

LA CONGRUENZA DELLE SOMME

1. — Le Istituzioni di Gaio (3.102) affermano recisamente che la *stipulatio* è *inutilis*, se alla richiesta di diecimila formulata dallo stipulante la controparte risponde con una *promissio* di cinquemila. Il principio è affermato con altrettale recisione dall'*Epitome Gai* (2.9.10) e sopra tutto dalle Istituzioni di Giustiniano (3.19.5), le quali precisano che l'*inutilitas* sussiste anche nella ipotesi inversa (*vel contra*)¹.

Se ne dovrebbe trarre la conseguenza che, tanto in diritto classico quanto in diritto postclassico-giustiniano, fossero nulle le stipulazioni quando mancasse la congruenza tra la somma richiesta e quella promessa. Ma vi è un passo di Ulpiano che suona sorprendentemente in maniera diversa.

D. 45.1.1.4 (Ulp. 48 *Sab.*): *Si stipulanti mihi «decem» tu «viginti» respondeas, non esse contractam obligationem nisi in decem constat. ex contrario quoque si me «viginti» interrogante tu «decem» respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta. licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse.*

Allo *stipulator* che ha chiesto dieci (*promittis mihi decem dari?*) la controparte, anziché aderire con un semplice *promitto*, ha risposto impegnandosi per venti (*promitto viginti dari*): sta in fatto (*constat*) che l'obbligazione tra i due non è stata contratta, se non per dieci. Lo stesso (*nisi in decem*) è a dirsi per il caso inverso (richiesta di venti e promessa di dieci). Perché? Perché, se è vero che le somme debbono essere tra loro congruenti, tuttavia è chiaro come la luce del sole che il dieci sta nel venti. Limitatamente alla somma minore la congruenza vi è.

La dottrina oggi prevalente ritiene il passo interpolato, eventual-

* In ANA. 97 (1986) 156 ss.

¹ Sul tema: R. BACKHAUS, «*In maiore minus inest*». Eine justinianische «*regula iuris*» in den klassischen Rechtsquellen. Herkunft, Anwendungsbereich und Funktion, in ZSS. 100 (1983) 136 ss., specialm. 152 ss.; bibliografia *ivi*. Cfr. anche: H. E. TROJE, «*Ambiguitas contra stipulatorem*», in SDHI. 27 (1961) 93 ss., spec. 130.

mente da mano postclassica pregiustiniana. Una autorevole minoranza è invece per la genuinità ed ascrive alla giurisprudenza dell'età dei Severi, di cui è esponente Ulpiano, l'inizio anche a questo riguardo della degenerazione progressiva della *stipulatio*. A questa minoranza si è aggiunto di recente, con nuovi argomenti, R. Backhaus. Sono però argomenti che non convincono. Le maggiori probabilità militano, a mio avviso, per una isolata rielaborazione pregiustiniana.

2. — Gli indizi formali dell'alterazione sono stati posti in luce da tempo e sono abbastanza evidenti. A prescindere dal periodo finale, in cui figura un *licet* con l'indicativo, i due *nisi in decem* sono chiaramente inseriti nei due primi periodi allo scopo di limitare altrettante negazioni della produttività di effetti della *stipulatio*: negazioni che ormai erano già state formulate.

Se i due periodi fossero usciti nella loro interezza dalla mano di Ulpiano, è pensabile che questi avrebbe scritto, in positivo, che l'obbligazione *ex stipulatu* doveva ritenersi contratta limitatamente a dieci (*dumtaxat decem*, ad esempio), senza far ricorso al tortuoso costruito *non contracta nisi*. E non si opponga che il *nisi in decem* può essere stato apposto da Ulpiano a due precedenti negazioni fatte dall'autore da lui commentato, Sabino. Se avesse voluto rovesciare un principio autorevolmente affermato da costui, Ulpiano, è presumibile, avrebbe corredato i lemmi sabiniani con considerazioni contrarie più esplicite.

Comunque, gli indizi formali di interpolazione non sono certo sufficienti alla diagnosi di un'alterazione sostanziale, addirittura innovativa. Ciò che conta è l'assurdo, sia per diritto classico che per diritto postclassico-giustiniano, di un contratto formale « per adesione », il quale sia valido parzialmente quando l'adesione del promittente sia stata solo parziale. D'accordo che la *stipulatio* incorse nel ben noto lento processo di degenerazione, ma questo processo degenerativo non implicò mai lo scardinamento del meccanismo della domanda fatta dallo *stipulator* e della conseguente risposta fatta dal *promissor*: implicò piuttosto che quella congruenza tra domanda e risposta, che la compresenza delle due parti, che la stessa pronuncia della formula si fingessero come avvenute anche quando non vi fossero state. Fu così che si pervenne alla prassi di coprire con una fittizia « clausola stipulatoria » (« *interrogatus spondit* ») ogni sorta di contrattazione, per dare alla stessa il crisma della validità.

A mio avviso, il manipolatore postclassico del testo di Ulpiano aveva in mente proprio la funzione di copertura di altri negozi eser-

citata ai suoi tempi dalla *stipulatio*. Se dopo una risposta di venti alla richiesta di dieci o viceversa, ci si fosse accordati tra le parti per la somma minore, era indispensabile mettere in opera una nuova *stipulatio* relativa a questa somma? Non era indispensabile, dal momento che, come è manifestissimo, *in maiore minus inest*. La *stipulatio* di copertura poteva essere utilizzata.

3. — Non vi è dubbio che già in età classica l'uomo della strada fosse incline a ragionare secondo il topos elementare dell'*in maiore minus inest*. Appunto perciò i giureconsulti si adoperavano a dire che invece, quando vi fosse incongruenza tra il richiesto e il promesso, *non esse contractam obligationem*. Ma vediamo gli argomenti portati puntigliosamente dal Backhaus ad avvalorare la tesi per cui Ulpiano in persona, reagendo ad un principio finora ammesso in modo unanime, avrebbe sposata e avvalorata l'opinione dell'uomo della strada.

Primo argomento. Gai 3.102 afferma che l'*inutilitas* della *stipulatio* per incongruenza della somma è un principio che vale « *adhuc* », fino ad ora, fino al suo tempo: non è escluso dunque che Ulpiano, fiorito dopo Gaio, l'abbia pensata diversamente. Potrei rispondere che la divergenza di Ulpiano trova smentita nella conferma che di Gai 3.102 leggiamo in EG. 2.9.10 e in Inst. 3.19.5. Mi basta però replicare, invitando a leggere tutto quanto Gai 3.102, dal quale risulta che il rispondere cinquemila alla domanda di diecimila è un esempio del non rispondere affatto: *Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id, quod interrogatus erit non responderit, veluti si sestertia decem a te dari stipuler et tu nummum sestertium quinque milia promittas, aut si ego pure stipuler, tu sub condicione promittas*.

Secondo argomento. La conferma di Gai 3.102 operata da Inst. 3.19.5 non esclude che i compilatori giustiniani abbiano interpolato Ulpiano in D. 45.1.1.4. Potrei rispondere con molte considerazioni, che mi porterebbero piuttosto lontano, circa il modo di compilazione dei *Digesta*. Mi basta però replicare che, come è stato già ben visto dal Troje, l'alterazione di D. 45.1.1.4 è di origine pregiustiniana, sicché tutto facilmente si spiega.

Terzo argomento. La violazione del principio di congruenza non è un indizio cogente di interpolazione ed è confermata da altri casi (cfr. D. 45.1.1.5, D. 45.1.65, D. 45.1.83.3-4). Potrei rispondere che anche le altre eccezioni sono di genuinità discutibile. Mi basta però replicare che nessuna tesi è « cogente », né in un senso né nell'altro: qui si discute solo del possibile e del verosimile.

Quarto argomento. Il ricorso alla regola *in maiore minus inest*, che si legge nel periodo finale di D. 45.1.1.4, fa parte del repertorio argomentativo della giurisprudenza classica e si manifesta chiaramente contro l'ipotesi dell'interpolazione. Potrei rispondere che proprio l'accurata ricerca dedicata dal Backhaus alla regola *in maiore minus inest* (cfr. D. 50.17.110 pr.) pone in evidenza quanto poco questa regola abbia inciso sulle argomentazioni dei giuristi preclassici e classici e quanto male sia stata da questi talvolta utilizzata (cfr. D. 32.29.1, su cui Backhaus p. 169 ss.). Mi basta però replicare che il topos *in maiore minus inest* non fu esclusivo dei preclassici e dei classici, ma fu accettato ed utilizzato senza difficoltà anche dalla giurisprudenza successiva.

Quinto e ultimo argomento. Il *non esse contractam obligationem nisi in decem* (e così pure la corrispondente frase del periodo successivo) non sta a significare l'insorgere necessario, inevitabile di una obbligazione di dieci, ma significa soltanto che la parte che ha detto venti « può » essere d'accordo nel ritenere valida l'obbligazione di dieci: « damit ist zunächst nur die Möglichkeit ausgeschlossen, dass eine Verbindlichkeit über 10 hinaus, also über 20, entsteht, und hiervon konnte Ulpian zu Recht behaupten, dies stehe fest (*constat*) ». Al che potrei rispondere che questo modo di ragionare è sempre in netto contrasto col periodo finale del passo, ma mi basta replicare che il testo non fa affatto dipendere l'*esse obligationem contractam* dall'accordo eventuale, ipotetico tra le parti.

D. 45.1.1.4 si pronuncia in termini assoluti, i quali presuppongono che l'accordo tra le parti limitatamente al dieci in ogni caso vi sia e non possa in nessun caso non esservi. Volerlo negare non è fare anticritica?