et si non dares promissisti mihi decem, in casu isto sit ipso iure novatio...aut sunt conceptae super diversis rebus, et tunc aut contractus est bonae fidei, aut stricti iuris. Si bonae fidei non novatur...Si est stricti iuris, at sunt conceptae in eadem persona, aut in diversis, si in diversis tunc prima non tollitur nisi agatur...quia isto casu sunt dissimiles in duobus, in re, et in persona: et ideo difficilior est translatio...Aut concipiuntur in eadem persona, et tunc ipso iure praesumitur fieri novatio.. ». CINO DA PISTOIA, *ibidem*.

stipulatio alteri facta ⁽¹⁵³⁾. Cino definisce l'*interesse intrinsecum* non come qualità naturale intrinseca della cosa, ma come qualità giuridica che segue la cosa in ogni suo trasferimento, come nel caso del servo istituito erede, che porta con sé un diritto che si perfeziona nel patrimonio del padrone ⁽¹⁵⁴⁾. L'*interesse extrinsecum* è, per converso, la qualità che la prestazione ha per una certa persona, infungibile con la qualità che la stessa prestazione assumerebbe per un'altra persona: chi ha convenuto che gli venga pagata una somma in un certo giorno, perché il giorno successivo deve servirsene per pagare un proprio debito verso un terzo, ha un *interesse extrinsecum* a quella prestazione, che si rappresenta nella penale che egli dovrebbe pagare al terzo, per il ritardo nell'adempimento ⁽¹⁵⁵⁾.

Il risarcimento del danno deve procedere sul solo *interesse intrinsecum* se l'inadempimento si riferisce a un'obbligazione che imponeva al debitore di tenere un'azione positiva, dovrà invece

⁽¹⁵³⁾ « Est secunda divisio, quod quoddam interesse est intrinsecum, quoddam extrinsecum, et h.d. ff. de act. empt. l. si sterilis § si per venditorem, ubi dicitur circa rem, et c. ergo subauditur, quod quoddam est extra rem extrinsecum, et sic aliud est circa rem intrinsecum, aliud extra rem. Sic dicemus, ex quo l. supponit, secundum decret. Supponit primum ff. de dam. infec. l. si finita § Iulia. Sed dubitatur, quod appelletur interesse extrinsecum et quod intrinsecum? Advertatis, quia eundem est in profundum pelagi. Dicunt quidam, hoc est planum: quia quaedam est intrinseca bonitas, ut gustus: quaedam est extrinseca, ut pecunia in bursa. Sic interesse intrinsecum, est in rem, vel circa rem: et interesse extrinsecum extra rem, ut ff. si cer. Pet. l. cum quid. istud non placet. ». CINO DA PISTOIA, *Lectura super Codicem, ad l. Cum pro eo, C. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*.

⁽¹⁵⁴⁾ « Nam intrinsecum interesse est, etiam extrinseca bonitas, quae communiter sequitur rem, penes quaecumque vadat, ut si ad tertiam personam veniat, locum habeat, verbi gratia: vendidisti mihi servum, qui est haeres institutus in quaedam hereditate, non vis tradere. Certe hic venit interesse, servi aestimatio, et etiam haereditatis. Ratio est, quia penes quaecumque vadat servus, haereditas sequitur eum, et suo domino acquirit, et ideo dico, quod est circa rem, ut ff. l. Aquil. § inde Neratius. et de evict. l. venditor homini. ». CINO DA PISTOIA, loc. ult. cit.

⁽¹⁵⁵⁾ « Interesse extra rem dicitur, quod non committatur, nisi cum veniat ad certam personam, verbi gratia: promittis mihi dare decem in Paschate, et tunc debeo soluere cuidam sub poena, non das mihi illa decem, sed commissa est poena. Illud extra rem extrinsecum interesse: quia si fuisset alii facta promissio, non interesset in aliqua poena, sed mea interest. Item est exemplum, vendidisti mihi aquaeductum a fonte tuo, usque ad predium meum, multum interest mea: quia habebam forte proprie pratum, et forte alterius non interesset in tantum, istud non reputatur circa rem esse, non enim committatur rem penes quaecumque vadat... ». CINO DA PISTOIA, ibidem.

procedere su entrambi i profili, se l'obbligazione importava l'astensione da un comportamento, come nel caso dello spoglio del possesso ⁽¹⁵⁶⁾.

Nel caso dell'*alteri stipulari*, il risarcimento per l'inadempimento del promittente dovrebbe pertanto essere valutato solo sulla *ratio intrinseca*, poiché non si è adempiuta un'obbligazione positiva. In astratto, si potrebbe sostenere che la posizione di una penale serva a estendere il risarcimento anche alla *ratio extrinseca*, esprimendo pattizamente una dimensione del danno da inadempimento che non potrebbe risultare dalla struttura dell'obbligazione. L'opinione di Cino, che ancora una volta si rifà a Pietro da Bellapertica, è che l'*id quod interest* rileva nella stipulazione in favore di terzo come elemento di legittimazione all'azione dello stipulante, e quindi indirettamente come elemento di determinazione del risarcimento ⁽¹⁵⁷⁾.

10. *La specifica natura dell'id quod interest nell'alteri stipulari. Bartolo e Baldo.*

Gli autori che seguono una concezione integralmente soggettiva

⁽¹⁵⁶⁾ « Juxta hoc quaeritur, quando habetur ratio intrinseci, et quando extrinseci? Respondeo, aut agitur propter haec ad interesse, quia fecis, quod non facere debuit, et tunc habetur ratio intrinseci et extrinseci interesse, verbi gratia: aliquis expulit me de possessione, vel surripuit mihi servum meum, vel pecuniam meam, ita quod non potui soluere, et incidi in poenam. Hic venit intrinsecum et extrinsecum interesse....aut agitur ad interesse, quia non est factum, quod fieri debuit, et tunc non habetur ratio extrinseci, sed intrinseci tantum. Sic intelligitur l. si sterilis § cum per venditorem...Ratio diversitatis est, quia gravius est facere quam non facere...Sed contra praedicta obiicitur et videtur quod casus l. est in contrarium. ». CINO DA PISTOIA, ibidem.

⁽¹⁵⁷⁾ « Nam dictum est secundum eum, quod ubi poena promissa est, in solvendo est interesse extra rem, et non venit, cum agitur ad interesse: quia non est factum, quod fieri debuit. Sed lex dicit contrarium ff. de v.o. l. liber homo § ult. ubi stipulatus sum mihi et Titio dare, et dicitur ibi, quod agitur ad interesse: quia poenam promisi Titio. Sic intelligit eam glossam quae est ibi. Cui respondet Petrus quod ille non est verus intellectus illius § sed vult dicerem quilibet habet potestatem stipulandi sibi, sed alteri non, nisi sua intersit, ut in § alteri. Unde si promisisti mihi dare aut Titio, quatenus mihi stipulor, ago certi conditione, sed quatenus Titio agam incerti, ex eo, quod mea potius interest dare Titio, et sic intelligitur ibi, non quod poena veniat in interesse, sed quod agere possum, ex quo interest, quia alias esset inutilis stipulatio, ut in § alteri et ideo non intelligunt bene glos. Quae sunt in textu illius § Iacob. ». CINO DA PISTOIA, ibidem.

dell'*id quod interest* vedono in questo un elemento della struttura della stipulazione a favore di terzo che si rappresenta eguale nell'ipotesi della *stipulatio poenae*, la quale altro non è che un mezzo che le parti possono scegliere per predeterminarlo. La struttura del contratto a favore di terzo è la stessa in entrambe le ipotesi: il terzo si sostituisce negli effetti allo stipulante in virtù dello specifico interesse di questi a che la prestazione sia effettuata a lui. In tutti i casi, questo interesse deve essere determinato in concreto e può essere liquidato solo nei limiti in cui esso esiste come *utilitas* dello stipulante, anche nel caso in cui sia stata stipulata una penale tra le parti.

Il ritorno a una concezione più oggettiva dell'*id quod interest* comporta, nei Commentatori successivi, una concezione della fattispecie della *stipulatio alteri facta* che possa cogliere l'autonomia funzionale di questo elemento all'interno della fattispecie complessiva. L'esempio migliore è nel Matarelli. L'*id quod interest* propriamente detto è per Matarelli il danno che si realizza al creditore di un'obbligazione positiva o negativa, che sia individuabile rispetto alle altre obbligazioni che nascono naturalmente dall'inadempimento, come accessioni legali. In quanto risarcimento del danno per inadempimento, l'*id quod interest* comprende innanzitutto l'*aestimatio* del valore della cosa e tutte le accessioni legali e naturali che possono essere richieste dall'attore, tra cui le *usurae* nei casi in cui è lecito chiederle.

Esso può andare oltre questi elementi in pochi e limitati casi, e solo in questi l'*id quod interest* ha una dimensione autonoma. Tra questi è principalmente l'ipotesi dell'*alteri stipulari*, in cui l'interesse *in penam incidit*, poiché deve comprendere ogni pregiudizio che il creditore abbia subito per l'inadempimento, che deve essere valutato anche sulla *singularitas* della persona cui doveva essere prestato ⁽¹⁵⁸⁾.

(158) « Interesse est damnum alicui obveniēns et lucrum cessans ex eo quod ei non fit quod fieri debet, aut illud fit quod fieri non debet. Hoc enim ideo sic dicitur quia tantum interest adversarii sibi servatum esse quod servari debuit, sive in obmittendo sive in faciendo; et ideo potest comprehendere ipsam extimationem et accessionem sive causam et usuras in casu in quo usure veniunt et ultra hoc damnum quod quis passus est ultra hec omnia, veluti in penam incidit ex eo quod alteri cui tenebatur solvere non

Un risultato che il Matarelli conferma anche per altra via. Seguendo i primi glossatori, si va incontro a un'insanabile contraddizione: esistono molti casi in cui il Corpus iuris parla di una condanna in *id quod interest* anche nell'ipotesi in cui la prestazione sia stata adempiuta, ma non nell'esatta forma stipulata tra le parti. Tra questi esempi vi è ovviamente anche quella della *stipulatio* con prestazione alternativa della *l. Liber homo*. L'unico modo per comporre questo dissidio è ammettere che in questi casi, e principalmente in quello dell'*alteri stipulari*, l'interesse per cui il creditore agisce non è determinabile secondo un valore comune, ma unicamente nella prospettiva data dal negozio complesso, di cui è parte anche il rapporto tra lo stipulante e il terzo ⁽¹⁵⁹⁾.

potuit, si enim pignorata sunt, si res alie deteriores facte sunt, et alia similia, et id quod potuit lucrari si erat negotiator. Et eo casu quo consideratur lucrum licet istud sit ex singularitate aliqua que fuit vel est in ea persona, et non fuisset in persona alterius, et hoc potest appellari singulare interesse; sive illa [f. 124 r] singularitas sit per causam quia ego eram obligatus sub pena in qua incidi, ex eo quod mihi non est solutum, vel quia propter hanc causam pignora mea vendita sunt de quo casu loquitur lex ff de in litem iurando l. numis [D. 12, 3, 3] et de eo quod certo loco [D. 12, 4] l. 2 in fine.. ». NICCOLÒ DE MATARELLI op. cit. (CONETTI, op. cit., p. 61).

⁽¹⁵⁹⁾ « Sed circa interesse quod glosse appellant commune tradunt doctores quod aliud est circa rem quod prestari debet quando res non traditur ut ff de actionibus empti l. si sterilis § cum per venditorem [D. 19, 1, 22, 3], et aliud extra rem quod prestari debet, quando res male traditur ut ff de actionibus empti l. iulianus [D. 19, 1, 14] § 1 et § item qui furem et l. si sterilis § cum per venditorem [D. 19, 1, 22, 3] ut hec habent in eadem l. in glossa interesse. Sed hoc non video quomodo stare possit, quia etiam ubi non traditur res dicit venire interesse quod est extra rem ut patet ff de in litem iurando l. numis [D. 12, 3, 3] de eo quod certo loco [D. 13, 4] l. 2 § finali de rei vindicatione l. qui restituere [D. 6, 1, 67] de actionibus empti l. si ea res [D. 19, 1, 32] et l. si quis servum [D. 19, 1, 24] et de verborum obligationibus l. liber homo [D. 45, 1, 118] § finali cum aliis infinitis. Unde salva reverentia [f. 125 r] eorum mihi non videtur hec doctrina vera esse: tamen quia istud non est commune interesse immo potius ut superius dixi potest dici singulare; tamen etiam quia quocumque nomine dicatur ipsa doctrina non est vera ut patet ex lege presente. Sed ego circa hunc articulum trado talem doctrinam: quia aut tractatur de extimatione rei quam quandoque dicitur interesse, et ideo magistraliter licet improprie potest dici interesse commune; aut de eo quod est proprie interesse quod ad illius differentiam potest dici singulare, sicut ex superioribus patet. Primo casu venit utilitas tantum que est circa rem, ut quia res plus valet quia tale augmentum venit in extimationem ut supra dixi ubi tractatur de extimatione rei, et ita intelligitur dicta l. si sterilis § cum per venditorem [D. 19, 1, 22, 3], quod patet quia ibi dicit in extimatione non dicit interesse et quod dicit. Si verum hodie pluris sit, et sic contra loquitur in eodem

Si individua così una funzione specifica dell'*id quod interest* nella stipulazione con effetti per il terzo, pur senza isolarne una diversa struttura: l'interesse ha una valenza sanzionatoria che non ha necessità di essere recuperata con il ricorso a una stipulazione penale implicita, come negli Ultramontani, ma si ricava dalla stessa fattispecie del negozio a favore di terzo.

Su questa ipotesi di fondo, pur con varie argomentazioni, si organizzeranno gli apparati successivi. Bartolo tiene così a anteporre alla sua analisi una questione: se possa presumersi per definizione in ogni contratto a favore di terzo un interesse per lo stipulante. Tale presunzione potrebbe costruirsi in astratto su una possibilità dello stipulante di poter ripetere la prestazione dal terzo, o sulla presenza di un'obbligazione naturale tra questi e il terzo. Bartolo esclude nettamente questa seconda ipotesi: l'esistenza di un'obbligazione naturale non potrebbe fondare un interesse dello stipulante: sprovista di tutela, essa non potrebbe fornire il titolo per una responsabilità dello stipulante verso il terzo, elemento che è alla base dell'*agere ad interesse* ⁽¹⁶⁰⁾.

Va esclusa, per Bartolo, anche la prima ipotesi: il contratto a favore di terzo implica che gli effetti si esauriscano al terzo, e che lo stipulante non abbia mai un diritto proprio alla prestazione. I testi romani che sembrano parlare in contrario si riferiscono o all'ipotesi dell'*adiectus solutionis causa*, o a quella in cui il terzo sia *procurator* o *negotiorum gestor* dello stipulante e che questi abbia interesse a

titolo l. datio [f. 125 v] § si per venditorem [D. 19, 1, 3, 4] et ff de triticaria l. penultima [D. 12, 4, 3] in fine et si certum petatur l. vinum [D. 12, 1, 22]. Secundo casu autem venit damnum vel utilitas que est extra rem ut in legibus in causa inductis cum suis similibus. ». NICCOLÒ DE MATARELLI op. cit. (CONETTI, op. cit., p. 62-63).

⁽¹⁶⁰⁾ « Oppone et videtur quod semper nostra intersit. Nam si soluis alteri, potero repetere l. vero procuratori infra de solu. et insti. de inuti. stip. § si quis alii. Item interest mea, quia habeo obligatum naturaliter eum, cui soluitur l. sed et si lege § consuluit supra de pet. haere. Responde ad primum, quod non possum repetere et l. vero procuratori et d. § si quis alii instit. de inutilibus stip. loquuntur in adiecto: sed hic in non adiecto ut glossa determinat in l. prima de pactis in glossa magna. Ad secundum respondeo, quod nec consideratur interesse illud, quod naturaliter est obligatus l. fideiussoris supra de pactis et ibi nota. ». BARTOLO DA SASSOFERRATO, in *secundam Digesti novi partem, ad l. stipulatio ista § alteri ff. de verborum obligationibus* ed. Torino 1577.

che la prestazione sia effettuata loro ⁽¹⁶¹⁾. Si versa pertanto nel caso diametralmente opposto all'*alteri stipulari* in cui, proprio perché gli effetti devono esaurirsi nel patrimonio del terzo, non si può ipotizzare che il terzo sia parte, anche solo in senso economico, del contratto, come avviene per definizione nel caso in cui il *dominus* stipuli che la prestazione sia effettuata al suo *procurator*, il quale dovrà poi restituirla o impiegarla secondo le due istruzioni. Anche per questo si deve negare che esista un'obbligazione naturale tra lo stipulante e il terzo: l'unico modo di ricostruirla sarebbe vedere nel terzo un *negotiorum gestor* dello stipulante, ma ciò non farebbe di questi un vero terzo rispetto al contratto ⁽¹⁶²⁾.

È per questo che nella ricostruzione di Bartolo l'ipotesi della *stipulatio poenae* torna ad assumere una propria autonomia: quando non vi è un interesse dello stipulante, ciò è perché non esiste alcun titolo che possa qualificare l'interesse dello stipulante a che una prestazione venga data al terzo. Essa è l'ipotesi alternativa a quella in cui l'*id quod interest*, definito su base oggettiva, è individuabile nel negozio a favore di terzo come titolo giuridico della sostituzione degli effetti negoziali. Non si può pertanto ricostruire l'azione risultante dalla *stipulatio poenae* come specie dell'*agere ad interesse*, per come nelle tesi ultramontane, né come obbligazione accessoria a un'obbligazione naturale. Alla prima soluzione osta il testo romano, che parla di *quantitas* della pena, non di *interesse*, e non sarebbe lecito recuperare, per come fanno gli Ultramontani, una valutazione in *id quod interest* della penale dalla *quantitas* attraverso il problema

⁽¹⁶¹⁾ « Sed contra praedicta videtur quod possum repetere l. donationes in concubinam § penult. Et ibi no. supra de donatio et infra de solut. l. si cum Cornelius ubi ille videtur factus procurator stipulantis. Facit supra man. l. si mandato Titii in princip. solut. in illis quis stipulabatur alteri, quod erat ipsius stipulantis, vel sibi debitum unde et illud tertium videtur facere procuratorem, seu gestorem negotii sui sed hic debet intelligi de eo, quod nullo iure ante stipulationem debebatur. Unde cum stipulor alteri, non adhibeo eum in aliquo meo negotio. ». BARTOLO, *ivi*, n. 3.

⁽¹⁶²⁾ « Quaero an ex tali promissione quis obligetur naturaliter. Glossa hic, quod sic. Idem videtur nota supra de pactis l. prima ubi dicit quod est pactum et sic contrahitur naturaliter, ut supra de pactis l. si unus § pactus ne peteret. Idem Cy. C. de pactis l. pacto successorum. Possetis vos dicere ergo ille, qui recipit mihi debitum, gerit negotia mea, quod est contra illud quod supra dixi. Responde non est obligatus mihi naturaliter ad decem sed est obligatus dare illi tertio, et sic pecunia non est mihi debita. ». BARTOLO, *ivi*, n. 8.

delle *usurae* ⁽¹⁶³⁾. La stipulazione penale di cui parla il § *alteri* non è un'usura per definizione, poiché mentre questa consiste in una prestazione continuata, esposta a una continua variazione, la prima è data da una prestazione unica, che può essere predeterminata in maniera certa ⁽¹⁶⁴⁾. Alla seconda soluzione osta l'impossibilità di una *litis contestatio de facto*, necessaria per ipotizzare la presenza di un'obbligazione naturale ⁽¹⁶⁵⁾.

⁽¹⁶³⁾ « Quaero, dicitur hic, quae sit quantitas inspicitur, quid est hoc dictum? Dicunt quidam, ut non excedant legitimum modum usurarum, si est usurarius. Innuat glossa in verbo quantitas, quod in homine non consueto foenerari non habent locum leges quas allegat, quod licet Inn. tangat, tamen non firmat. Canonistae contra hoc tenent extra de poen. C. suam quibus in hoc est inhaerendum. Alii dicunt, inspicitur, quae sit quantitas ut duplum non excedat, licet videatur contra supra de evictio. l. si dictum. Sed dic, ut d.l. unica C. de sen. quae pro eo et dicit gl. ibi, quod per nomina multiplicativa non potest excedere duplum, alias sic. Doctores Ultramontani dicunt quod hoc est imponere legem verbis et non rebus unde dicunt quod poenae conventionales possunt indistincte ascendere, quantum partes voluerint. Dynus tenet glossam. Dic aut poena adiicitur, certa quantitate expressa in instrumento, ut dico, vendis domum pro centum, et in fine adiicitur, sub poena dupli, tripli, quadrupli vel quintupli, et tunc possum prout volo, sicut si certam quantitatem exprimerem sub poena mille d.l. si dictum de evic. Quia eadem est ratio, certa enim quantitas exprimitur. Aut ponitur poena respectu incerti, ut sub poena dupli eius quod dicta res valebit, vel dupli eius quod intererit, et tunc per haec nomina non potest ascendere duplum d.l. unica C. de sen. q. pro eo et nota supra ea l. in prin. in gl. in verb. res ea quae incipit, in poenali. Ratio, quia hoc secundo casu posset nimium ascendere, ultra quantum cogitaverit pars, quae ratio cessat, quando certa quantitas exprimitur. Alii dicunt aliter insti. eo § alteri. Dic ut ibi. ». BARTOLO, *ivi*, n. 11.

⁽¹⁶⁴⁾ « Sed est ne differentia inter poenam et usuram? Responde sic, quia usura minuatur colligitur, poena in una prestatione, et una principaliter, ut videbitis infra e. l. dum stipulati, et ideo usura est limitata l. eos C. de usuris poena est limitata et ideo pacto nudo non committitur quia in ea vertitur magnum praeiudicium, in usuris modicum. ». BARTOLO, *ibidem*.

⁽¹⁶⁵⁾ « Oppone infra e. l. si pupillus et l. nulla de reg. iur. Dicit glossa in verbo nihil interest, quae incipit stipulantis, scilicet fiet litis contestatio de facto, super qua committitur poenalis stipulatio. Sed dico quod ista glossa non bene dicit, imo committitur ex eventu conditionis, sicut si praecessisset valida stipulatio, quia per moram committeretur facta interpellatione: ita hic similiter interpellabitur licet non constituatur in mora quia nulla petitio: tamen cum existat conditio poenalis stipulationis necesse est, ut interpelletur. Et quod hoc sit verum dicit textus ibi plane si velim, et cetera et ibi, ut si ita factum non sit, et cetera quod dicit si non observarentur promissa secus si praecessit stipulatio valida, poena committitur, et sic per interpellationem extat conditio: quando autem debet praecedere litis contestatio examinabo in l. ita stipulatus infra eodem. » BARTOLO, *ibidem*.

Fuori da una stipulazione penale, l'unica altra possibilità per sostituire un terzo negli effetti del negozio è l'*id quod interest* dello stipulante. Bartolo si pone la questione ormai tradizionale: perché nelle obbligazioni in *facere* vi sia sempre luogo a una prestazione alternativa in *id quod interest* e questa non dovrebbe mai ricorrere in quelle a un *dare*, che importano il diretto trasferimento della proprietà della cosa.

Il testo romano non dà risposte conclusive, e queste possono essere ritrovate solo per approssimazione. Una prima risposta possibile è nell'incoercibilità in forma specifica del *facere*, che importa di necessità la condanna in equivalente, ma questa soluzione non può riguardare quella specie di obbligazioni in fare che consistono in un *rem tradere* ⁽¹⁶⁶⁾. Queste consistono in un atto singolo, e non hanno le caratteristiche di infungibilità proprie di azioni complesse, come la costruzione di una casa. Gli stessi limiti patisce una seconda opzione ricostruttiva, che centra la specificità della prestazione in *facere* sul tempo dell'adempimento: una volta messo in mora, il debitore non può più adempiere la propria obbligazione, perché il creditore non vi ha più interesse, e a questa si sostituisce l'obbligazione all'equivalente ⁽¹⁶⁷⁾.

Vera questa impostazione, non si capirebbe tuttavia perché il *tradere rem* ammetta sempre la prestazione in equivalente, essendo al contrario una prestazione indifferente al tempo dell'adempimento. Resta quindi la ricostruzione di Pierre de Belleperche, per cui la

⁽¹⁶⁶⁾ « Sed iuxta praedicta posses quaerere de ratione quare aliud in obligatione dandi, quam in obligatione faciendi? Cynus quaerit de hoc C. de sent. quae pro eo quod interest l. unica in tertia quaestione principali vers. sed quaero circa glo. et non respondet et ut scripta referuntur, non possunt dari rationes necessario concludentes, sed persuasiones quaedam satis apparentes, ecce una: dari, sit de levi, et potest explicari uno momento, sed facta ut plurimum habet tractum longum, unde cogere promissorem at faciendum esset quaedam species servitutis....Ista ratio non est generalis, quia quaedam sunt facta, quae habent causam momentaneam: ut rem ratam haberi, et rem tradi et similia. ». BARTOLO DA SASSOFERRATO, in *secunda Digesti novi, ad l. stipulationes non dividiuntur, ff. de verborum obligationibus*.

⁽¹⁶⁷⁾ « Unde alii Moderni dicunt, quod dare non diversificatur ex tempore nec ex persona. Nam sive hodie, sive cras desne tu, sive alius pro te, idem dominium erit eiusdem rei: sed non vere in factum, quia ut plurimum diversificantur ex tempore. Nam aliud est actum de die, aliud de nocte. Aliter sanus facit, aliter infirmus, et c... ». BARTOLO, ibidem.

prestazione *in dare* non ammette l'equivalente *in id quod interest* perché esaurisce in sé tutto l'interesse dello stipulante, o quella basata sulla certezza dell'obbligazione al momento della sua stipula: incerto per definizione il *facere*, l'ordinamento predispone nell'*id quod interest* lo strumento per la sua certificazione, aspetto che non può ricorrere nella prestazione *in dare*, certa per definizione ⁽¹⁶⁸⁾. Queste due soluzioni hanno sicuramente una valenza generale in astratto, ma in concreto si scontrano con due possibili obiezioni, date dai due casi in cui l'obbligazione *in dare* ammette, secondo il testo romano, comunque una condanna *in id quod interest*. Il primo è quello dei contratti innominati, in cui l'inadempimento della parte che diviene obbligata dalla prestazione dell'altra può dar luogo a una condanna in equivalente, comprensiva di tutto il danno subito. Qui l'interesse è *in obligatione*, poiché la condanna in equivalente è intrinseca alla struttura del contatto, in cui il consenso diventa obbligatorio solo con lo spontaneo adempimento di una parte ⁽¹⁶⁹⁾.

Il secondo caso è appunto quello della *stipulatio alteri*. Nella stipulatio a un *dare*, essa esaurisce completamente l'interesse dello stipulante quando la prestazione deve essere eseguita a lui. Quando la prestazione deve essere data a un terzo, essa può anche non esaurire l'interesse dello stipulante, a seconda delle modalità con cui viene resa. Da qui la previsione di un'obbligazione in equivalente,

⁽¹⁶⁸⁾ « Tertiam opinionem ponit Petrus dari semper interest stipulatoris, merito ipsa obligatio praecise continet aliquid ad dandum, sed in factis quandoque interest quandoque non interest. Unde cum stipulationes sint inventae ut stipulemur quod nostra intersit, in obligatione faciendi subrogavit lex obligationem ad interesse, ne forte alias quis peteret quod sua non interesset, quod in dandi obligationem non contingit. Et ista ratio videtur generalis, quia in obligatione rem tradi potest esse quod mea non interest. ». BARTOLO, *ibidem*.

⁽¹⁶⁹⁾ « Non obstant dictae leges allegatae in contrarium, quia ibi venit interesse, dicit ipse non in obligatione, sed forte venit iudicis officio, ita credo, ipse voluit dicere. [...] Secundo differunt in alio, quia in innominatis interesse est in obligatione, secus in aliis. Et ex hoc resultat id quod supra dixi, quia non ita de facili tollitur ius actori competens ad interesse, sicut tolleretur si veniret officio iudicis. Et isto modo possemus dicere, quod difficiliore sunt in obligatione exequenda contractus innominati. Et huius potest esse ratio: quia in innominatis obligatur quis interveniente duplici actu scilicet proprio pacto item rei traditione secuta, ergo cum eo debet durius agi. ». BARTOLO, *ibidem*.

che valga a soddisfare quell'interesse che una prestazione tardiva o mal eseguita ha lasciato totalmente o parzialmente insoddisfatto.

Il criterio distintivo tra queste due ipotesi è nella qualificazione dell'interesse. Nella stipulazione che ha ad oggetto una prestazione in dare da rendersi allo stipulante, l'interesse dello stipulante è indistinto dalla prestazione: non riceve alcuna individuazione come elemento specifico della fattispecie perché non se ne può restituire la specificità rispetto alla prestazione stipulata tra le parti. Nella *stipulatio alteri facta*, al contrario, l'*id quod interest* è qualificato dalla posizione che lo stipulante ha verso la prestazione da dare al terzo, che può essere o meno di suo interesse. In questo caso l'interesse è elemento individuabile nella fattispecie complessiva come momento costitutivo dell'obbligo, e l'ordinamento predispone la condanna in equivalente. La differenza tra questa ipotesi e quella del contratto innominato è data dal fatto che in quest'ultimo l'*id quod interest* è in *obligatione*, è quindi un elemento necessario della fattispecie, mentre nella *stipulatio alteri facta*, è un elemento solo eventuale ⁽¹⁷⁰⁾.

È su questo presupposto che Bartolo costruisce le sue ipotesi di stipulazione a favore di terzo, distinguendo tra *verba promissiva* e *verba executiva* ⁽¹⁷¹⁾. Una costruzione di cui si è a volte esagerata

⁽¹⁷⁰⁾ « Duodecimo oppone ad idem quod in obligatione dandi veniat interesse, ut infra eodem l. liber homo § finalis. Solve illud quando dandum est alii, hic vero quando dandum est ipsi stipulatori. Idem dicit glossa in alia materia supra de act. emp. l. iulianus in principio. Et ratio potest esse ista, quandoque dari interest stipulatori indistincte, et non succedit obligatio ad interesse, ut quando dandum est sibi. Quandoque dari est ita qualificatum, quod stipulatoris potest interesse, et non interesse: ut quando dandum est aliis, et tunc eadem ratio est in dari, quae est in fieri, et ideo succedit obligatio ad interesse. ». BARTOLO, *ibidem*.

⁽¹⁷¹⁾ « Ad declarandam istam glossa dic quod multiplex est modus concipiendae stipulationis. Quandoque concipitur tali modo, quod verba promissionis et executionis conferuntur in alterum, et tunc dic quod nulla est stipulatio. Et hoc tenet glossa et est textus supra titulo primo l. quaecumque licet glossa ibi nota contrarium et male. Idem videtur sentire glossam C. per quas personas nobis acquiratur l. prima et supra de procuratoribus l. quod procurator ex re sed semper huic gl. inhaereas. Fallit in tutore, curatore, et actore, ut hic in gl. et in l. prima in principio infra de stipulatione servorum et l. quoties supra de admi. tutoris. Item fallit in filio, et servo l. prima in princ. in tex. et glo. infra de stipulatione servorum ubi in personam patris, et domini possunt conferri illa verba ut infra eo. l. quodcumque in prin. et in l. fi. ». BARTOLO DA SASSOFERRATO, *ad l. stipulatio ista § alteri ff. de verborum obligationibus*.

l'importanza, e che comunque non è altro che la rappresentazione formale dell'ipotesi in cui l'*id quod interest* è individuabile come elemento di qualificazione della fattispecie. L'ipotesi valida di stipulazione a favore di terzo è difatti quella in cui si promette allo stipulante che la prestazione verrà data al terzo. Bartolo la rende come formulazione in cui i *verba promissiva* sono predicati in funzione dello stipulante e i *verba executiva* in persona del terzo, contrapponendola all'ipotesi in cui si promette direttamente fra le parti di dare al terzo, concordemente invalida per tutti gli apparati precedenti, rendendola come *stipulatio* in cui entrambe le parti, *promissiva* e *executiva*, sono predicate in funzione del terzo ⁽¹⁷²⁾. Un modo sicuramente più complesso di esprimere concetti già propri del dibattito sull'*alteri stipulari*, e pacificamente acquisiti dalla dottrina precedente, non uno sviluppo dogmatico.

Il fulcro della costruzione resta l'*id quod interest* dello stipulante: nella formula in cui entrambi i *verba* si dirigono al terzo un *agere ad interesse* dello stipulante non può ravvisarsi per definizione, visto che egli, non destinatario della promessa, non potrebbe esercitare alcuna delle azioni che nascono dalla stipulazione. Un interesse per il terzo non può poi presumersi, visto che egli non è parte del contratto. Solo quando la promessa si dirige allo stipulante vi è spazio per valutarne l'interesse, che rende valida la stipulazione, se esiste in concreto ⁽¹⁷³⁾.

Una stipulazione diretta al terzo quanto ai *verba promissiva* può esistere nei casi del tutore e dell'*actor universitatis*, puntualmente

⁽¹⁷²⁾ « Qui alteri stipulatur, potest ex ea stipulatione agere si sua interest hoc dicit usque ad § si quis ita. Oppone quos ista stipulatio alteri facta non valet l. quaecumque supra tit. primo glossa quae est hic dicit et bene in modo stipulandi alteri est differentia quia quando confertur in personam alterius, verbum promissivum et verbum obligationis executivum ut promittis illi quod dabis illi, tunc non valet d. l. quaecumque. Aut verbum promissivum confertur in personam stipulantis executivum confertur in personam alterius, ut promittis mihi quod dabis Titio, et tunc valet si interest, ut hic. Contrarium dicit glossa in dicta lege quaecumque. Doctores sequent istam per dictam legem quaecumque. ». BARTOLO, *ibidem*.

⁽¹⁷³⁾ « Secundus modus, quod verba promissionis conferuntur in personam stipulatoris et verba executiva obligationis in personam alterius et tunc est videre, an valeat ut actio stipulanti quaeratur, et certe valet, si intersit stipulantis? Ut hic et infra proximi. § si quis insulam, ergo si non interest, non valet, ut sentit hic gl. a contrario sensu. ». BARTOLO, *ibidem*.

descritti dal testo romano ⁽¹⁷⁴⁾. Anche in questi casi, tuttavia, la *stipulatio* vale se e solo se lo stipulante abbia un interesse a che sia dato al terzo, che non si può presumere solo perché egli è *tutor* di questi. Per Bartolo, tutte le ipotesi previste dalla *l. stipulatio ista* prevedono che l'azione spetti comunque allo stipulante, non al terzo, cosa, quest'ultima, che il testo implicitamente esclude ⁽¹⁷⁵⁾. Ciò vale, in particolare, per la figura del *procurator*: se questi stipula *dari domino*, dirigendo cioè a questi i *verba executiva*, si deve presumere che il *dominus* sia solo una sorta di *adiectus solutionis causa* del *procurator*, cui il debitore può comunque validamente adempiere, liberandosi della propria obbligazione ⁽¹⁷⁶⁾. Gli altri modi di concepire la stipulazione seguono a queste premesse. Il terzo prevede

⁽¹⁷⁴⁾ « Oppone de l. eum qui § si actori supra de constituta pecunia ubi confertur in personam alterius verbum promissivum, et valet. Dicit glossa quod fallit in tutore et curatore furiosi et actore universitatis, dicit ne bene? Iacobus de Arena tenet contrarium, et dicit quod l. eum qui loquitur quando verbum promissivum confertur in personam stipulatoris, verba executiva in personam alterius l. quoties de admi. tut. ubi videt tex. Licet aliter glossa ibi dicat et glossa in l. prima in principio de stipulatione servorum tenet idem quod hic, idem Dynus. Credo tutius tenere glossa et est ratio, quia tex. in dictam legem eum qui § Iulianus et § si actori vult facere differentiam inter tutorem et curatorem ex una parte, et procuratorem ex alia: sed in procuratore dicto modo stipulante valet, ut infra dicam, et sic nulla esset differentia. ». BARTOLO, ibidem.

⁽¹⁷⁵⁾ « Ut ergo sit differentia oportet nos ponere illud quod dicit glossa et textum in dicto § si actori qui dicit, tutori et curatori constitu. Debet intelligi, hoc est, cum ipso tutore contractum constituti celebrari, verba autem intelligi dirigi ad pupillum et similes pro hoc facit, quod infra dicam, quod Canonistae tenent in sententia proferenda, in c. suscitata de in integ. rest. Sed tu dices idem in tutore, quod non valet, nisi intersit, ut hic dicit textus. Responde textus iste totus loquitur quando quis stipulatur alteri, ut sibi stipulanti quaeratur actio: sed si stipulatio interponeretur ut alteri quaeretur actio, tunc loquuntur contraria ». BARTOLO, ibidem.

⁽¹⁷⁶⁾ « Quandoque quaeritur, an valeat ad quaerendum actionem ei, in cuius personam verba executiva conferuntur ipso iure, vel per cessionem ut infra dicitur, et tunc in persona tutoris, curatoris et actoris valeret sine dubio ut d. § si actori. Sed in procuratore est dubium an valeat. Si promitto procuratori quod dabo domino et gl. in l. prima infra de stipu. ser. videtur dicere quod non, pro qua facit d.l. eum qui § Iulianus de const. ec. sed glossa quae est in l. in omnibus infra de praet. stip. tenet contra, quod valeat idem. nota infra eo. l. si procuratori praesentis et est tex. in l. pe. C. ad exhibendum non obstat d. l. eum qui § Iulianus quia debet intelligi, quod quis constituat se procuratori soluturum, non domino, subaudi scilicet constituat se soluturum quasi dicat, verba promissionis proferantur in personam procuratoris, alias istud esset contra casum l. penul. C. ad exhibendum... ». BARTOLO, ibidem.

che i *verba promissiva* siano predicati impersonalmente, come nell'espressione « *promittis, quod dabis Titio* ». Questa è nulla, perché non si presume che essi siano predicati nella persona dello stipulante ⁽¹⁷⁷⁾, a differenza dell'ipotesi in cui entrambi i *verba* siano predicati impersonalmente ⁽¹⁷⁸⁾. La differenza tra queste due fattispecie non risponde ad alcuna *ratio*, ma deriva da un espresso testo romano. Del quinto modo potremmo in teoria disinteressarci, atteso che esso è quello dell'ordinaria stipulazione in favore dello stipulante, senza alcun intervento di un terzo. Esso serve però a Bartolo per introdurre il sesto, quello di chi stipula in proprio, ma in nome di un terzo ⁽¹⁷⁹⁾. Ipotesi, questa, in cui sarebbe però arduo vedere uno strumento di radicale superamento del divieto romano. Bartolo non specifica difatti se da questa ipotesi derivi un'azione per il terzo, e il fatto che egli riporti questa formulazione alla stipulazione del *procurator* e del *negotiorum gestor* fa propendere piuttosto per la negativa.

La concezione dei *verba* non è però un dato meramente formale: essa deve riprodurre la struttura dell'*id quod interest*, e la stipulazione sarà valida se e solo se questo sia riconoscibile nella figura dello stipulante. Baldo riassumerà le categorie del maestro affermando che in ogni stipulazione sono presenti due espressioni verbali, la prima in cui la *stipulatio* trova fondamento, mentre la seconda indica la struttura dell'obbligazione che grava sul promittente ⁽¹⁸⁰⁾. La stipulazione in favore di terzo è invalida quando si

⁽¹⁷⁷⁾ « Tertius modus concipiendi stipulationem est quod verba obligativa ex parte stipulantis sint impersonalia, verba executiva sint ad alium directa et tunc stipulatio est nulla quia videmur stipulari cui debet solui d. § Chrysogonus. Dicit nam promittis quod dabis domino meo, ut ibi dicam. ». BARTOLO, *ibidem*.

⁽¹⁷⁸⁾ « Quartus modus quod utrumque verbum promissivum et executivum impersonaliter concipiatur tunc sine dubio valet: quia intelligitur persona stipulantis ut supra eo. l. § sicut autem et d. l. si ita § Chrysogonus. ». BARTOLO, *ibidem*.

⁽¹⁷⁹⁾ « Sextus modus est, utrumque verbum conferatur in personam stipulantis nomine tantum alterius, ut promittis mihi dare nomine Titii, et cetera et ista valet sine dubio in procuratore. Itam negotiorum gestore l. pe. C. ad exhibendum et l. huiusmodi in prin. supra de legatis primo supra ti. primo l. quaecumque facit i. si ego supra de neg. gest. ». BARTOLO, *ibidem*.

⁽¹⁸⁰⁾ « Vos debetis scire, quod in stipulatione semper sunt verba duo, unum est in quo stipulatio fundatur, aliud est executivum, in quo finis obligationis concluditur, verbi gratia dico, promittis mihi: ecce principale verbum dum dico, promittis, quod

attribuiscono al terzo i *verba formalia* in cui essa trova fondamento, mentre è valida se al terzo vengono riferiti i soli *verba formalia executiva*, ma solo se a ciò corrisponde un interesse dello stipulante, che possa giustificare la formula ⁽¹⁸¹⁾. Nell'ipotesi normale di stipulatio, ciascuno stipula *pro se et gratia sua*: se un terzo deve essere interposto in una *stipulatio*, la cessione è necessaria, ma ciò non ha nulla a che vedere con la validità della stipulazione come contratto, che si basa sempre e comunque sulla presenza nello stipulante di un interesse in tal senso ⁽¹⁸²⁾.

11. Conclusioni.

Le soluzioni degli Ultramontani e dei Commentatori mostrano l'impossibilità di separarsi dall'interesse dello stipulante come elemento della fattispecie complessa di sostituzione degli effetti negoziali. La storiografia ha cercato il superamento di questo modello nell'Umanesimo e nel Giusnaturalismo, che innegabilmente pongono la questione in termini diversi, ma che altrettanto innegabilmente non riuscirono, con i loro strumenti, a vincere il peso della tradizione del Corpus iuris.

Questa è stata superata solo quando si è riusciti a concepire un negozio come la procura, che riporta alla volontà esplicita delle parti la soluzione di quelle esigenze cui serviva l'elemento dell'interesse dello stipulante. Ma questa è un'altra storia.

dabis Titio, et istud est verbum substantivum, et executivum. ». BALDO DEGLI UBALDI *in secundam Digesti novi partem, ad l. stipulatio ista § si stipuler, n. 4.*

⁽¹⁸¹⁾ « Sextus modus est, utrumque verbum conferatur in personam stipulantis nomine tantum alterius, ut promittis mihi dare nomine Titii, et cetera et ista valet sine dubio in procuratore. Item negotiorum gestore l. pe. C. ad exhibendum et l. huiusmodi in prin. supra de legatis primo supra ti. primo l. quaecumque facit i. si ego supra de neg. gest. ». BALDO, *ibidem*.

⁽¹⁸²⁾ « Dic, aut stipulor alteri pro me et gratia mea, tunc non sit cessio, quia cum gratia illius non interponatur stipulatio, merito non sit cessio. Item quia illa stipulatio respicit summam quam debetur, sed quando stipulatur alteri pro altero, quando valet, tunc requiritur cessio, fallit in casibus in quibus directa quaeritur illi extraneo, ut in mutuo, ut in l. certi conditio § quoniam igitur, alias secus, fallit in quibusdam casibus, quos nota ultra Bartolus in l. certi conditio § quoniam igitur. sed quid si promittis mihi, quod dabis illi decem, aut interest, aut non, ut hic. ». BALDO, *ibidem*.

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO INTRODUTTIVO OGGETTI E METODI DELL'INDAGINE

1.	Chi ha paura del dogma?	1
2.	Relatività degli effetti contrattuali e istituti di sostituzione	3
3.	La sostituzione degli effetti contrattuali nel diritto romano. Cenni.	7
4.	I titoli di legittimazione alla sostituzione degli effetti contrattuali nel diritto comune classico	9
5.	Nostra tesi. La struttura di responsabilità costruita sull'interesse dello stipulante	13
6.	Per una conferma. Il ruolo del procuratore e quello del notaio nell' <i>alteri stipulari</i>	18
7.	Conclusioni.	20

CAPITOLO I LA SOSTITUZIONE NEI GLOSSATORI. UNO SCHEMA TRIPARTITO BASATO SULL'*ID QUOD INTEREST*

1.	Prevalenza di uno schema equitativo nei primi Glossatori	23
2.	Lo schema tripartito. Una prima analisi	29
3.	Il fulcro dello schema: <i>id quod interest</i>	34
3.1.	L' <i>id quod interest</i> nei primi Glossatori	35
3.2.	Primi tentativi di definizione organica dell' <i>id quod interest</i>	40
3.3.	Un primo sviluppo dogmatico: contratti <i>certi</i> e <i>incerti</i>	45
3.4.	Un secondo sviluppo dogmatico: l'interesse <i>singulare</i> come strumento per la definizione della <i>certitudo</i> del contratto	47
3.5.	L' <i>id quod interest</i> come strumento definitorio del profilo funzionale del contratto	56
3.6.	<i>Segue. Id quod interest</i> e contratti <i>stricti iuris</i>	64
4.	L' <i>alteri stipulari</i> nello schema tripartito basato sull' <i>id quod interest</i>	71
5.	Lo schema di legittimazione in assenza di un interesse dello stipulante. La <i>stipulatio poenae</i>	77

5.1. Il problema dogmatico della <i>stipulatio poenae</i> : l'efficacia civile dell'inadempimento di un'obbligazione naturale	85
6. La sostituzione degli effetti negoziali nell'ipotesi di previo adempimento dell'obbligazione di provvista	89

CAPITOLO II

LA SOSTITUZIONE NEGOZIALE COME FATTISPECIE UNITARIA NEGLI ULTRAMONTANI E NEI COMMENTATORI

1. La nuova definizione dell' <i>id quod interest</i> come pregiudizio concreto del creditore nella visione degli Ultramontani	97
1.1. La certezza della prestazione in funzione del solo interesse <i>singulare</i>	105
2. La difficile sistemazione dei tipi di prestazione sul solo interesse <i>singulare</i>	110
3. Il ritorno a una concezione oggettiva dell' <i>id quod interest</i> nei Commentatori	118
4. L' <i>id quod interest</i> come sanzione legale dell'inadempimento	124
5. L' <i>id quod interest</i> come oggetto della domanda	138
6. Le conseguenze sulla ricostruzione dell' <i>alteri stipulari</i> . Il primo nucleo dogmatico	149
7. Il secondo nucleo dogmatico: la novazione della stipulazione principale da parte della penale	158
8. Unitarietà del contratto a favore di terzo assistito da penale e <i>id quod interest</i> in Pierre de Belleperche	167
9. Unitarietà del negozio di sostituzione e ruolo della stipulazione penale in Odofredo e Cino da Pistoia	172
10. La specifica natura dell' <i>id quod interest</i> nell' <i>alteri stipulari</i> . Bartolo e Baldo.	178
11. Conclusioni.	190

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), 8°, p. 590

Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

Vol. 29 (2000), 8°, p. 578

Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988

Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950

Vol. 32 (2003), 8°, p. 796

Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408

Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562

Vol. 37 (2008), 8°, p. 744

Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

- Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174
- Vol. 41 (2012), 8°, p. 940
- Vol. 42 (2013), 8°, p. 804
- Vol. 43 (2014) - Autonomia - Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1144
- Vol. 44 (2015), due tomi in 8°, p. 1262
- Vol. 45 (2016), 8°, p. 778

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTO-CENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259

- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO
LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378

- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259

- 40 Giovanni Cazzetta, **RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)**
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, **IL DOMINIO E LE COSE**
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 **L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO**
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 **PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio**
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, **UNE ET INDIVISIBLE**
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, **IL SOVRANO TUTORE**
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, **UNE ET INDIVISIBLE**
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, **TOMÁS Y VALIENTE**
Una biografia intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, **L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO**
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, **LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE**
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 **GIURISTI E LEGISLATORI**
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, **SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE**
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, **ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO**
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, **PRÆSUMITUR SEDUCTA**
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426

- 54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden
(1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO
LAICO
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE
CLASSICO
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 CODICI
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, IURISDICTION
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, NEL SEGNO DEI TEMPI
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA
(SECOLI XVII-XX)
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI PATRES
(2006), 8°, p. XIV-502

- 69 Piero Fiorelli, **INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO**
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, **SOCIETÀ, DIRITTO, STATO**
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, **L'ORDINE CORPORATIVO**
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, **RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE**
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, **GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)**
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, **SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI**
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, **IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"**
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, **CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA**
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, **ANTES LEYES QUE REYES**
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, **DIRITTO D'OLTREMARE**
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, **STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA**
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, **NOBILTÀ DEL DIRITTO**
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, **LA RAGIONE DEL DIRITTO**
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, **GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007**
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268
- 83 Paolo Grossi, **TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE**
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252

- 84 Aldo Sandulli, **COSTRUIRE LO STATO**
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 **DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, **LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO**
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federico Bambi, **UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I**
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816
- 88 Mario Sbriccoli, **STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA**
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338
- 89 Arturo Carlo Jemolo, **LETTERE A MARIO FALCO**
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, **IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE**
(2010), 8°, p. X-576
- 91 Marco Sabbioneti, **DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO**
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, **DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI**
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo
A cura di Gabriele Magrin
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 **DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, **CENSORI E GIURISTI**
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 **ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA**
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, **IL GIUDICE E LA LEGGE**
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo
Novecento
(2012), 8°, p. X-342
- 97 Rodrigo Míguez Núñez, **TERRA DI SCONTRI**
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali
(2013), 8°, p. X-360

- 98 Enrico Finzi, "L'OFFICINA DELLE COSE"
Scritti minori
A cura di Paolo Grossi
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. IV-336
- 100 Paolo Grossi, SCRITTI CANONISTICI
A cura di Carlo Fantappiè
(2013), 8°, p. XLVI-314
- 101 Massimiliano Gregorio, PARTE TOTALE
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. XIV-440
- 102 Emanuele Somma, JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO
FRANCESE (1790-1795)
(2013), 8°, p. VI-166
- 103 DALLA COSTITUZIONE "INATTUATA" ALLA COSTITUZIONE "INATTUALE"?
Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta
(2013), 8°, p. VIII-430
- 104 STORIA E DIRITTO
Esperienze a confronto
Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei *Quaderni fiorentini*
Firenze, 18-19 ottobre 2012
A cura di Bernardo Sordi
(2013), 8°, p. VI-506
- 105 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914
(2014), 8°, p. XVIII-766
- 106 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi - II
(2014), 8°, p. XII-334
- 107 Irene Stolzi, LE INCHIESTE PARLAMENTARI
Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)
(2015), 8°, p. XXVIII-328
- 108 GIUSTIZIA PENALE E POLITICA IN ITALIA TRA OTTO E NOVECENTO
Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto
a cura di Floriana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti
(2015), 8°, p. X-536
- 109 Giulio Abbate, «UN DISPOTISMO ILLUMINATO E PATERNO»
Riforme e codificazione nell'India britannica (1772-1883)
(2015), 8°, p. VIII-312
- 110 Piero Bellini, SUGLI USITATI PARADIGMI DELLA CANONISTICA OSSERVANTE
Considerazioni dissenzienti d'un canonista trasgressivo
(2016), 8°, p. VIII-284

- 111 Ferdinando Mazzearella, UN DIRITTO PER L'EUROPA INDUSTRIALE
Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra
(2016), 8°, p. X-346
- 112 ATTUALITÀ E STORIA DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO
Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità
a cura di Roberto Bartoli e Michele Pifferi
(2016), 8°, p. VI-334
- 113 Maria Sole Testuzza, "*IUS CORPORIS, QUASI IUS DE CORPORE DISPONENDI*"
Il *tractatus de potestate in se ipsum* di Baltasar Gómez de Amescúa
(2016), 8°, p. IV-370
- 114 Alberto Spinosa, "CIVILI IN DIVERSISSIMO MODO"
Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento
(2017), 8°, p. XVIII-278
- 115 Raffaele Volante, LA SOSTITUZIONE DEGLI EFFETTI NEGOZIALI NEL
DIRITTO COMUNE CLASSICO
(2017), 8°, p. VI-1192

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

€ 19,00
024199982

ISBN 978-88-14-22265-8

