

Collana della Rivista di Diritto Romano

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO
SAGGI

Arnaldo Biscardi

ACTIO
PECUNIAE TRAIECTICIAE

CONTRIBUTO ALLA DOTTRINA
DELLE CLAUSOLE PENALI

Ristampa emendata della seconda edizione
a cura di Ivano Pontoriero e Ferdinando Zuccotti



— Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto —

ISBN 978-88-7916-885-4 - I SSN 2499-6491

Copyright 2019

LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

Via Cervignano 4 - 20137 Milano

Catalogo: www.lededizioni.com

I diritti di riproduzione, memorizzazione elettronica e pubblicazione con qualsiasi mezzo analogico o digitale (comprese le copie fotostatiche e l'inserimento in banche dati) e i diritti di traduzione e di adattamento totale o parziale sono riservati per tutti i paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da: AIDRO, Corso di Porta Romana n. 108 - 20122 Milano
E-mail segreteria@aidro.org <<mailto:segreteria@aidro.org>>
sito web www.aidro.org <<http://www.aidro.org/>>

Le spese per il servizio di pubblicazione sono state sostenute dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino

In copertina: Modello di nave oneraria romana
Per gentile concessione della Associazione Culturale Museo del Mare e della Navigazione Siciliana "Florio" - Palermo
Un ringraziamento particolare al dottor Alessandro Zuccarello

Stampa: Andersen Spa

Indice generale

Introduzione, di *Ivano Pontoriero* p. IX

Actio pecuniae traiecticiae Contributo alla dottrina delle clausole penali

Prefazione p. 3

Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clausole penali
(§§ 1-15) ” 7

Indici ” 105

Postilla: Nuovi spunti critici e ricostruttivi sull'istituto della *pecunia traiecticia* ” 119

Appendice: Edizione critica di P. Vindob. G. 19.792 ” 155

Riepilogo ” 163

Postfazione, di *Ferdinando Zuccotti* ” 169

Ivano Pontoriero

Introduzione (*)

1. Arnaldo Biscardi e la *pecunia traiecticia* - 2. I caratteri del prestito marittimo nella ricostruzione offerta dall'autore - 3. Osservazioni conclusive.

1. Il volume che qui si pubblica costituisce la tappa senz'altro più significativa di un ben più articolato e complesso itinerario di ricerca intrapreso da Arnaldo Biscardi e dedicato alla ricostruzione dei caratteri del prestito marittimo in diritto romano¹. Il punto di inizio di questo percorso di indagine è costituito da

*) Questo contributo riprende in molti punti, con gli indispensabili aggiornamenti bibliografici, le conclusioni da me raggiunte nella monografia dal titolo *Il prestito marittimo in diritto romano*, Bologna, 2011.

¹) Si tratta della seconda edizione di A. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae: contributo alla dottrina delle clause penali*, in «Studi senesi», LX, 1946-1947-1948, p. 567-709, lavoro pubblicato anche come estratto autonomo dalla rivista nel 1947, ma in numero assai limitato di copie. Tale seconda edizione (*Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clause penali*², Torino, 1974, p. 3-145 [in questa ristampa, p. 7-104]) riprende fedelmente la prima, salvo l'aggiunta di un'ampia *Postilla*, dal titolo *Nuovi spunti critici e ricostruttivi sull'istituto della «pecunia traiecticia» (Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clause penali*², cit., p. 165-207 [qui, p. 121-153]) e di una *Appendice*, contenente la riproduzione e l'edizione critica di P. *Vindob. G.* 19.792 (*Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clause penali*², cit., p. 211-214 [p. 157-160]). Sul volume apparvero le segnalazioni di A. D'ORS, in «AHDE.», XLV, 1975, p. 732, e di A. RUGGIERO, in «Labeo», XXI, 1975, p. 268-269, nonché le recensioni di M. AMELOTTI, in «Aegyptus», LVI, 1976, p. 323-325 (= *Scritti giuridici*, cur. L. MIGLIARDI ZINGALE, Torino, 1996, p. 785-786) e di W. LITEWSKI, in «ZSS.», XCIII, 1976, p. 418-422.

Per la biografia e sulla produzione scientifica di Arnaldo Biscardi, oltre al «*Curriculum vitae*» di Arnaldo Biscardi e ai *Dati bibliografici*, in «Studi in onore di A. Biscardi», I, Milano, 1982, rispettivamente, p. XXV-XXVII e p. XXVII-XXXV, cfr. A. MAFFI, *Arnaldo Biscardi: in memoriam*, in «Dike», I, 1998, p. 181-183, E. CANTARELLA, A. MAFFI, *Introduzione*, in A. BISCARDI, *Scritti di diritto greco*, cur. E. Cantarella e A. Maffi, Milano, 1999, p. VII-X, R. MARTINI, M. BIANCHINI, J. PARICIO, *Arnaldo Biscardi: l'omaggio dell'Accademia Romanistica Costantiniana. Spello 18 settembre 1998*, in «SDHL.», LXV, 1999, p. 533-545, *Carriera e scritti di Arnaldo Biscardi*, cur. M. Balestri Fumagalli e S. Lazzarini, *ivi*, p. 545-552 (all'elenco degli scritti è tuttavia ora da aggiungere *La «indefensio» nel diritto processuale romano*, in «Antecesso-

un lavoro giovanile, dal titolo *La struttura classica del «genus nauticum»*, apparso nel 1937 nel secondo volume degli «Studi in memoria di Aldo Albertoni»².

Questo saggio segue di poco la pubblicazione di un importante contributo di Francesco De Martino, in cui veniva recisamente negata la possibilità di configurare il prestito marittimo come figura contrattuale autonoma, disciplinata da norme particolari³. Secondo De Martino, la giurisprudenza romana avrebbe semplicemente inquadrato all'interno dei propri schemi l'istituto di derivazione greca: il finanziatore di un prestito marittimo avrebbe dato vita a un ordinario *mutuum* e per ottenere il pagamento di *usurae* sarebbe stato necessario fare ricorso – secondo i principii generali del diritto delle obbligazioni – a un'apposita *stipulatio*⁴. L'autore, in modo del tutto coerente con la proposta di ricostruzione formulata, escludeva, inoltre, che all'assunzione del rischio dell'operazione di commercio da svolgersi oltremare da parte del creditore potesse essere riconosciuto il rango di elemento essenziale (o caratterizzante) di un particolare tipo contrattuale.

Le ipotesi avanzate da De Martino si ponevano in netto contrasto con l'indirizzo allora maggioritario – giova ricordare che tra i più autorevoli sostenitori di questo orientamento vi era proprio Ugo Enrico Paoli, del quale Biscardi era stato discepolo a Firenze – che, al contrario, non esitava a riconoscerne nella disciplina del prestito marittimo romano forti connotati di specialità, derivanti dall'influenza del diritto attico, e, in particolare, la possibilità per il creditore di pretendere in via d'azione il pagamento di *usurae* solo pattuite⁵.

ri oblata. Cinque studi dedicati ad A. Dell'Oro [con, in appendice, un inedito di A. Biscardi], Padova, 2001, p. 329-354), A. MAFFI, *Arnaldo Biscardi (17.11.1910–13.1.1998)*, in «ZSS», CXVII, 2000, p. 823-824, G. THÜR, *Arnaldo Biscardi e il diritto greco (riflessioni sul prestito marittimo SB VI 9571)*, in «Dike», III, 2000, p. 177-186, nonché A. MAFFI, 'Biscardi, Arnaldo', in «Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII–XX secolo)», I, Bologna, 2013, p. 262-263. Cfr. altresì F. ZUCCOTTI, *Arnaldo Biscardi o della felicità del diritto*, in «Rivista di Diritto Ellenico», V, 2015, p. IX-XXXII (premessa alla ristampa del *Diritto greco antico* [Milano, 1982], cur. P. Cobetto Ghiggia e F. Zuccotti).

²) A. BISCARDI, *La struttura classica del «genus nauticum»*, in «Studi in memoria di A. Albertoni», II, Padova, 1937, p. 345-371.

³) F. DE MARTINO, *Sul «foenus nauticum»*, in «Rivista del diritto della navigazione», I, 1, 1935, p. 217-247 (= *Scritti di diritto romano*, II, Roma, 1982, p. 3-30).

⁴) La ricostruzione proposta da Francesco De Martino è favorevolmente accolta da V. DE VILLA, *Le «usurae ex pacto» nel diritto romano*, Roma, 1937, p. 93-111. Assume, invece, una posizione critica, in difesa dell'orientamento tradizionale, G. CAMPANINO, 'Prestito a cambio marittimo (diritto commerciale marittimo)', in «NDI», X, Torino, 1939, p. 320-322. Quest'ultimo autore giustifica la deroga alla disciplina comune in materia di interessi richiamando il «carattere essenzialmente commerciale dell'istituto» (p. 321).

⁵) In questo senso, si vedano F. PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Geld. Studien über die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischem und römischem Recht*,

A tale consolidato indirizzo può essere ricondotto anche il primo lavoro dedicato da Biscardi al prestito marittimo. Quest'ultimo individuava nella disciplina del *fenus nauticum* una serie di profili di specialità. La sopportazione del *periculum maris* da parte del creditore sarebbe stata configurata come *naturale negotii*, che, come tale, poteva essere escluso dalla volontà dei contraenti. In linea con l'orientamento prevalente, veniva riconosciuta la possibilità per il creditore di ottenere il pagamento di interessi in via d'azione grazie ad un semplice *pactum*. L'autore riteneva, poi, che il creditore avrebbe potuto ottenere la restituzione del capitale erogato e il pagamento degli interessi attraverso l'*actio ex stipulatu* o la *condictio certae pecuniae*⁶.

Decorso ormai un decennio da quando era apparso il suo primo contributo sul tema, Biscardi pubblica un'ampia monografia dedicata, in particolare, all'individuazione degli strumenti di tutela delle pretese creditorie del finanziatore di un prestito marittimo. Lo studioso, abbandonate le tesi in passato sostenute, ipotizza ora che la tutela del creditore trovasse realizzazione in diritto romano soltanto in modo indiretto, attraverso il ricorso ad una *stipulatio poenae* principale o autonoma, da cui sarebbe scaturita un'*actio ex poena traiecticiae pecuniae*, denominata anche, in modo più semplice e sintetico, *actio pecuniae traiecticiae*⁷.

Il nuovo tentativo di ricostruzione andò incontro a una nutrita serie di osservazioni critiche, ma l'autore non esitò mai a difendere con tenacia le proprie conclusioni, tanto in merito alla fisionomia complessivamente assunta dall'operazione, quanto, più in particolare, in relazione alla funzione e alla struttura della stipulazione penale impiegata dai contraenti.

Leipzig, 1916 (rist. New York, 1979), p. 143-147, P. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain (histoire externe - droit maritime)*, Paris, 1929, p. 196-218, e U.E. PAOLI, *Il prestito marittimo nel diritto attico*, in *Studi di diritto attico*, Firenze, 1930, *praecipue* p. 69-71. Sull'influenza dispiegata dalla produzione scientifica di Ugo Enrico Paoli su quella di Biscardi, cfr. quanto ricorda lo stesso A. BISCARDI, *Introduzione*, in U.E. PAOLI, *Altri studi di diritto greco e romano*, Milano, 1976, p. XVI-XVII.

⁶ In senso fortemente critico nei confronti della ricostruzione proposta da Biscardi, si veda F. DE MARTINO, *Ancora sul «foenus nauticum»*, in «Rivista del diritto della navigazione», II.1, 1936, p. 433-445 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 31-44).

⁷ Alcuni autori, già in precedenza, avevano sostenuto che la stipulazione penale avesse permesso di assicurare protezione giuridica alla *pecunia traiecticia*, finendo, tuttavia, per ammettere, almeno con riferimento all'elaborazione giurisprudenziale più matura, il riconoscimento dell'azionabilità del *nudum pactum usurarum* aggiunto al contratto reale di mutuo: cfr. E. CUQ, 'Nauticum foenus', in «Dictionnaire des antiquités grecques et romaines», IV, Paris, 1907 (rist. Graz, 1969), p. 14-15, ID., *Manuel des institutions juridiques des romains*, Paris, 1917, p. 439 e nt. 9, e R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II, *Les obligations*, Paris, 1936, p. 134-135.

Per quanto concerne i caratteri del *fenus nauticum* e il suo inquadramento nel sistema contrattuale romano, Francesco De Martino ribadì, in più occasioni, il valore dell'ipotesi ricostruttiva precedentemente formulata, che negava alla figura ogni autonomia⁸.

Un saggio di Károly Visky prese spunto dalla monografia di Biscardi per avanzare alcune ipotesi nuove sulla funzione della clausola penale nel prestito marittimo, anche in relazione al tema dei limiti legali alla prestazione di *usurae* nelle operazioni di finanziamento⁹.

Si soffermarono, invece, sull'impiego della *stipulatio poenae* nelle operazioni di prestito marittimo, negando che la clausola penale potesse svolgere altra funzione che quella di garanzia, Paolo Frezza e Pasquale Voci¹⁰.

Il dibattito scientifico sul ricorso alla clausola penale nel prestito marittimo è rimasto piuttosto vivace, anche dopo la pubblicazione della seconda edizione del lavoro di Biscardi. Le tesi formulate dall'autore fiorentino sono state ampiamente discusse, sia dagli autori che si sono soffermati sulla *stipulatio poenae*, sia nelle trattazioni dedicate *ex professo* alla ricostruzione della disciplina della *pecunia traiecticia*.

⁸ F. DE MARTINO, *Sull'«actio pecuniae traiecticiae»*, in «Rivista del diritto della navigazione», X, 1, 1949, p. 19-40 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 200-220), e ID., «*Foenus nauticum (diritto romano)*», in «NNDI.», VII, Torino, 1961, p. 421-425. Considerazioni di replica di Arnaldo Biscardi si trovano in U.E. PAOLI, A. BISCARDI, «*Prestito a cambio marittimo (diritto greco)*», in «NNDI.», XIII, Torino, 1966, p. 752-753 (si tratta della seconda edizione aggiornata, riveduta e accresciuta dell'omonima voce pubblicata da Ugo Enrico Paoli in «NNDI.», X, Torino, 1939, p. 315-319 – per la quale Biscardi ha redatto l'intero § 5, «La sua recezione nella prassi del commercio marittimo romano ed il problema della sua romanizzazione *sub specie iuris*» – e *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 168-172 (p. 123-126).

⁹ K. VISKY, *Das Seedarlehn und die damit verbundene Konventionalstrafe im römischen Recht*, in «RIDA.», 3^e série, XVI, 1969, p. 389-419. Per alcune osservazioni critiche sulle tesi sostenute dal romanista ungherese, cfr. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 173-176 (p. 127-129).

¹⁰ P. FREZZA, *La clausola penale*, in «Studi in memoria di L. Mossa», II, Padova, 1961, p. 269-313 (= *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, I, *Le garanzie personali*, Padova, 1962, p. 309-365), secondo cui, in considerazione della funzione di garanzia svolta, la clausola penale avrebbe dovuto essere qualificata come clausola penale propria. Una serrata critica alla ricostruzione di Biscardi è poi formulata da P. VOCI, *La responsabilità del debitore da «stipulatio poenae»*, in «Studi di E. Volterra», III, Milano, 1971, p. 341-348. Quest'ultimo autore ritiene la *pecunia traiecticia* riconducibile ad un mutuo connotato da una disciplina speciale: l'obbligazione di restituzione del mutuante sarebbe stata sottoposta alla condizione sospensiva dell'arrivo in porto della nave salva e il creditore avrebbe potuto pretendere il pagamento di *usurae ex nudo pacto*. La *stipulatio poenae* nel prestito marittimo avrebbe, dunque, avuto soltanto lo scopo di rafforzare l'obbligazione principale. La replica di Biscardi alle tesi sostenute da Paolo Frezza e da Pasquale Voci è contenuta in *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*², cit., p. 176-181 (p. 129-133).

Quanto ai primi, Rolf Knütel ha sostenuto che la pena convenzionale nel prestito marittimo sarebbe da annoverare tra le «echte Vertragsstrafen» («clausole penali proprie»)¹¹, mentre, più di recente, anche Amalia Sicari è giunta alla conclusione che la *stipulatio poenae* assumesse, con riferimento alla *pecunia traiecticia*, solo i connotati della stipulazione penale di garanzia¹². Prendendo in considerazione le ricerche sull'operazione di finanziamento in esame, Amelia Castresana Herrero ha a sua volta ritenuto che la previsione di una penale svolgesse semplicemente una funzione di garanzia¹³.

Sulla *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae nomine* – giungendo a conclusioni originali in ordine agli strumenti di protezione delle aspettative creditorie – si è soffermato, inoltre, Fernando Reinoso Barbero¹⁴. L'autore ha ipotizzato che la *stipulatio poenae*, frequentemente attestata dalle fonti in materia di prestito marittimo, costituisse uno strumento destinato a permettere il funzionamento di un particolare procedimento di natura arbitrale e che l'esercizio dell'azione da essa scaturente fosse dalle parti sottoposto a un breve termine perentorio¹⁵.

Gli ultimi due contributi dedicati da Arnaldo Biscardi al prestito marittimo hanno preso in considerazione *Tab. Pomp.* 13 (= *TP Sulp.* 78)¹⁶. Deve

¹¹ R. KNÜTEL, «*Stipulatio poenae*». *Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976, p. 40. I rilievi critici dello studioso italiano non tardano ad arrivare: A. BISCARDI, «*Pecunia traiecticia*» e «*stipulatio poenae*», in «*Labeo*», XXIV, 1978, p. 292-294. Per alcune accurate riflessioni sui profili strutturali e funzionali della clausola penale, con particolare attenzione alla *pecunia traiecticia*, si veda ID., *La double configuration de la clause pénale en droit romain*, in «*De iustitia et iure*. Festgabe für U. von Lübtow zum 80. Geburtstag», Berlin, 1980, p. 257-268. In una prospettiva di più ampio respiro, cfr. anche ID., *Introduction à l'étude des pratiques commerciales dans l'histoire des droits de l'Antiquité*, in «*RIDA*», 3^e série, XXIX, 1982, p. 21-44 e, in specie, p. 39-41 e ID., *Continuità della tradizione ed esigenze di rinnovamento nella compilazione bizantina del «Νόμος Ροδίων ναυτικός»*, in «*Atti del I Congresso di diritto marittimo. La legge del mare in Italia dall'evo antico alle moderne codificazioni*». Trani, 24-25-26 ottobre 1980», Bari, 1983, p. 13-25.

¹² A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari, 2001, p. 231-271.

¹³ A. CASTRESANA HERRERO, *El préstamo marítimo griego y la «pecunia traiecticia» romana*, Salamanca, 1982, p. 125: «La estipulación penal, por tanto, no dotaba de eficacia jurídica a la *pecunia traiecticia*, como cree Biscardi, sino que constituía, junto con el *pignus* o la *hypotheca*, un medio de garantía de nuestro negocio». A queste stesse conclusioni sono giunto, attraverso il riesame delle testimonianze concernenti l'impiego della *stipulatio poenae* nel prestito marittimo, nella mia monografia *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., p. 103-135 e p. 194-195.

¹⁴ F. REINOSO BARBERO, *D.* 44, 7, 23, in «*Sodalitas. Scritti A. Guarino*», VII, Napoli, 1984, p. 3537-3552.

¹⁵ Per altre osservazioni dello studioso spagnolo sulla configurazione assunta dal prestito marittimo romano e una radicale critica alla teoria sulla difesa processuale del creditore formulata da Francesco De Martino, si veda *El «foenus nauticum» de Calimaco*, in «*Studi in onore di A. Biscardi*», V, Milano, 1984, p. 297-310.

¹⁶ A. BISCARDI, «*Minima de iure civili*». 3. *Un viaggio al Pireo?*, in «*Sodalitas. Scritti A. Guarino*», IV, Napoli, 1984, p. 1534-1536, e ID., *Ancora sulla «pecunia traiecticia»*, in «*Labeo*»,

essere ricordato, a tale proposito, che alcuni autori, tra cui lo stesso Biscardi, hanno ritenuto di poter individuare nella ναυλωτική ἐκσφραγισμένη menzionata in *Tab. Pomp.* 13¹⁷, in luogo di un «Seefrachtvertrag» («contratto di trasporto marittimo») ¹⁸, un prestito marittimo¹⁹. Un certo seguito ha avuto anche l'interpretazione secondo cui, essendo stato concluso un contratto di trasporto marittimo, il *navicularius* Menelao avrebbe solo dichiarato di aver ricevuto dallo schiavo Primo la somma di mille denari, che sarebbe stata poi effettivamente pagata soltanto nel caso di perdita del carico ricevuto per il trasporto e appartenente a *P. Attius Severus*. Le parti avrebbero, dunque, fatto ricorso a una forma di assicurazione marittima²⁰. La riconducibilità di questo documento al prestito marittimo, come pure quella di *Tab. Pomp.* 34 (= *TP Sulp.* 31, 2-3), sembra oggi da escludere definitivamente²¹.

XXXVII, 1991, p. 169-173.

¹⁷) *Tab. Pomp.* 13 contiene due chirografi. Il primo è redatto in lingua greca dal *navicularius* Menelao, figlio di Ireneo e originario di Ceramos. Il *navicularius* dichiara di aver ricevuto da Primo, schiavo di *P. Attius Severus*, la somma di mille denari (ἐκ ναυλωτικῆς ἐκσφραγισμένης: p. 2, l. 9) e si impegna a restituirla, in conformità degli accordi contenuti nella stessa ναυλωτική. Menelao dichiara, altresì, di aver costituito fideiussore *M. Barbatius Celer*. Il secondo chirografo è redatto in lingua latina da *Q. Aelius Romanus*, su richiesta e in presenza del fideiussore, 'quod is litteras nesciret' (p. 3, l. 5).

¹⁸) In questo senso, cfr. J.G. WOLF, *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: Der Seefrachtvertrag des Menelaos*, in «Freiburger Universitätsblätter», LXV, 1979, p. 23-36.

¹⁹) Cfr. H. ANKUM, *Tabula Pompeiana 13: ein Seefrachtvertrag oder ein Seedarlehn?*, in «Iura», XXIX, 1978, p. 156-173, J. MACQUERON, «Contractus scripturae». *Contrats et quittances dans la pratique romaine*, Camerino, 1982, p. 173-175, BISCARDI, «Minima de iure civili», cit., p. 1534-1536, H. ANKUM, *Minima de Tabula Pompeiana 13*, in «Cahiers d'histoire», XXXIII, 1988, p. 271-289, BISCARDI, *Ancora sulla «pecunia traiectica»*, cit., p. 169-173, H. ANKUM, *Observations sur le prêt maritime romain, sujet cher à Henryk Kupiszewski*, in «Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges H. Kupiszewski», Varsovie, 1996, p. 64-68, e P. GRÖSCHLER, *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, Berlin, 1997, p. 160. Non prende posizione sul punto, limitandosi a segnalare la controversa attribuzione delle *Tabulae Pompeianae* 13 e 34 al prestito marittimo, C. KRAMPE, «Fenus nauticum», in «Der neue Pauly. Enzyklopädie der Antike», IV, Stuttgart-Weimar, 1998, p. 471.

²⁰) D.C. GOFAS, *Encore une fois sur la Tabula Pompeiana 13 (essai d'une interprétation nouvelle)*, in «Symposion 1993. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte (Graz-Andritz, 12. - 16. September 1993)» – cur. G. Thür –, Köln-Weimar-Wien, 1994, p. 251-266, e, per il rilievo secondo cui le parti avrebbero realizzato una «Aestimationsabrede» («convenzione di stima») in forma di mutuo fittizio, G. THÜR, *Die Aestimationsabrede im Seefrachtvertrag. Diskussionsbeitrag zum Referat Dimitri C. Gofas, ivi*, p. 267-271. In questo senso, si veda anche G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp.)*. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii, I, Roma, 1999, p. 178-180.

²¹) Escludono la riconducibilità di *Tab. Pomp.* 13 al prestito marittimo, pur esprimendo posizioni alquanto diversificate, É. JAKAB, «Vectura pro mutua»: *Überlegungen zu TP 13 und Ulp. D. 19,2,15,6*, in «ZSS.», CXVII, 2000, p. 244-273, che ha proposto di leggere il documento alla luce del brano ulpiano contenuto in D. 19.2.15.6 (Ulp. 32 *ad ed.*); in

senso contrario, si veda l'ampia analisi di J.W. WOLF, *Aus dem neuen Pompejanischen Urkundenfund: die «ναυλωτική» des Menelaos - Seedarleben oder Seefrachtvertrag?*, in «Juris vincula. Studi M. Talamanca», VIII, Napoli, 2001, p. 423-463, che ha ribadito la propria precedente interpretazione, nonché le osservazioni a più riprese formulate da G. CAMODECA, *Per un primo aggiornamento all'edizione dell'archivio dei Sulpicii (TPSulp.)*, in «Cahiers du Centre Gustave-Glotz», XI, 2000, p. 167-168 e *Il credito negli archivi campani: il caso di Puteoli e di Herculaneum*, in «Credito e moneta nel mondo romano. Atti degli Incontri capresi di storia dell'economia antica (Capri 12-14 ottobre 2000)», Bari, 2003, p. 88-90 (per alcune considerazioni critiche sulla precedente letteratura deve essere tenuto presente anche D. RATHBONE, *The financing of maritime commerce in the Roman empire, I-II AD*, *ivi*, p. 208-210). Per qualche accenno, cfr. anche K. VERBOVEN, *L'organisation des affaires financières des C. Sulpicii de Pouzzoles (Tabulae Pompeianae Sulpiciorum)*, in «Cahiers du Centre Gustave-Glotz», XI, 2000, p. 167-168, e THÜR, *Arnaldo Biscardi e il diritto greco (Riflessioni sul prestito marittimo SB VI 9571)*, cit., p. 182, nt. 12. Nuovamente sul tema, si vedano É. JAKAB, U. MANTHE, *Recht in der römischen Antike*, in «Die Rechtskulturen der Antike. Vom Alten Orient bis zum Römischen Reich» – cur. U. Manthe –, München, 2003, p. 295-303, e in senso adesivo, S. SCHUSTER, *Das Seedarleben in den Gerichtsreden des Demostenes. Mit einem Ausblick auf die weitere historische Entwicklung des Rechtsinstitutes: δάνειον ναυτικόν, fenus nauticum und Bodmeri*, Berlin, 2005, p. 178 e nt. 11. Com'è noto, *Tab. Pomp.* 34 contiene due *formulae* processuali attraverso le quali l'attore C. Sulpicius Cinnamus avanzava nei confronti del convenuto C. Marcius Saturninus due distinte pretese aventi ad oggetto, rispettivamente, il pagamento delle somme di 6000 e di 18000 sesterzi. Il rapporto di 1:3 tra le somme di denaro indicate dalle due *formulae* ha indotto G. PURPURA, *Tabulae Pompeianae 13 e 34: due documenti relativi al prestito marittimo*, in «Atti del XVII Congresso Internazionale di Papirologia», Napoli, 1984, p. 1245-1266 (= *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Soveria Mannelli, 1996, p. 243-264) a ritenere che il negozio dal quale scaturivano le pretese di C. Sulpicius Cinnamus fosse un prestito marittimo. La prima *formula* pervenutaci sarebbe stata destinata a ottenere il pagamento di interessi computati preventivamente a viaggio e oggetto di separata *stipulatio*. Condivide questa proposta di interpretazione J. ROUGÉ, *Droit romain et sources de richesses non foncières*, in «L'origine des richesses dépendées dans la ville antique. Actes du colloque organisé à Aix-en-Provence par l'U.E.R. d'histoire, les 11 et 12 Mai 1984» – cur. P. Leveau –, Aix-en-Provence, 1985, p. 165. E' merito di R. SANTORO, *Le due formule della Tabula Pompeiana 34*, in «AUPA», XXXVIII, 1985, p. 335-350, aver identificato la prima formula pervenutaci con l'*actio* scaturente dalla *sponsio tertiae partis* relativa all'*actio certae creditae pecuniae* contenuta nella seconda formula. In questo senso, cfr. anche ANKUM, *Minima de Tabula Pompeiana 13*, cit., p. 283 e nt. 55, CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp.)*. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii, I, cit., p. 98-99, GRÖSCHLER, *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, cit., p. 162-164, M. VARVARO, «*Praescriptio*» e «*sponsio*» nella *Tabula Pompeiana Sulpiciorum 31*, in «AUPA», XLVII, 2002, p. 369-404, L. PELLECCCHI, *La «praescriptio». Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova, 2003, p. 353-448, e M. VARVARO, *Ricerche sulla «praescriptio»*, Torino, 2008, p. 145 e nt. 540. Significativo, al riguardo, nella letteratura più recente dedicata al prestito marittimo, è anche il silenzio serbato sul punto da SCHUSTER, *Das Seedarleben in den Gerichtsreden des Demostenes. Mit einem Ausblick auf die weitere historische Entwicklung des Rechtsinstitutes: δάνειον ναυτικόν, fenus nauticum und Bodmeri*, cit., p. 176-178, che non elenca *Tab. Pomp.* 34 tra le fonti concernenti il prestito marittimo romano.

Arnaldo Biscardi

Actio pecuniae traiecticiae

Contributo alla dottrina delle clausole penali

Prefazione

Rimeditando, a distanza di molti anni, sui problemi del prestito marittimo romano, mi sembra di poter constatare, se non erro, la perdurante validità della tesi propugnata nella prima edizione di questo libro.

Tra la communis opinio di una pura e semplice recezione dell'istituto greco, accolto dai Romani come un corpo estraneo nel loro sistema giuridico, e la elegantissima tesi oltranzista, ma essenzialmente distruttiva, del De Martino, assertore di una sua trasfusione senza residui entro gli schemi della stipulatio in quanto tale, io avevo creduto di dover sostenere che la giurisprudenza repubblicana e classica si era limitata a far leva sulla prassi mercantile delle clausole penali per configurare usualmente, ai fini della sua tutela giudiziaria, la pecunia traiecticia come stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa (a prescindere dalla varietà di espedienti messi in opera per sanzionare la volontà delle parti nel caso, abbastanza raro, in cui queste non avessero fatto ricorso alla stipulazione di una penalità per inadempienza).

Ebbene, se la communis opinio ha ormai fatto il suo tempo, se la tesi del De Martino è a sua volta un frutto paradigmatico dell'interpolazionismo dominante quando la nostra generazione muoveva solo i primi passi nello studio del diritto romano, io sento ancora oggi la mia ricostruzione della pecunia traiecticia come la più aderente alle fonti. E non è affatto che io sia, di massima, troppo affezionato alle mie idee. Chi conosce l'insieme della mia produzione scientifica sa bene, invece, che io sono abituato a considerare il mio lavoro come un incessante sforzo di approssimazione alla realtà storica, ed a ritenere che di questo sforzo nessuna fase è inutile, anche se destinata ad essere più o meno corretta e rivodata, mentre non so nascondere l'insofferenza per chi s'illude di essere coerente soltanto in quanto non riesce mai a superare se stesso. Ed un esempio di questa mia spregiudicatezza, ispirata all'amore della ricerca, io credo proprio di averlo dato nelle mie indagini sull'istituto, che forma oggetto della presente monografia, nella quale non ho esitato a modificare per diversi motivi una mia precedente opinione più eclettica, formulata nei miei verdissimi anni (La struttura classica del 'fenus nauticum', in «Studi Albertoni», II, Padova 1937, p. 345 ss.).

D'altra parte, chiunque potrà darmi atto che, se in questi ultimi decenni la ricerca sul prestito marittimo romano ha arricchito la nostra esperienza di qualche nuova prospet-

tiva, lo ha fatto ripartendo dalla mia concezione della poena traiecticiae pecuniae.

Né l'argomento è di quelli che possano indurre oggi – pur nella fase in cui siamo di ridimensionamento dei nostri studi – al ripudio indiscriminato della critica interpolazionistica per quanto si riferisce alla esegesi delle fonti in subiecta materia. Qui, infatti, non solamente la tormentata vicenda dei rapporti fra stipulatio e pactum dal III secolo in poi ci induce a procedere con la massima circospezione, ma è altresì manifesto che la riforma giustiniana del 528 circa il regime delle usurae (benché più tardi abbia dato luogo, per gli inconvenienti provocati sul piano dell'economia creditizia, a contraddittorie Novelle dello stesso Giustiniano e ad acrobazie interpretative) non può non aver costretto i compilatori ad operare mutamenti inevitabili, e talvolta radicali, nei testi classici escerpiti.

Ecco dunque perché mi è parso non inutile ripubblicare la presente monografia, da lungo tempo esaurita, auspicandone una più ampia diffusione fra gli studiosi. Essa apparve per la prima volta nel 1947, come estratto autonomo dagli «Studi Senesi» (vol. LX, p. 567 ss.), edito a cura dell'Università di Siena, con aggiunta di tre 'indici', ma in numero assai limitato di copie (date le difficoltà di stampa dell'immediato dopoguerra).

Nel realizzare questa seconda edizione dell'opera, ho preferito – in pieno accordo con l'editore, che ringrazio per la pronta e premurosa adesione all'iniziativa – lasciarne inalterato il testo, salvo pochi ritocchi formali: e perciò il lettore non si stupirà se nei molti rinvii bibliografici non troverà sempre citate le più recenti edizioni o ristampe, o se qualche nuova opera che avrebbe potuto essere menzionata accidentalmente, sia pure solo per mera connessione di causa, non lo sia. Tuttavia non ho mancato di aggiornare la trattazione con un'ampia 'postilla', nella quale ho cercato di render conto degli scritti ulteriormente apparsi in proposito nell'ambito della letteratura internazionale, ed anche di un nuovo, preziosissimo documento: il P. Vindob. Gr. Inv. 19.792, dell'età di Antonino Pio (138-161 d. C.).

Né ho voluto sottrarmi all'onere di recensere – ovvero sia di ripensare criticamente – a conclusione della 'postilla', tutta la problematica relativa agli aspetti sostanziali e processuali della pecunia traiecticia, accentuando una visuale a cui – precorrendo i tempi – mi ero già ispirato, e cioè sforzandomi di ricostruire storicamente gli schemi giuridici non già in senso astratto, e perciò distaccato dalle esigenze concrete della società, ma al contrario in aderenza strettissima, e quasi ostinata, al profilo socio-economico delle operazioni di credito marittimo, legate sempre a finalità pratiche di assicurazione, e conseguentemente ad intenti di ripartizione del rischio nelle forme di cooperazione fra capitalisti ed imprenditori.

Milano-Firenze, febbraio 1974.

A. B.

Actio pecuniae traiecticiae

SOMMARIO: 1. Il problema relativo alla difesa processuale del *creditor pecuniae traiecticiae* nella dottrina dell'Ottocento e nella letteratura più recente – 2. Rassegna critica delle varie opinioni che ancora oggi sono rimaste in discussione fra gli studiosi – 3. La chiave del problema: D. 15, 1, 3 § 8. Singolare destino di questo frammento nello studio della compilazione giustiniana: esso è ignoto ai moderni trattatisti della *pecunia traiecticia*. La questione risolta da Ulpiano ed il contrasto delle tendenze fra Sabiniani e Proculiani circa i limiti della responsabilità adiettizia per l'attività negoziale del servo. *Actio de peculio traiecticiae pecuniae*. Che cosa debba intendersi per *a. pecuniae traiecticiae*: il raffronto con l'*a. ex compromisso* ha importanza decisiva. Dal *nomen actionis* al *nomen negotii* – 4. La *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa* in relazione alle altre stipulazioni penali. Funzione pratica di essa – 5. Qual è la forma in cui si contraeva la *stipulatio poenae t.p. causa*? Osservazioni dogmatiche ed esegetiche: oggetto della solennità verbale, irrilevanza giuridica della *culpa debitoris* agli effetti della *missio poenae*. *Conventio* e *stipulatio* – 6. Interpretazione critica del fr. 23 D. 44, 7: un caso particolare di *stipulatio poenae t. p. nomine*, trasformato dai compilatori in una ipotesi di *stipulatio poenae* circoscritta alle *operae* del κερμακόλουθος. La testimonianza delle fonti bizantine in proposito – 7. Desuetudine della *poena traiecticiae pecuniae* dopo la riforma di Giustiniano sul tasso delle *usurae*, che stabiliva un massimo per l'interesse nautico. Genesi e abrogazione della Nov. 106. Gli accorgimenti della prassi e della giurisprudenza bizantina per sfuggire ai vincoli della legislazione giustiniana – 8. Sinonimia tralatica di '*poena*' ed '*usurae*' nei testi delle Pandette. Le attestazioni dei Basilici e della Glossa. Una significativa interpolazione in D. 3, 5, 12 – 9. Come si spieghi la eccezionalità di una *stipulatio traiecticiae pecuniae*, che non è la solita *stipulatio poenae*: D. 45, 1, 122 § 1 – 10. Diritto giustiniano e diritto classico nel fr. 5 D. 22, 2: un tentativo di ricostruzione ipotetica dell'originale sulla base delle nozioni acquisite circa l'essenza della *stipulatio poenae t.p. causa*. *Pretium periculi* ed ammissibilità di altri negozi, in cui le *usurae* possano oltrepassare il tasso legale – 11. *Actio pecuniae traiecticiae* ed *actio de eo quod certo loco*: D. 13, 4, 2 § 8. – 12. - La *pecunia traiecticia sine poena*: mezzi a tutela del creditore. Applicabilità della *condictio ex mutuo* per la restituzione del capitale; inapplicabilità della *condictio indebiti* nei confronti del creditore soddisfatto; *soluti retentio* delle *usurae*. Funzionamento delle garanzie pignoratorie – 13. *Pecunia traiecticia cum poena* e *sine poena*: comprensibile oscillazione della terminologia e della dogmatica fra i due poli della stipulazione e del mutuo. Questioni dibattute dai classici e localizzazione delle liti: la *pecunia traiecticia* come istituto a sé stante. Evoluzione storica delle sue forme, dalla *p.t. cum poena* alla *p.t. sine poena*: coesistenza di entrambe nell'età dei Severi. Considerazioni conclusive intorno alla spe-

cifica tutela del negozio: perché *actio ex poena t.p.* e non *actio in factum* – 14. Il risultato delle nostre indagini può incidere sulla risoluzione del problema se il *periculum creditoris* debba essere caratterizzato nel corso della storia come elemento essenziale, naturale o accidentale della *pecunia traiecticia* – 15. La difesa giudiziaria del *creditor pecuniae traiecticiae* posteriormente all'età classica: necessità di separare i due sistemi delimitati dal solco della compilazione giustiniana, di pari passo con il mutevole atteggiarsi dei rapporti fra la stipulazione ed il patto. Le ripercussioni dello sconvolgimento processuale nella interpretazione bizantina della l. 3 § 8 D. 15, 1.

1. Com'è noto, le opinioni formulate dai romanisti sulla difesa processuale del *creditor pecuniae traiecticiae* sono varie e contrastanti.

La dottrina del secolo scorso aveva proposto alternativamente due soluzioni del problema, vevoli entrambe nell'ipotesi che il negozio non fosse stato riversato nella forma contrattuale della *stipulatio*, giacché in tal caso avrebbe trovato, naturalmente, applicazione l'*actio incerti ex stipulatu* (D. 45, 1, 122 § 1). Secondo alcuni¹, in mancanza di una specifica tutela del rapporto, il creditore avrebbe potuto agire con la *condictio ex lege* (D. 13, 2, 1) per ottenere al tempo stesso la restituzione del capitale ed il pagamento degli interessi. Altri invece², ammettendo che il *fenus nauticum* dovesse includersi nella categoria dei contratti innominati, opinavano che la difesa del creditore fosse affidata all'*actio praescriptis verbis*. Ma, se è lecito discutere ancora oggi quale delle due soluzioni sia preferibile per diritto giustiniano³, l'anacronismo di tali congetture per l'età classica non ha bisogno di apposito rilievo, dopo che è stato dimostrato come la *condictio ex lege* sia un'azione di conio bizantino⁴ e che sulla origine molto tarda sia dell'*a. praescriptis verbis* quanto di tutto il sistema dei contratti innominati nessuna incertezza può avere ormai ragione di sussistere⁵. Tuttavia è doveroso ricordare come già nel 1810 uno studioso del

¹) MATTHIAS, *Das foenus nauticum und die geschichtliche Entwicklung der Bodmerei*, Würzburg 1881, p. 53; HUSCHKE, *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn*, Stuttgart 1882, p. 227.

²) SAVIGNY, *System des heutigen röm. Rechts*, Berlin 1840 sgg., VI, p. 131 (= trad. it. SCIALOJA, Torino 1886 sgg., VI, p. 153); KLEINSCHMIDT, *Das foenus nauticum*, Heidelberg 1878, p. 51; SIEVEKING, *Das Seedarlehen des Altertums*, Leipzig 1893, p. 39.

³) Vedi oltre, § 15.

⁴) Cfr. BARON, *Die Conditionen*, Berlin, 1881, p. 76 e sgg.; PERNICE, *Labeo*, III, 1, Halle 1892, p. 204 n. 1; GIRARD-SENN, *Manuel*⁸, Paris 1929, p. 623 e sg.

⁵) Decisiva in proposito va ritenuta l'opera di P. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα: storia e dottrina dei c.d. contratti innominati*, Pavia 1913-16. La nuova strada fu aperta da una serie di ricerche speciali del GRADENWITZ, del PERNICE, del NABER e fa percorsa altresì con l'apporto di utili contributi dal PEROZZI (*Istit.*², Roma 1928, pp. 352-54) e dal BESELER (*Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen*, II, Tübingen 1911, p. 256 e sgg., IV, 1920, p. 135).

prestato marittimo romano⁶, sospettando la non classicità della *condictio ex lege*, cautamente fosse indotto a supporre piuttosto l'esistenza di una *condictio (incerti) ex consuetudine*; mentre in uno scritto del 1855, e successivamente in altra sede, il più insigne commercialista del secolo⁷ non vedeva altra soluzione all'infuori di quella dell'*a. ex stipulatu*, ed era perciò propenso ad accettare come paradigma il famoso prestito di Callimaco⁸.

Se noi volgiamo adesso lo sguardo alla letteratura più recente, occorre innanzitutto prescindere da coloro che, adducendo il silenzio dei testi, si appagano di un «*non liquet*»⁹. Viceversa le altre tendenze debbono essere attentamente considerate, rappresentando ciascuna in sé stessa e nella sua genesi un apprezzabile sforzo della dottrina di raggiungere, per vie diverse, la soluzione del problema.

Chi, come il Siber¹⁰ o il De Martino¹¹, sostiene la tesi che nel dar vita al rapporto fosse in ogni caso necessaria una *stipulatio*, con o senza pattuizione accessoria per quanto riguarda l'obbligo delle *usurae*, non può logicamente raffigurarsi la difesa del creditore se non col mezzo dell'*a. ex stipulatu*.

A questa opinione fa riscontro una ingegnosa congettura dell'Arangio Ruiz¹², fondata sul presupposto che le parti solessero fissare non un tasso mensile d'interessi, ma una somma complessiva da pagarsi se il viaggio si fosse svolto felicemente, ossia un *certum*, identificabile nella stipulazione di una *poena*: in tal modo avrebbe potuto sempre trovare applicazione la *condictio certae pecuniae* a tutela del sovventore, senza pericolo per quest'ultimo di esporsi ad una preclusiva *pluris petitio*. Io stesso, modificando la suggestiva ipotesi nel senso di escludere soltanto l'identificazione della clausola penale con il globale importo di capitale e interessi, e ciò in quanto la prestazione della *poena* è sospesa non già alla condizione «*si navis ad destinatum portum pervenerit*», bensì a quella del mancato pagamento entro il termine stabilito, accedevo una volta¹³

Oggi questa tesi radicale rappresenta del resto la *communis opinio*, sanzionata fra l'altro dall'autorità del LENEL, *EP.*³, Leipzig 1927, p. 300 e sgg.

⁶ HUDTVALCKER, *De foenore nautico Romano* (Hamburg 1810), p. 21 e sgg.

⁷ GOLDSCHMIDT, *Untersuchungen zur l. 122 § 1 de V.O.*, Heidelberg 1855, p. 5 e sgg., *Handbuch des Handelsrechts*, I, 1³, Stuttgart 1891, p. 345 e sgg.

⁸ Vale a dire la fattispecie raffigurata in D. 45, 1, 122 § 1: il frammento proviene da un'opera di Scevola o, più probabilmente, da una sua parafrasi (v. sotto, § 9).

⁹ PEROZZI, *Istit.*², II, p. 256; RICCOBONO, *Stipulationes contractus pacta*, Milano 1935, p. 415.

¹⁰ «ZSS.», XXIX (1908), p. 96 nota 2.

¹¹ *Sul foenus nauticum*, in «Riv. del dir. della navigazione», I (1935), p. 217 e sgg., *Ancora sul foenus nauticum*, *ibid.*, II (1936), p. 433 e sgg.

¹² «BIDR.», XXV (1912), p. 183 nota 2.

¹³ BISCARDI, *La struttura classica del foenus nauticum*, in «Studi Albertoni», II, Padova

alla soluzione della *condictio*, nella supposizione che l'accipiente della *pecunia traiecticia* si riconoscesse debitore di un *certum* con semplice patto eccezionalmente valido.

Dal canto suo il Karlowa¹⁴, immaginando che il compito di accordare una difesa processuale al *creditor pecuniae traiecticiae* si sia presentato in primo luogo al *praetor peregrinus* (data la diffusione del negozio nel commercio internazionale mediterraneo), ha avanzato l'ulteriore ipotesi che l'azione corrispondente al prestito marittimo sia stata concepita come *a. in factum*, la cui formula avrebbe lasciato al giudice i più ampi poteri discrezionali in relazione all'ammontare della condanna (*'quanti ea res erit, tantae pecuniae iudex N^m N^m A^o A^o condemnato'*).

Ci resta infine da segnalare una soluzione eclettica del Beseler¹⁵: il quale, prendendo spunto dalle deduzioni del Karlowa, ha creduto di poter criticamente affacciare il dubbio che non una sola azione nascesse dal *nauticum fenus*, ma molti fossero i mezzi processuali adattabili alle diverse configurazioni che il negozio poteva assumere; di guisa che si è da lui pensato che non solo la *condictio certae pecuniae* o l'*a. ex stipulatu*, ma così pure imprecisate *aa. in factum* e speciali azioni del *praetor peregrinus* avrebbero potuto avvicinarsi allo scopo di assicurare la protezione giudiziaria del creditore.

2. Ognuna delle singole azioni proposte dalla dottrina contemporanea per la difesa del capitalista, che ha fatto un prestito marittimo, non manca di argomenti da invocare a suo favore.

Si cominci col porre in evidenza che un esplicito ricordo di azione – non l'unico, peraltro¹⁶, come presto vedremo! – a tutela del *fenus nauticum* è proprio quello dell'*a. ex stipulatu* (Scaev. D. 45, 1, 122 § 1: *«actione ex stipulatu Callimachus de pecunia ... teneatur»*). Anche la *condictio* può avere un punto d'appoggio nel riavvicinamento testuale della *pecunia traiecticia* alle *obligationes re* (D. 22, 2, 5 pr.; D. eod. 6; D. eod. 7; D. 13, 4, 2 § 8; C. 4, 33, 2 [1]; C. eod. 3 [2]; C. eod. 4 [3]; C. eod. 5 [4]), mentre potrebbe non essere del tutto privo di significato il fatto che il c.d. *fenus quasi nauticum* prenda le proprie mosse da ne-

1937, p. 366 e sgg.

¹⁴ *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1892-1901, p. 1310. Nello stesso senso CUQ, *Institutions juridiques des Romains*², Paris 1928, II, p. 440, nota 7.

¹⁵ *Das edictum de eo quod certo loco*, Leipzig 1907, p. 82 nota 1.

¹⁶ Veggasi ad esempio quanto scrive il DE MARTINO nei due studi menzionati («Riv. del dir. della navigazione», I, p. 235, e II, p. 443). Io pure, del resto, l'ho creduto per molto tempo (cfr. BISCARDI, *loc. cit.*).

gozii, 'ex quibus conditiones nasci solent' (D. 22, 2, 5)¹⁷. E, se si pensa che le supposte azioni concesse dal *praetor peregrinus* altro non potrebbero essere che *aa. in factum*, le quali avrebbero dovuto prima o poi trasmigrare, per necessità di cose, nell'editto del *praetor urbanus* costituendone parte¹⁸, onde la terza possibilità si riduce a quella dell'*a. in factum*, non bisogna nemmeno dimenticare che non soltanto essa non è pregiudicata dall'assenza di una circostanziata traccia nelle fonti giustiniane, poiché il silenzio del *Corpus iuris* potrebbe sempre giustificarsi con la trasformazione dei mezzi formulari nel nuovo sistema processuale¹⁹, ma che essa godrebbe addirittura del sostegno di due dati positivi, oltre alla impressione, più o meno labile, che l'uso tecnico della qualifica '*pecunia traiecticia*' sia derivato da una clausola editale²⁰. Codesti dati sono i seguenti: 1°) la ricorrenza del termine '*conventio*' per alludere alla natura dell'istituto (D. 45, 1, 122 § 1; C. 4, 33, 5 [4]), come accordo da cui non nasce civilmente obbligazione; 2°) la constatazione che l'unico frammento '*de nautico foenore*', tratto da opere sistematiche – ovverosia il fr. 7 D. h. t. (22, 2) – appartiene al libro terzo dei commentarii di Paolo *ad edictum*, e che in esso il giureconsulto esaminava la complessa materia dei '*pacta*'²¹: laddove è proprio a tale riguardo, come appare soprattutto dal confronto col libro quarto della corrispondente opera di Ulpiano²², che i commentatori dell'editto affrontavano il problema di quelle *conventiones*, '*quae non transeunt in proprium nomen contractus*', e delle quali alcune erano difese dal pretore mediante la concessione di un'*a. in factum*, tanto è vero che i compilatori, desiderosi di riconoscere efficacia agli accordi di volontà per causa lecita nel maggior numero di casi possibile, pur senza rinnegare il formalismo degli schemi contrattuali classici, riagganciano a quei precedenti pretorii la categoria elastica dei contratti in-nominati²³, fra cui taluno ha fatto rientrare – e forse con una certa verosimi-

¹⁷ Le due circostanze era state già da me poste in rilievo negli «Studi Albertoni», II, p. 368.

¹⁸ Si sa infatti che tutte le norme del *ius gentium* finirono per essere accolte nei rapporti fra Romani ed applicate anche nel tribunale del *praetor urbanus*: v. per tutti ARANGIO RUIZ, *Storia del dir. romano*³, Napoli 1942, p. 145.

¹⁹ Cfr. la mia *Struttura classica del f.n.*, negli «Studi Albertoni» citati, p. 366 nota 59.

²⁰ KARLOWA, *loc. cit.*

²¹ Cfr. LENEL, *Pal.*, Lipsiae 1889, I, 971 (Paul. 124).

²² LENEL, *ibid.*, II, 431 e sgg. (Ulp. 240-254).

²³ D. 2, 14, 7 § 2 itp.: «Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis,

gianza logica per il diritto giustiniano, ancorché la mia opinione sia, per motivi storici, un po' diversa²⁴ – la figura contrattuale del prestito marittimo²⁵.

Se non che, come altrove ebbi occasione di rilevare²⁶, la *stipulatio* è estranea al negozio in sé stesso, onde l'*a. ex stipulatu* ci si presenta semplicemente sotto il profilo di una difesa indiretta ed eventuale. Aggiungo ora che, oltre a confutare l'ipotesi dell'Arangio Ruiz per il motivo in precedenza richiamato, debbo anche respingere la mia supposizione che l'accipiente della *pecunia traiecticia* si riconoscesse debitore di un *certum* con quietanza non impugnabile ai fini della *condictio*: e ciò in quanto, *re melius perpensa*, ho acquistato il convincimento che la prassi, attestata nelle fonti greche, di calcolare gli interessi in relazione al viaggio e non secondo un tasso mensile²⁷, con la conseguente possibilità di predeterminare l'importo globale del credito (capitale più interessi), non si potesse adottare fra commercianti romani e stranieri sotto l'impero delle leggi di Roma, poiché, mentre il diritto greco non conosce alcun limite circa le *usurae*²⁸, il diritto romano classico fissava invece, come sappiamo²⁹, un tasso legale (*usura centesima*), che solo nella *pecunia traiecticia* era lecito sorpassare, ma esclusivamente in relazione alla durata del rischio. Ora, se noi ammettessimo che l'uso di cui si tratta potesse trovare applicazione anche in base alle leggi romane, è evidente che per mezzo di esso sarebbe stato facile eludere il divieto di oltrepassare il tasso legale per il periodo anteriore e successivo al tempo della navigazione. Ma, volendosi controllare che questo divieto non fosse eluso, era necessario che il calcolo delle *usurae* si facesse al momento della prestazione da parte del debitore, per limitare alla effettiva durata del rischio (*periculum creditoris*) la corresponsione delle *usurae infinitae*, di guisa che la *pecunia reddenda* era sempre un *incertum* e

sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio». Per la critica di questo interpolatissimo frammento, riscontra l'*Index interpolationum* (tomo I e suppl. I), ad h.l.

²⁴ Rinvio, su ciò, il lettore al § 15.

²⁵ SAVIGNY, KLEINSCHMIDT, SIEVEKING: *ll. cc.* Un precursore di questa tesi è il MOLINEO, *Tract. de usuris*, § 97 e sgg. (in *Othonis Thes.*, V, 1435).

²⁶ *Op. cit.*, p. 366 e sg.

²⁷ Cfr. p.e. [Demosth.], *c. Dionysod.*, § 5 (REISKE, pp. 1283-84): «ἔλεγον ὅτι βούλονται δανείσασθαι ἐπὶ τῇ νηί, ἐφ' ᾧ τε πλεῦσαι εἰς Αἴγυπτον καὶ ἐξ Αἴγυπτου εἰς Ῥόδον ἢ εἰς Ἀθήνας, διομολογησάμενοι τοὺς τόκους <τοὺς> εἰς ἑκάτερον τῶν ἐμπορίων τούτων». La suddetta prassi è illustrata dal PAOLI, *Studi di dir. attico*, Firenze 1930, p. 59 e sgg.

²⁸ Lisia (*c. Theomn.*, I, § 18) ci riferisce in proposito un'antichissima legge attribuita a Solone: cfr. PAOLI, *op. cit.*, p. 70.

²⁹ Della bibliografia specifica basterà qui ricordare il volume del BILLETER, *Geschichte des Zinsjusses im Altertum*, Leipzig 1898, e l'articolo del KLINGMUELLER, in PAULY-WISSOWA, *RE.*, VI, 2, c. 2188 e sgg. (s.v. *Jenus*).

non poteva, come tale, formare oggetto di *condictio*³⁰.

Parrebbe dunque che, procedendo per eliminazione, la tutela giudiziaria dell'istituto non potesse aver luogo che nella forma di un'*a. in factum*. Tuttavia, neppure codesta ipotesi può considerarsi accettabile, nonostante la sua estrema verosimiglianza. Difatti non è vero, come si suol ripetere da molti³¹ e come io stesso una volta scrivevo³², che noi dobbiamo accontentarci di una ricostruzione puramente congetturale del rimedio, attraverso cui si sarà attuata in età classica la ordinaria difesa del *creditor pecuniae traiecticiae*. Vi è un testo che permette allo studioso – e, direi meglio, impone con chiarezza – di risolvere positivamente il secolare problema.

3. Esso è il fr. 3 § 8 D. 15, 1 (Ulpianus, *l. 29 ad edictum*):

Si servus, cum se pro libero gereret, compromiserit, quaeritur an de peculio actio ex poena compromissi quasi ex negotio gesto danda sit, sicuti traiecticiae pecuniae datur. sed hoc et Nervae filio et mihi videtur verius ex compromisso servi non dandam de peculio actionem, quia nec si iudicio condemnatur servus, datur in eum actio.

E' veramente inspiegabile che un passo come questo sia sempre sfuggito – per quanto mi risulta – all'attenzione di quei romanisti, che hanno dedicato studi speciali alla *pecunia traiecticia*. Del resto dobbiamo anche sottolineare che, indipendentemente da ciò, il frammento ha avuto un singolare destino nella storia esegetica della compilazione giustiniana: quello di essere uno dei meno studiati di tutto il *Corpus iuris*.

Guardiamo adesso in che consista la sua importanza nel caso nostro.

Qui si parla, occasionalmente ma esplicitamente, di un'azione accordata contro il *dominus* allo scopo di sancire la sua responsabilità peculiare per un prestito marittimo contratto dal *servus*. Codesta azione riceve il nome di *a. de peculio traiecticiae pecuniae*. Ma qual è l'azione-tipo che viene adattata in questo caso mediante la necessaria trasposizione di soggetti? O, in altri termini: che cosa deve intendersi per *actio pecuniae traiecticiae*?

³⁰) Manifestamente insostenibile è la tesi di una *condictio incerti* (*ex mutuo!*), propugnata dall'HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris 1929, p. 205.

³¹) Tale è il convincimento di quasi tutti gli autori che si sono interessati del prestito marittimo romano, qualunque sia la opinione da essi professata: vedi da ultimo ARANGIO RUIZ, *Istit.*⁹, Napoli 1947, p. 307 («e non si sa bene in quali forme si svolgesse la sua tutela giudiziaria»).

³²) «Studi Albertoni», p. 366.

Si potrà rispondere a tale domanda solo in grazia di un'accurata esegesi del frammento. La fattispecie è questa: uno schiavo, dandosi a creder libero, ha stipulato un compromesso per risolvere una lite, promettendo pertanto all'altra parte di eseguire la decisione arbitrale sotto il vincolo di una *poena*³³. Si fa questione se, non avendo lo schiavo ottemperato alla *sententia* dell'*arbiter*, la controparte possa pretendere dal *dominus* il pagamento della penale: o, più precisamente, se l'*actio de peculio* sia esperibile contro il *dominus* '*ex compromisso servi*', in base a quella clausola dell'editto, per cui l'avente potestà risponde nei limiti del peculio, tutte le volte che i sottoposti abbiano negoziato efficacemente con estranei («*quasi ex negotio gesto danda sit*») ³⁴, come quando il *servus* abbia preso a prestito una somma di denaro per una operazione di commercio marittimo, nel qual caso il *dominus* può essere infatti chiamato in giudizio per il debito dello schiavo con l'*a. de peculio traiectionis pecuniae*.

La decisione è chiara e ben motivata, anche se la redazione letterale del testo, della sua ultima parte, lascia un poco a desiderare. Ulpiano afferma, richiamandosi ad una opinione precedentemente sostenuta dal secondo Nerva, che l'*a. de peculio ex compromisso* non può essere accordata contro il *dominus* del *compromissor*, tenuto conto del fatto che, neppure se lo schiavo sia stato condannato in giudizio, può il terzo agire *de peculio* contro il *dominus* per la esecuzione del giudicato. Certo è che, dal punto di vista grammaticale, la frase «*quia nec si iudicio condemnetur servus, datur in eum actio*» sembrerebbe riferirsi alla esclusione di un'*actio* contro il *servus* e non contro il *dominus*. Ma non vi ha dubbio che, se noi interpretassimo il testo su questa premessa, la motivazione non avrebbe senso: difatti, a parte la considerazione che il *servus* non ha mai avuto capacità processuale ³⁵ (e l'ipotesi della condanna si fonda appunto sul presupposto che la deficienza di *status libertatis* del soggetto fisico sia ignorata), l'azione di cui si tratta è un'*a. de peculio*, che per definizione spetta solo contro il titolare della *potestas*. Conseguentemente, la sola interpretazione esatta può essere quella da noi proposta, e che ha comunque l'appoggio della

³³) La struttura formale del negozio come intreccio di due stipulazioni penali reciproche non può essere infatti più discussa, dopo la dimostrazione datane dal LA PIRA, *Compromissum e litis contestatio formulare*, in «Studi Riccobono», Palermo 1936, II, p. 187 e sgg.

³⁴) '*Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur*': LENEL, *EP.*³, § 104, pp. 273-286.

³⁵) D. 50, 17, 107 (Gaio): «Cum servo nulla actio est». Cfr. D. 2, 7, 3 pr. (Pedio-Ulpiano). Se non che tutta la questione concernente il *se pro libero gerere* dello schiavo di cui si tratta, legata alla tesi, più generale, di una incapacità processuale dei *servi*, prevalsa non senza contrasti fra i giureconsulti classici, è ora di rivedere alla luce delle mie nuove deduzioni in proposito: v. *infra*, 'Postilla', § 6.

Glossa³⁶. Tuttavia, come si spiega l'attuale redazione del frammento? Interpolazione aggiuntiva? Non direi: e ci convinceremo presto del perché. Glossema? Potrebbe darsi. L'originale motivazione potrebbe essere stata riassunta da uno scoliasta: ma sarebbe stato forse più spontaneo che il glossema si iniziasse con un «*neque enim*»³⁷. Caso mai, è più probabile che il testo sia stato semplicemente abbreviato – da qualche maestro postclassico o dagli stessi compilatori – cancellandosi, per un motivo che a noi sfugge, qualche parola o qualche inciso: e potrebbe essere così caduto il riferimento grammaticale («*dominus*») del pronome dimostrativo («*eum*»). Altrimenti, non rimarrebbe che accettare una di queste due supposizioni: o che, allo stesso modo in cui talvolta esistono proposizioni con un soggetto logico diverso da quello grammaticale, così qui ci trovassimo in presenza di un complemento logico indiretto, giustificato dalla più che manifesta allusione al titolare della *potestas*, e cioè proprio a quella persona, della cui legittimazione passiva si discute; o che piuttosto, come vorrebbe il Naber³⁸, qui si fosse di fronte ad un errore dei manoscritti, derivante dall'archetipo (la *Florentina* ce ne offre altri esempi)³⁹, e più precisamente all'elisione di una lettera, onde il testo sarebbe stato leggendosi «*e<r>um*» (= «*dominum*»)⁴⁰ invece di «*eum*».

D'altra parte la sostanziale classicità del passo è confermata dai principi, che noi vediamo entrare in giuoco.

Altrove (D. 4, 8, 32 § 8) Paolo riferisce l'opinione dominante, che in Ottaviano aveva – come sembra – il suo antesignano, sulla inefficacia totale del compromesso stipulato dallo schiavo. Ecco perché, nella nostra fattispecie, il presupposto delle due stipulazioni interdipendenti, dalle quali il compromesso prende vita, è il «*se pro libero gerere*» dello schiavo⁴¹: vale a dire un com-

³⁶) «*Datur in eum actio: scilicet in dominum. Nam cum servo non potest esse iudicium, licet cum filio sic: ut supra de iureiur. l. quanto magis et supra si quis caut. l. quotiens*» (ACCURSIO, ad h.l.).

³⁷) Cfr. GUARNERI CITATI, *Indice*, Milano 1927, s.v. *enim*.

³⁸) *Ad literam Pisanam*, in «*Studi Bonfante*», Milano 1930, II, p. 296.

³⁹) Alla dimostrazione di ciò è dedicato appunto lo scritto del NABER.

⁴⁰) Devesi peraltro riconoscere che, seppure non del tutto inusitata, l'espressione «*erus*» è alquanto rara nelle Pandette: cfr. «*VJR.*», s.h.v. In D. 9, 2, 11 § 6 – dove questa espressione viene usata occasionalmente da Ulpiano – il riferimento testuale di essa alla *lex Aquilia de damno* (e cioè ad una legge molto antica, benché la data ne sia controversa: v. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912, pp. 241-42) ci fa pensare che il sostantivo non fosse più del linguaggio corrente all'età dei Severi, anche ammettendo che l'aggiunta esplicativa «*hoc est domino*» possa costituire un glossema od una interpolazione (TAUBENSCHLAG, in PAULY-WISSOWA, *RE.*, XII, 2, c. 2328, s.v. *lex Aquilia*).

⁴¹) Sul valore di codesta locuzione si riscontrino i lessici delle fonti giuridiche e letterarie.

portamento, che trae in inganno la controparte, facendole credere che essa abbia da contrattare con una persona libera. Diversamente, la controparte non avrebbe avuto interesse a stipulare il compromesso. E qui bisogna spiegare come si giustifichi il punto di vista dell'opinione dominante, spingendo lo sguardo oltre i confini del caso particolare.

Questo, infatti, non è altro che uno dei vari casi, nei quali, secondo la più diffusa opinione dei classici, lo schiavo, nonostante il verificarsi di una sua cosciente manifestazione di volontà, ed in contrasto con quella capacità di agire che gli è ordinariamente riconosciuta⁴², non è in grado di porre in essere o modificare un qualsiasi rapporto produttivo di conseguenze giuridiche: poiché l'atto da lui compiuto non genera nemmeno la responsabilità adiettizia del *dominus*. E la spiegazione di ciò va ricercata nel fondamento stesso di codesta responsabilità.

La responsabilità adiettizia, è tale in quanto il titolare della *potestas* risponde *s u s s i d i a r i a m e n t e* di un *vinculum iuris*, che investe anzitutto il soggetto, su cui si esercita la *potestas*: e, come la responsabilità del *pater* si aggiunge all'azione che nasce contro il *filiusfamilias* a norma del *ius civile* o *praetorium*, così quella del *dominus* ha il medesimo profilo sussidiario rispetto all'*obligatio naturalis*, che sorge a carico del *servus*⁴³. Quindi occorre stabilire volta a volta, per accertare l'esistenza di una responsabilità adiettizia del proprietario, se ricorra nella specie una responsabilità principale dello schiavo alla stregua del *ius naturale*, ossia in linea di fatto, tenuto conto che il *servus* non ha una propria personalità giuridica, riconosciutagli dal diritto positivo. E ci si accorge allora che, almeno secondo la dottrina prevalente all'età dei Severi⁴⁴, non ogni negozio concluso dal *servus* ha efficacia vincolante per il *dominus* nei limiti del peculio, e cioè che esistono delle differenze, assai notevoli, tra il figlio e lo schiavo per quanto concerne la responsabilità peculiare del *paterfamilias*. Dal che si desume, fra l'altro, che nel contesto della clausola edittale relativa all'*actio de peculio* la espressione '*negotium gestum*' è da intendere nel senso di «negozio e f f i c a c e m e n t e concluso» riguardando essa indifferentemente l'attività negoziale del figlio e dello schiavo, e non potendosi in altro modo giustificare che essa si applichi o no ad uno stesso negozio, a seconda della circostanza che il negozio in parola sia stato concluso dall'uno o

⁴² BETTI, *Dir. romano*, I (parte generale), Padova 1935, § 35, p. 130 e sgg.; ARANGIO RUIZ, *Istit.*⁹, p. 46.

⁴³ Di nuovo BETTI, *op. cit.*, I, § 34 a, pp. 127-129 (e analogamente *Istit.*, I², Padova 1942, pp. 59-61).

⁴⁴ «Et est vera Sabini et Cassii sententia existimantium semper obligari patrem de peculio et distare in hoc a servo»: Ulp. 29 ad ed., D. 15, 1, 3 § 9.

dall'altro: come è del resto dimostrato pure dal fatto che è proprio in sede di commento a tale clausola (D. 15, 1, 1; D. 15, 1, 3; D. 15, 1, 5) che la giurisprudenza nota le differenze tra il *filiusfamilias* ed il *servus*⁴⁵.

Ora i casi, nei quali il *dominus* non è passivamente legittimato all'*a. de peculio* per l'attività negoziale del servo, sono i seguenti:

- a) che il servo abbia manifestato la volontà di assumere una obbligazione *pro alio*. Rientrano in questo caso tutte le forme d'*intercessio extra causam domini vel peculii*, dalla novazione personale passiva o *expromissio* (Gai. III, 176 cfr. I. 3, 29 § 3; D. 2, 14, 30 § 1) alla fideiussione (D. 15, 1, 3 § 5; D. 15, 1, 47 § 1; D. 46, 1, 19; D. 46, 1, 20) e al *mandatum pecuniae credendae* (D. 15, 1, 3 §§ 5-6);
- b) che il servo abbia contestato una lite e sia stato condannato in giudizio (D. 15, 1, 3 § 8)⁴⁶;
- c) che il servo abbia deferito all'attore il giuramento volontario e che il giuramento sia stato prestato (D. 15, 1, 5 § 2);
- d) che, infine, il servo abbia stipulato un compromesso (D. 4, 8, 32 § 8; D. 15, 1, 3 § 8). E questo è appunto il caso, di cui ci stiamo occupando.

Tuttavia dobbiamo anche rilevare, come è stato accennato più sopra, che tali nozioni corrispondono sì alla teoria dominante nel tempo, in cui scrive Ulpiano, ma che questa teoria si è affermata non senza discussioni e contrasti.

Proculiani e Sabiniani si sono a lungo battuti sostenendo la responsabilità o la irresponsabilità peculiare del *dominus* nei casi enunciati, anche se alcuni esponenti della scuola proculiana, come Nerva figlio e l'illustre Celso, hanno finito con l'aderire, per lo meno in qualche caso⁴⁷, alla tesi sabiniana, che ha avuto il sopravvento. E se noi riflettiamo al modo, in cui la stessa questione viene impostata, per esempio, da Giuliano nelle sue opere⁴⁸ e successivamente dagli epigoni, nei quali non è ancor spenta l'eco del contrasto

⁴⁵ Cfr. LENEL, *Pal.*, II, 594 e sgg.

⁴⁶ Conseguentemente il *dominus* non risponde neppure del *vadimonium* promesso dal servo. D. 2, 11, 13: «Quotiens servus [iudicio sistendi causa] <vadimonium> ut ipse litigaturus vel ab alio stipulatur vel ipse promittit: nec committitur stipulatio nec [fideiussores] <sponsores> tenentur, quia servus conveniri vel convenire non potest» (cfr. D. 50, 17, 107 cit.). La ricostruzione del testo classico è dovuta al LENEL (*Pal.*, I, 460: Iul. 723; *EP.*³, § 280, p. 515), che ha segnalato per primo le due interpolazioni, confermate dal KRUEGER, *Dig.* ad h. l.

⁴⁷ D. 15, 1, 3 § 8 (Nerva); D. 15, 1, 3 § 5 (Celso).

⁴⁸ D. 2, 11, 13; D. 2, 14, 30 § 1; D. 15, 1, 3 § 6; D. 46, 1, 19.

fra le due scuole⁴⁹, ci accorgiamo subito che i Sabiniani davano risalto alla *causa negotii*, mentre i Proculiani ne prescindevano del tutto. Per questi, il *dominus* è responsabile *de peculio*, qualunque sia l'affare concluso dallo schiavo; per quelli, occorre invece distinguere volta a volta, secondo la natura e la finalità dell'affare, di cui si tratta. I primi pongono il servo sullo stesso piano del *filiusfamilias*, agli effetti della responsabilità peculiare; i secondi no⁵⁰. Il che rivela una fondamentale diversità di concezioni.

La tesi dei Proculiani è di una semplicità elementare. Poichè il servo ha la piena capacità di agire, pur non essendo soggetto di diritto, ogni negozio da lui compiuto è di fatto (latinamente: *natura o naturali ratione*)⁵¹ efficace: dunque la responsabilità adiecticia del *dominus* esiste sempre, purché vi sia un collegamento qualsiasi (*iussus, praepositio, in rem versio, peculii administratio*) fra il patrimonio del *dominus* e l'atto dello schiavo.

I Sabiniani ragionano in tutt'altra maniera. Non basta la capacità di agire del *servus*, affinché il *dominus* possa venire chiamato a rispondere con una delle *actiones adiecticiae qualitatis* dell'attività negoziale di costui. La efficacia di fatto (*natura o naturali ratione*) del negozio è condizionata all'esistenza di una capacità patrimoniale di fatto dello schiavo. Vi sono dei rapporti di fatto, che la coscienza sociale riconosce come produttivi di conseguenze giuridiche, e rapporti di fatto, a cui la coscienza sociale non può riconoscere tale efficacia. Quali sono, allora, i limiti della capacità patrimoniale di fatto, goduta dai servi? Essi hanno, secondo *natura*, una capacità patrimoniale di fatto, la cui ampiezza varia col variare del suo presupposto concreto:

⁴⁹) Gaio: III, 176; D. 2, 14, 30 § 1. Paolo: D. 4, 8, 32 § 8; D. 12, 2, 22; D. 15, 1, 47 § 1. Ulpiano: D. 15, 1, 3 §§ 5, 6, 8, 9, 10; D. eod. 5 § 2.

⁵⁰) Cfr. CUIACIUS, *Opera omnia*, Neapoli 1722-27, IX, 252-53.

⁵¹) Questo concetto classico di *natura* come realtà di fatto, che non può non rispecchiarsi in qualche modo nell'ordinamento giuridico, rappresenta il solido piedistallo, su cui si svolge la discussione fra Sabiniani e Proculiani. Esso non è un'astrazione filosofica, ma si identifica con la essenza stessa delle cose, in quanto siano considerate specialmente sotto l'aspetto della loro valutazione sociale: è in questo senso che Cicerone parla di *ius civile a natura ductum*» (*de off.* 3, 17, 71-72), sebbene altrove (*de leg.* 1, 6, 18; *ibid.* 2, 4, 8; *pro Mil.* 3, 10; *top.* 2, 9) egli concepisca la *natura* e il diritto naturale come astrazioni, per più diretta influenza della filosofia greca. Si consultino, in proposito, fra gli altri: SIBER, *Naturalis obligatio*, Leipzig 1925, p. 1 e sgg.; PEROZZI, *Istit.*, II, pp. 33-45; BESELER, *De iure civili Tullio duce ad naturam revocando*, in «BIDR.», XXXIX (1931), p. 295 e sgg.; KAMPHUISEN, *L'influence de la philosophie sur la conception du droit naturel chez les jurisconsultes romains*, nella «Rev. hist. de droit fr. et étr.» serie 4^a, XI (1932), p. 389 e sgg.; MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano 1937, pp. 2 e sgg., 236 e sgg.; DE VILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, negli «Studi Saresi», serie 2^a, vol. XVII (1939), pp. 30 e sgg., 85 e sgg., 185 e sgg.; BIONDI, *Istit.*, Milano 1946, p. 58.

a) se vi sia stata un'autorizzazione comunque espressa del proprietario (*iussus* o *iussum*) a contrattare col servo, la capacità di questo risulta delimitata dal tenore stesso dell'autorizzazione;

b) se esista un rapporto di preposizione del *servus* ad un'azienda commerciale terrestre o marittima, i limiti della capacità riconosciuta all'*institor* od all'*exercitor* sono evidentemente rappresentati dall'interesse dell'azienda;

c) se il servo sia titolare di un peculio, la capacità del servo è commisurata all'interesse proprio od a quello del *dominus*.

La responsabilità adiettizia di quest'ultimo è consentanea a siffatte premesse. Il *dominus* è responsabile in solido (*a. quod iussu, a. exercitoria, a. institoria*), o nei limiti del peculio con minore o maggiore asprezza (*a. de peculio, a. tributoria*), o fino alla concorrenza dell'eventuale arricchimento (*a. de in rem verso*)⁵², tutte le volte che il servo abbia contratto un negozio, per il quale aveva l'accennata capacità patrimoniale di mero fatto, corrispondente alle esigenze della *natura* o *naturalis ratio*, nel senso classico della espressione.

Tutto ciò spiega perché sia esclusa una responsabilità peculiare del *dominus*, laddove il servo intervenga a favor d'altri *extra causam domini vel peculii*.

⁵² Abbondantissima è la moderna letteratura sul problema della responsabilità adiettizia e dei suoi limiti, ancorché sia stata sempre trascurata la questione particolare, di cui ci stiamo occupando: MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht*, Tübingen 1876; BARON, *Die adjektivischen Klagen*, in «Abhandlungen aus dem röm. Civilprozess» (1882); DRECHSLER, *Die actio quod iussu*, Würzburg 1877; VON THUR, *Die actio de in rem verso* (1895); COSTA, *Le azioni exercitoria e institoria nel dir. romano*, Parma 1891; MITTEIS (per l'*a. quod iussu*), in «Jherings Jahrbücher», XXXIX, 1898; SECKEL, *Die Haftung de peculio und de in rem verso aus der Litiskontestation und dem Urteil nach klass. röm. Recht*, in «Festschrift für Bekker», Weimar 1907, p. 323 e sgg.; SOLAZZI, *Studi sull'actio de peculio*, in «BIDR.», XVII (1905), XVIII (1906), XX (1908); LENEL, *EP.*³, §§ 101-104, p. 257 e sgg.; STEINWENTER, in PAULY-WISSOWA, *RE.*, IX, 2, c. 1564 e sgg. (s.v. *institoria*), X, c. 1037 e sgg. (s.v. *iussus*); LEMARIÉ, *De l'action tributaria ou de la liquidation du pécule commercial*, Paris 1910; VÁŽNÝ, (per l'*a. de peculio*), in «Studi Bonfante», IV, p. 141 e sgg.; PETROPOULOS, *Iussus*, in «Μελέτη ῥωμαϊκοῦ δικαίου», Ἀθήναι 1930; MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale*, Lyon 1932; BONFANTE, *Istit.*¹⁰, Roma 1934, § 56; PEROZZI, *Istit.*², I, p. 152 e sgg.; PACCHIONI, *Manuale*, Torino 1935, p. 445 e sgg.; ARANGIO RUIZ, *Istit.*⁹, p. 95; DI MARZO, *Istit.*⁴, Milano 1942, p. 156; C. LONGO, *Corso di dir. romano* (dir. di famiglia), Milano 1934, p. 215 e sgg.; BETTI, *Dir. romano*, I, p. 127 e sgg. (cfr. *Istit.*, I², p. 59 e sgg.); BIONDI, *Istit.*, p. 77; RABEL, *Grundzüge*, in HOLTZENDORFF-KÖHLER'S *Enzykl.*⁷ (1915), § 119 (v. altresì, per l'*a. quod iussu*, «Festschrift für Zitelmann», Leipzig 1913, p. 24 e sgg.); SOHM-MITTEIS-WENGER, *Istit.*¹⁷, München 1923, § 77; SIBER, *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, p. 71; JOERS-KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, Berlin 1935, pp. 266-268; GIRARD-SENN, *Manuel*⁸, p. 702 e sgg.; MONIER, *Manuel*, I², Paris 1938, p. 110 e sgg.; BUCKLAND, *Text-book*², Cambridge 1932, p. 533 e sg.

Ma, poiché il servo non ha e non può avere una capacità processuale di fatto, ecco anche in qual modo si giustifica senza sforzo che il *dominus* non sia nemmeno responsabile *de peculio*, se abbia contestato una lite e sia stato condannato in giudizio⁵³. Analogamente la esclusione dell'*a. de peculio ex iureiurando*, nel caso che il servo abbia deferito all'attore il giuramento volontario e che questo sia stato prestato, non può avere il suo fondamento se non nella identica finalità, cui tendono il giuramento concordato e l'atto costitutivo del rapporto da sottoporre al giudice: onde, una volta esclusa la capacità naturale dello schiavo di offrire il suo contributo alla risoluzione di una controversia mediante *litis contestatio*, sarebbe poi contraddittorio ammettere la stessa capacità per altra via. E se noi ritorniamo adesso alla fattispecie, che forma oggetto del frammento in discussione, tenendo conto della identità di scopo ancor più evidente fra *litis contestatio* e *compromissum*, si capirà senz'altro come, secondo la tesi a cui Nerva ed Ulpiano aderiscono, non sia esperibile contro il *dominus* l'*actio de peculio ex compromisso*, e ciò per lo stesso motivo, in base al quale il proprietario dello schiavo non è passivamente legittimato all'*a. iudicati de peculio*.

Le due soluzioni da ultimo esaminate non sono dunque che i corollari della irresponsabilità peculiare del *dominus* di fronte alla *litis contestatio* dello schiavo.

Dopo di che, un solo punto rimane da porre in luce, per completare la nostra esegesi del fr. 3 § 8 e dar così una risposta esauriente al quesito iniziale, che il suo contesto ha irresistibilmente suggerito. Come mai il termine di paragone dell'*a. de peculio ex compromisso* è, per l'appunto, l'*a. de peculio traiecticiae pecuniae*? Perché il giurista, nel dar l'esempio di un'azione derivante da atto lecito («*quasi ex negotio gesto*»), cita l'*a. pecuniae traiecticiae* e non invece, allo stesso titolo, l'*a. empti*, l'*a. ex stipulatu* in genere, la *condictio indebiti* o che so io? Evidentemente ci deve essere una ragione di somiglianza, che riavvicina l'*a. ex compromisso* all'*a. pecuniae traiecticiae* più che ad altre formule processuali. Qual'è, pertanto, il rapporto di analogia intercorrente fra l'una e l'altra delle azioni messe a confronto?

Si sa che il compromesso consta di due stipulazioni penali reciproche, con cui le parti si obbligano indirettamente ad eseguire la decisione dell'arbitro, e da cui nasce un'*a. ex stipulatu* a favore di ciascuno dei due contraenti

⁵³) Diverso è il caso del *filiusfamilias*, come risulta dal § 11 del fr. 3 D. h. t., che in altra sede mi ha offerto lo spunto per qualche osservazione di carattere processuale: cfr. la mia indagine *Sulla nozione di contratto giudiziario*, in «Giurisprudenza comparata di diritto civile», XI, 1948 [ma l'estr. è del 1947], p. 5 e sgg., e più recentemente le mie *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, pp. 283-288, 470-471.

per ottenere la prestazione della *poena* in caso di mancata esecuzione della *sententia* da parte dell'altro compromittente⁵⁴: in questa sua particolare funzione l'*a. ex stipulatu* prende il nome di *actio ex poena compromissi* o, più semplicemente, di *actio ex compromisso*⁵⁵. Ciò ritenuto, basta pensare alla diffusione di quella certa *stipulatio poenae*, che le fonti ci attestano come garanzia usuale del prestito marittimo⁵⁶, e di cui già si ha un esempio negli scritti di Servio Sulpicio Rufo⁵⁷, per supporre subito ragionevolmente che l'azione qui ricordata come *a. traiecticiae pecuniae* sia un'*a. ex poena traiecticiae pecuniae*. Altrimenti non vi sarebbe nessun rapporto specifico di analogia fra l'*a. de peculio ex compromisso* e l'*a. de peculio traiecticiae pecuniae*, né si potrebbe capire il motivo del riavvicinamento in questa sede. Se invece si considera che il riavvicinamento non può essere casuale, ecco che esso acquista una importanza decisiva, in quanto ci permette di ragionare presuntivamente, risalendo dal fatto noto all'accertamento di un fatto ignorato, e cioè dall'*a. ex poena compromissi* alla determinazione della natura di quell'azione, che rappresenta il termine di confronto. La diversità delle soluzioni adottate nei due casi previsti dal giureconsulto in D. 15, 1, 3 § 8 si giustifica d'altronde riflettendo che, sebbene la struttura dei negozi protetti sia identica (*stipulatio poenae compromittendi causa, stipulatio poenae traiecticiae pecuniae gratia*), nell'un caso la finalità del negozio è risolutiva di una controversia e si riaccosta pertanto a quella della *litis contestatio*, di cui esso rappresenta un surrogato, nell'altro invece si ha un negozio, che serve a sanare un rapporto di obbligazione commerciale fra le parti. Ma è certo per l'analogia delle azioni, e non per la differenza tra gli scopi dei negozi sottostanti, che il testo, di cui si tratta, costituisce veramente la chiave del problema relativo alla difesa processuale del *creditor pecuniae traiecticiae*.

Difatti, se l'*a. ex poena traiecticiae pecuniae* viene indicata puramente e semplicemente col nome di *a. traiecticiae pecuniae*, ciò vuol dire che essa è l'unica azione a difesa del *creditor pecuniae traiecticiae* in quanto tale. E che la nostra interpretazione sia corretta, non vi è motivo di porre in dubbio, ancorché tutti gli studiosi del prestito marittimo romano abbiano trascurato fino ad oggi di soffermarsi sul passo ulpiano, tanto più se si considera che uno dei pochissimi esegeti del frammento, e cioè il sommo Cuiacio, col suo felice intuito

⁵⁴ LA PIRA, *loc. cit.*

⁵⁵ Cons. 9, 17; Paul. Sent. 5, 5a, 1; D. 4, 8, 2; D. eod. 3 pr.; D. eod. 38; D. 44, 4, 4 § 3.

⁵⁶ Labeo D. 22, 2, 9: «Si traiecticiae pecuniae poena (uti solet) promissa est ...»; Africanus D. 44, 7, 23: «Traiecticiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, poena (uti adsolet) in stipulationem erat deducta».

⁵⁷ D. 22, 2, 8 (Ulp. 77 ad ed.): «Servius ait pecuniae traiecticiae poenam peti non posse, si per creditorem stetisset, quo minus eam intra certuni tempus praestitutum accipiat».

precursore di tante conquiste nella valutazione storica delle fonti giustiniane, appare già, senza incertezza, orientato in questo senso⁵⁸.

La nostra indagine ci ha permesso dunque di stabilire positivamente che esisteva un'*a. pecuniae traiecticiae* e che essa aveva la struttura di un'*a. ex stipulatu*, derivante da quella *stipulatio poenae*, che accompagnava, secondo l'uso, le contrattazioni di prestito marittimo. Ma un'ulteriore illazione credo si possa ricavare da quanto sopra: e propriamente che, di fronte alle oscillazioni della terminologia tra '*fenus nauticum*'⁵⁹ e '*pecunia traiecticia*'⁶⁰, il *nomen actionis*, documentato da un testo classico di Ulpiano, ci offre anche un criterio per preferire la seconda espressione alla prima quale denominazione tecnica del negozio, come *a posteriori* sembra volerci confermare il linguaggio della Nov. 106: «... Τὰ τοῖς θαλαττίοις ταῦτα δανείσματα, ἃ καλεῖν ὁ καθ' ἡμᾶς εἶθε νόμος *traiecticia*».

4. – Si dice che la *stipulatio* è il fulcro del sistema contrattuale romano⁶¹. Ciò è vero, sia in quanto essa è capace di realizzare, nel campo delle obbligazioni, qualunque intento pratico, sia in quanto essa è il mezzo preferito per attuare o rafforzare la tutela giuridica dei più svariati rapporti sociali.

Dal primo punto di vista, la stipulazione si presenta al pensiero moderno piuttosto come una forma contrattuale che come un contratto; ma, se noi ci atteniamo alla dogmatica degli antichi, per i quali è la forma che identifica e contraddistingue l'istituto, non si può negare che la struttura unilaterale e il rigido inquadramento nei consueti schemi verbali trasformano ogni convenzione sottostante alla *stipulatio* in un negozio formale ed astratto.

Sotto il secondo aspetto si giustifica la *stipulatio poenae* in generale, come promessa di pagare una somma di denaro⁶² nel caso che non sia eseguita una certa prestazione. Essa ha lo scopo di esercitare una pressione sul debitore

⁵⁸ Leggasi quanto egli ha scritto al riguardo in uno dei suoi commentarii: *Opera omnia*, IX, 123.

⁵⁹ D. 22, 2 rubr.; C. 4, 33 rubr.; C. 4, 33, 4 [3].

⁶⁰ D. 22, 2, 1; D. eod. 2; D. eod. 4; D. eod. 6; D. eod. 8; D. eod. 9; D. 3, 5, 12; D. 13, 4, 2 § 8; D. 44, 7, 23; C. 4, 33, 2 [1]; C. eod. 5 [4]. Varianti: '*nautica pecunia*' (D. 22, 2, 3; D. 4, 9, 1 § 7; D. 45, 1, 122 § 1), '*tot (p.e. decem) traiecticia*' (D. 22, 2, 7), '*pecunia usuris maritimis mutuo data*' (D. 22, 2, 6). Sulla questione del nome cfr. specialmente MANCALEONI in GLUECK, *Pand.*, XXII (trad. it.), Milano 1906, p. 130 nota c.

⁶¹ Vedi, fra gli altri, ARANGIO RUIZ, *Istit.*⁹, p. 323; RICCOBONO, *op. cit.*, p. 465; HAEGERSTRÖM, *Der röm. Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen röm. Rechtsanschauung*, II (*Über die Verbalobligation*), Leipzig-Uppsala 1941, *passim*.

⁶² Od eccezionalmente un altro oggetto (*res vive poenae*: D. 4, 8, 11 § 2): cfr. BERTOLINI, *Teoria della pena convenzionale secondo il dir. romano*, in «Studi e documenti di storia e diritto», XV (1894), p. 92.

per indurlo ad eseguire o far eseguire la prestazione condizionale, determinando preventivamente la misura della sua responsabilità per il caso che la suddetta prestazione non abbia luogo.

Con la stipulazione di una *poena*, si poteva anzitutto rafforzare il vincolo di un'obbligazione pienamente efficace, costringendo per via indiretta il debitore all'adempimento della prestazione principale, sotto la minaccia di veder peggiorare la sua posizione, qualora si fosse verificata la *condicio stipulationis*. E la preventiva determinazione del risarcimento aveva soprattutto importanza nei casi, in cui la valutazione dell'*id quod interest* o presentava difficoltà di prova, come le Istituzioni giustiniane rilevano ancora laddove si parla delle *stipulationes in faciendo* (3, 15 § 7) e come Venuleio non mancava di sottolineare a proposito delle *stipulationes praetoriae* (D. 46, 5, 11), od era altrimenti ostacolata da limitazioni processuali, come avveniva ogni qual volta l'obbligazione principale desse vita a un'azione di stretto diritto⁶³.

Ma i Romani adoperavano anche la *stipulatio poenae* per sancire indirettamente la efficacia di rapporti, che l'ordinamento giuridico non ammetteva in quanto tali o riconosceva solo in maniera imperfetta. Così la *stipulatio poenae* fu in origine l'unico mezzo per rendere obbligatoria la prestazione di un *incertum*, fintantoché il contratto di stipulazione poté aver ad oggetto esclusivamente una somma di danaro o una *certa res*⁶⁴. Allo stesso modo, essa fu in ogni tempo il mezzo più largamente usato per superare il divieto dei contratti e delle promesse a favore di terzi⁶⁵. E non dimentichiamo che la concorde volontà delle parti di attribuire la decisione di una controversia al giudizio di un arbitro, da loro scelto, acquista rilievo giuridico solo in quanto essa è trasfusa nelle due stipulazioni penali reciproche, con cui l'atto del *compromissum* viene ad esiste-

⁶³ BERTOLINI, *op. cit.*, p. 99 e sgg.

⁶⁴ Cfr. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 102, e GIRARD-SENN, *Manuel*⁸, p. 499. La possibilità che oggetto della stipulazione fosse un *incertum* dev'essere nondimeno abbastanza remota, se già ai tempi di Catone il Censore (morto nel 149 a.C.) e forse anche di Plauto (255?-184 a.C.), oltretutto anteriormente alla *lex Aebutia* (su cui v. da ultimo le mie *Lezioni sul processo* cit., pp. 146-153, 161, 420-423), abbiamo esempi di stipulazioni aventi ad oggetto un *facere*: Cato, *de agri cult.* 144, 2; 146, 5; Plaut., *Men.* V, 4, 6 (v. 688 LINDSAY).

⁶⁵ D. 45, 1, 38 § 17 = I. 3, 19 § 19 (per quanto in esso può ancora esservi di genuino). Cfr. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 101; PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*³, Torino 1933, p. 25; RABEL, *Grundzüge*, p. 505 e sgg.; PEROZZI, *Istit.*², II, p. 215 e sgg.; ARANGIO RUIZ, *Istit.*⁹, p. 300 e sg.; BONFANTE, *I contratti a favore di terzi*, negli «Studi pubblicati dall'Università di Pavia per il XIV centenario della codificazione giustiniana» (1934), p. 211 e sgg.; VÁŽNÝ, *Il problema generale dei contratti a favore di terzi*, in «BIDR.», XL (1932), p. 33 e sgg., *Appunti alla dottrina classica dei contratti a favore di terzi*, negli «Studi Riccobono», IV, p. 262 e sgg.; ALBERTARIO, *I contratti a favore di terzi*, in «Festschrift P. Koschaker», Weimar 1939, II, p. 16 e sgg.

re⁶⁶. Così pure alcuni negozii, che, isolatamente presi, avrebbero potuto valere in tutto o in parte come nude convenzioni, si concludevano il più delle volte mediante un patto seguito da *stipulatio poenae*: tale, assai spesso, la transazione⁶⁷; tale ancora la costituzione di servitù sui fondi provinciali, a somiglianza di quanto già si praticava in Italia per la costituzione, con effetti meramente obbligatorii, di rapporti analoghi alle servitù⁶⁸; tale, infine, la *pecunia traiecticia*.

Come le altre stipulazioni penali, così anche la *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa* ha proprio la funzione caratteristica di esercitare una coazione psicologica sul debitore, tanto più che egli è immune da quella, che su di lui potrebbe esercitare, quando esistesse, l'azione tipica negoziale. Con una differenza degna di nota: che, nell'ipotesi in cui il debitore non restituisca puntualmente, allorché il viaggio abbia avuto esito felice, il capitale accresciuto degli interessi pattuiti, egli potrà essere costretto al pagamento di una somma assai maggiore della *pecunia traiecticia*, considerato che l'ammontare della *poena*, oltre ad essere di regola superiore all'importo della prestazione condizionale, tutte le volte che questa non sia direttamente coercibile⁶⁹, non ci appare soggetto in tal caso a restrizioni di nessun genere. Difatti, mentre la pena convenzionale non può mai superare ordinariamente il tasso legale degli interessi più la *sors* (D. 22, 1, 44)⁷⁰ – e ciò allo scopo d'impedire che la *stipulatio poenae* possa mascherare una convenzione usuraria illecita⁷¹ – di guisa che la efficacia della stipulazione per una somma più alta si riduce *ipso iure* al massimo enunciato⁷², codesta restrizione non si applica alla *pecunia traiecticia*, per cui non vale neppure il *modus* delle *usurae licitae* o *centesimae*, se non quando si tratti di *usurae* previste per il tempo susseguente all'arrivo della nave in porto (*post diem periculi*: cfr. D. 22, 2, 4 pr. e C. 4, 33, 2 [1]).

⁶⁶) LA PIRA, *loc. cit.*

⁶⁷) D. 2, 15, 15; D. eod. 16; D. 45, 1, 122 § 6; C. 2, 4, 17; C. eod. 37. Cfr. BERTOLINI, *op. cit.*, p. 102 e *Della transazione secondo il dir. romano*, Torino 1900, p. 329 e sgg.; KEHLMANN, *De la transaction en droit romain*, Paris 1931, p. 12 e sgg.; LA PIRA, *La stipulatio aquiliana nei papiri*, in «Atti del IV Congresso internazionale di papirologia» (1935), p. 479 e sgg.; PETERLONGO, *La transazione in dir. romano*, Milano 1936, p.187 e sgg.; SOLAZZI, *Transazione e stipulatio aquiliana, nei giuristi e nei papiri*, in «SDHI.», V (1939), p. 479 e sgg.

⁶⁸) Gai. II, 31 in relazione a Theoph. 2, 3 § 4: D. 45, 1, 2 § 6 (su cui v. però l'*Index interpol.*). Cfr. BERTOLINI, *Pena convenzionale*, p. 102 e sg.

⁶⁹) BERTOLINI, *op. ult. cit.*, p. 98.

⁷⁰) Modestinus, *l. 10 pandectarum*: «Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest».

⁷¹) Cfr. BERTOLINI, *op. ult. cit.*, p. 93 e sg.; PEROZZI, *Istit.*², II, p. 172 nota 1; BERGER, *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden*, Leipzig-Berlin 1911, p. 122. Nel diritto greco-egizio, dove non esisteva un limite fissato dalla legge per gli interessi, anche l'importo delle penali era naturalmente libero da ogni vincolo (BERGER, *ibid.*).

⁷²) Vat. fr. 11 (Papin.) cfr. D. 19, 1, 13 § 26; D. 22, 1, 9 pr. (Papin.); C. 4, 32, 15 (imp. Gordianus).

5. Le fonti classiche ci attestano esplicitamente che due sono le forme più comuni della *stipulatio poenae*: a) la *stipulatio poenae* isolata, senza vincolo con un'altra obbligazione, come nella formula seguente: 'si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?'; b) la *stipulatio poenae* aggiunta ad un'altra obbligazione, come nella formula seguente: 'Pamphilum dari spondes? si non dederis, centum dari spondes?'⁷³.

Qual'è la forma, in cui si concludeva abitualmente la *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa*?

Se noi passiamo in rassegna le testimonianze, che ci conservano il ricordo di questa clausola penale, parrebbe già che la locuzione usata da Africano nell'introdurre la fattispecie del fr. 23 D. 44, 7 («*Traiecticiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, poena (uti adsolet) ... in stipulationem erat deducta*») fosse da intendere come allusiva ad una *stipulatio 'quae a condicione coepit'* secondo la terminologia di Papiniano, ovvero ad una *stipulatio poenae* principale piuttosto che ad una *stipulatio poenae* accessoria: poiché è evidente che, quale oggetto della solennità verbale, viene qui solo indicata una prestazione a garanzia di un'altra (*traiecticiae pecuniae nomine poena*), e non figurano affatto due prestazioni collegate fra loro da un vincolo di subordinazione della seconda alla prima (*traiecticia pecunia et poena*), come sarebbe invece naturale se si trattasse di una stipulazione dell'altro tipo⁷⁴.

Ma una più convincente prova che il negozio si contraesse nella prima forma ci sembra offerta, sia pure implicitamente, dall'autorevole opinione espressa in un celebrato responso.

Labeo, l. 5 *pitbanon a Paulo epitomatorum*, D. 22, 2, 9:

Si traiecticiae pecuniae poena (uti solet) promissa est, quamvis eo die, qui primus solvendae pecuniae fuerit, nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet, tamen perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris.

Da questo passo risulta che, se il *debitor pecuniae traiecticiae* sia morto prima della scadenza e non abbia lasciato eredi⁷⁵, tuttavia la clausola penale, che abbia

⁷³ Papin. 2 quaest.: D. 45, 1, 115 § 2. Cfr. BERTOLINI, *op. ult. cit.*, p. 104 e sgg.; GIRARD-SENN, *Manuel*⁸, p. 653.

⁷⁴ Cfr. D. 44, 7, 44 §§ 5-6 (Paul. 74 ad ed.), riscontrando tuttavia l'*Index interpol.* ad h.l.

⁷⁵ Qui non si tratta, a mio avviso, come alcuni studiosi ritengono (BIONDI, *Dir. ereditario*, parte generale, Milano 1934, p. 140; ARNÒ, *Dir. ereditario*, Torino 1938, p. 194), di eredità giacente, poiché l'ipotesi prevista è che nessuno sia erede («*quamvis nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet*»), mentre, allorché ci troviamo dinanzi ad un'eredità

formato oggetto di stipulazione, acquista efficacia al sopraggiungere della scadenza, o, in altri termini, che la *missio poenae* si verifica indipendentemente dalla colpa del debitore. Come si spiega ciò? Qual è il motivo che ha indotto Labeone a decidere in tal senso, e gli altri giuristi a seguirlo?⁷⁶

giacente, un erede c'è, quantunque ancora non abbia accettato né rinunciato. Cfr. del resto i passi citati dallo SCIALOJA nel suo *Dir. ereditario romano: concetti fondamentali* (ristampa a cura di A. GIANNINI, Roma 1934), p. 267 e sgg., relativamente alla c.d. successione dello Stato (popolo romano, fisco) nei beni vacanti e caduchi: giacché proprio in questo caso, dove non esistono né eredi né *bonorum possessores*, per designare la situazione che viene in tal modo a verificarsi, ricorrono assai spesso locuzioni (Gai. II, 150: «*si defuncto nemo heres vel bonorum possessor existat*» integr. KRUEGER; Tit. ex corp. Ulp. 28, 7: «*et si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit*»), che ci rammentano quelle del fr. 9 e del fr. 2 (v. la nota seguente) D. h.t., ivi usate per indicare la mancanza di un successore, civile o pretorio, a cui faccia carico l'adempimento della prestazione condizionale promessa con una *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae nomine* («*si nemo vixerit*», «*si nemo sit*» – *qui eam pecuniam deberet o debeat*). Avverandosi una cosiffatta eventualità, e non essendo esclusa, nonostante ciò, la *missio poenae*, o il creditore sarà stato soddisfatto dallo Stato, al quale avrà potuto rivolgersi in via amministrativa, nell'ipotesi che il patrimonio ereditario fosse stato attivo e che quindi lo Stato ne avesse fatto l'acquisto (D. 49, 14, 1 § 1), od altrimenti avrà potuto sperimentare, in seguito alla *missio in bona rei servandae causa* ed alla successiva *bonorum venditio* (cfr. la clausola edittale ricostruita dal SOLAZZI, *Il concorso dei creditori in dir. romano*, I, Napoli 1937, p. 91: «*Cui neque heres neque bonorum possessor exstabit, bona eius, si ex his populus adquiri nihil possit, possideri proscribi veniriq[ue] iubebo*»), quando non sia stato soddisfatto dal *bonorum emptor* nella misura del dividendo concordato, l'a. *Serviana utilis* contro di lui (LENEL, *EP.*³, § 218, p. 427 e sgg., § 222 p. 432 e sg.; CARRELLI, *Per una ipotesi sull'origine della bonorum venditio*, in «SDHI.», IV [1938], p. 429 e sgg.).

⁷⁶ Difatti non soltanto Paolo, epitomatore dei Πιστά, ma altresì Plautio e Pomponio sono in proposito da considerarsi come seguaci di Labeone. Veggasi D. 22, 2, 2 (Pomponius, l. 3 ex Plautio) – la cui correlazione con D. h. t. 9 non è stata rilevata da me solo: *Str. class. del f.n.*, p. 359 nota 31 –: «Labeo ait, si nemo sit, qui a parte promissoris [interpellari traiecticiae pecuniae possit, id ipsum testatione complexi debere, ut pro petitione id cederet] <traiecticiam pecuniam debeat, tamen perinde poenam committi, ac si fuisset heres debitoris>». Nella sua redazione attuale, il testo non si spiega se, non presupponendo – come avverte la Glossa ad h.l. – che il credito non sia a termine, ma che il pagamento si debba esigere in conformità della clausola «*cum petiero*» (D. 45, 1, 48). D'altro lato mi sembra evidentissimo che, quando pur si fosse disposti ad ammettere che i classici configurassero la eventualità di una *pecunia traiecticia sine die* (cosa che io – comunque – non credo), l'espedito della *testatio loco petitionis* – ossia di una specie d'atto notorio, avente lo scopo di far decorrere gli effetti della mora – corrisponde proprio alla predilezione che i bizantini hanno per la prova scritta (BRUGI, *Istit. di dir. privato giustiniano*³, Torino 1926, pp. 151, 306), come ci appare confermato dalla Nov. 73. La interpolazione del frammento non può pertanto, secondo me, venir esclusa, e ciò sebbene – a quanto mi consta – nessuno l'abbia notata in precedenza (cfr. l'*Index interpol.* ad h.l.). Né mancano indizii formali in tal senso: «*interpellare*» nel significato di «domandare giudizialmente» (si riscontri la bibliografia citata nel successivo paragrafo sulla nozione d'*interpellatio*, con riferimento alla critica della l. 23 D. 44, 7); costruzione del verbo stesso con il genitivo («*interpellari traiecticiae pecuniae*») anziché nella forma usuale del linguaggio classico («*interpellare*

Erroneamente il Donatuti⁷⁷, cui spetta il merito di aver mostrato che la *missio poenae* non ha luogo se l'inadempimento della prestazione condizionale non sia imputabile al promittente, a meno che l'unica obbligazione non sia quella di pagare la *poena* (nel qual caso essa acquista efficacia anche se il debitore non sia in colpa), ritiene poi che questo criterio non trovi applicazione, come dovrebbe, nel testo di cui ci stiamo occupando, e ciò in quanto, a suo avviso, la fattispecie consta di due obbligazioni; tanto è vero che egli è costretto a sbarazzarsi di tale testimonianza, supponendo che ai tempi di Labeone non fosse ancora sancito il principio, secondo il quale si è tenuti al pagamento della *poena* soltanto se, quando esista una obbligazione principale, questa non sia adempiuta per colpa del debitore (il che non giustificerebbe ad ogni modo perché Paolo riproduca senza riserve l'insegnamento dell'opera da lui riassunta, se si ammette che già con Sabino il nuovo principio si fosse affermato).

La spiegazione è, invece, un'altra: e precisamente quella che, tanto ai tempi di Labeone come a quelli di Paolo, la *pecunia traiecticia* è sfornita di azione in quanto tale, come lo sono i patti e le promesse, che il Donatuti⁷⁸ non trascurava di esemplificare, illustrando gli altri casi, in cui la penale acquista efficacia, pur senza colpa del promittente, ogni qual volta non sia eseguita la *conditio stipulationis* (D. 9, 2, 22; D. 45, 1, 77).

In questi casi, come in quello del frammento di cui si tratta, non esiste una obbligazione principale e non si può parlare di accessorieta della *stipulatio poenae* in senso tecnico. La *stipulatio poenae* è un negozio autonomo⁷⁹: perciò la *missio poenae* si verifica indipendentemente dalla colpa del debitore. Mentre è ovvio che, laddove le obbligazioni sono due, ossia una obbligazione principale ed una obbligazione accessoria nascente dalla stipulazione penale in funzione di garanzia, il creditore possa pretendere il pagamento della *poena* soltanto se l'inadempimento della prestazione principale dedotta in obbligazione sia imputabile al debitore, perché il creditore stesso è comunque tutelato dall'azione corrispondente all'obbligazione garantita, è altrettanto ovvio che, quando invece l'unica difesa del negozio è affidata all'azione che scaturisce

aliquem de aliqua re: esempi in FORCELLINI, *Lexicon totius Latinitatis*, ultima ristampa, Padova 1940, s.h.v.; «*testatione complecti*» (?) usato passivamente (cfr. GUARNERI CITATI, *Suppl. I all'Indice*, in «Studi Riccobono», I, p. 701 e sgg., s.h.v.: ma v. ora LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani*, Milano 1938, p. 589).

⁷⁷) *Di un punto controverso in materia di stipulazione penale*, negli «SDHI.», I (1935), p. 299 e sgg.

⁷⁸) *Op. cit.*, p. 305 e sg.

⁷⁹) Si parla anzi, comunemente, di una *stipulatio poenae* principale, in antitesi ad una *stipulatio poenae* accessoria: cfr. BERTOLINI, *loc. ult. cit.*

dalla *stipulatio poenae*, come accade tutte le volte che la prestazione, a cui le parti tendono in via primaria, non sia dedotta in obbligazione⁸⁰, ma, sia una semplice condizione, il cui adempimento permetterebbe di evitare l'applicazione della *poena*, codesta azione sia esperibile qualunque sia il motivo dell'inadempimento, giacché l'unica obbligazione in tal caso esistente è disciplinata esclusivamente dalle regole ordinarie delle obbligazioni condizionali.

Non vi è bisogno di supporre, come fa il Donatuti⁸¹, che sia stato Sabino per primo a ricollegare la *commissio poenae* con la *culpa debitoris*, tracciando una direzione, secondo cui si sarebbero successivamente orientati i pareri della giurisprudenza posteriore, distinguendo le due forme di *stipulatio poenae*. Come abbiamo dimostrato, la rilevanza o irrilevanza giuridica della *culpa debitoris* in relazione alla *commissio poenae* è consentanea rispettivamente alla esistenza, nella specie, di due rapporti obbligatori o di uno solo. E' sulla base di questa diversa realtà, e nemmeno in parte su quella di un'evoluzione storica della dottrina, che si spiegano le divergenti soluzioni adottate dai classici.

La *commissio poenae sine culpa debitoris* sta a significare, in ogni tempo, che non solo la prestazione condizionale non forma oggetto di una obbligazione a sé stante, fondata su di un negozio che non sia la stipulazione, ma che essa non viene dedotta neppure in una stipulazione preliminare alla contrattazione della *poena*: giacché altrimenti non vi sarebbe motivo di ammettere la esigibilità di questa per tutelare il rapporto quando non vi sia colpa del debitore, potendo essere sufficiente in tal caso l'azione rivolta ad ottenere la prestazione principale, e dovendosi riserbare invece l'*actio ex poena* alla sola ipotesi

⁸⁰) D. 44, 7, 44 § 5 cit.: «Si ita stipulatus sim: 'si fundum non dederis, centum dari spondes?' sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus». Una distinzione analoga si riscontra nel legato di alimenti (*penus legata*): D. 35, 2, 1 § 8 (Paul.); D. 36, 2, 19 pr. e § 1 (Iul.); D. eod. 24 (Paul.).

⁸¹) *Op. cit.*, p. 305. Scrive infatti l'autore: «Sabino, estendendo contro Pegaso alle stipulazioni l'*interpretatio ex voluntate*, affermava che: *stipulatio committitur* solo se l'inadempimento della prestazione si possa imputare al debitore [D. 45, 1, 115 § 2]; Papiniano accoglie la decisione di Sabino e la dichiara principio generale per l'ipotesi di stipulazione penale di garanzia [ibid.]. Nella medesima direzione di Sabino si orientarono i pareri di Proculo, di Aristone, di Celso, di Pomponio, di Africano e poi di Ulpiano». In realtà la questione dibattuta fra Sabino e Pegaso è un'altra: e cioè se il creditore possa agire per la penale non appena che la prestazione sia possibile e questa non sia stata eseguita, ovvero se la *commissio poenae* abbia luogo soltanto dopo che la prestazione non sia più possibile. Alla decisione di Sabino su questo punto – e su questo solo – si riferisce Papiniano, dichiarandola applicabile all'ipotesi della *stipulatio 'quae non a condicione coepit'*: «*Sabinus autem existimabat ... postquam homo potuit dari, confestim agendum ... idque defendebat exemplo penis legatae*» (cfr. D. 36, 2, 19 pr.). Il problema della *culpa debitoris* («*tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret*») – se non è interpolato (SIBER, *Röm. Privatrecht*, p. 263) – è qui puramente incidentale.

dell'inadempimento colposo, quale esclusiva sanzione di esso. Non per nulla già Servio Sulpicio affermava, nell'ultimo secolo della repubblica, che la *poena traiecticiae pecuniae* non era esigibile «*si per creditorem stetisset, quo minus eam intra certum tempus praestitutum accipiat*» (D. 22, 2, 8), anziché nella più comprensiva ipotesi che l'inadempimento non fosse comunque imputabile al debitore (cfr. D. 44, 7, 23 itp.: «*nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret*») ⁸². Se così non fosse, l'incongruenza che il Donatuti respinge per la giurisprudenza classica più tarda ⁸³ sarebbe tuttavia da lamentare negli scritti dei giureconsulti meno recenti, ai quali si dovrebbe attribuire, in contrasto con l'abituale finezza dei loro metodi, una singolare incapacità di trarre conseguenze diverse dalla diversità dei presupposti di fatto nel disciplinare il regime della stipulazione penale.

Possiamo dunque ritenere che la *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae nomine* si profilasse abitualmente con la fisionomia di un contratto verbale unitario, legato alle clausole del prestito marittimo, senza bisogno che queste fossero riversate in una stipulazione preliminare. In altri termini, dopo che tutte le condizioni della *pecunia traiecticia* erano state presumibilmente stabilite fra le parti in un'apposita *conventio*, di cui molto spesso, se non sempre, si sarà conservata memoria in un documento scritto (*cautio pecuniae traiecticiae*: cfr. D. 45, 1, 122 § 1), il negozio doveva essere suggellato il più delle volte da una clausola penale riassuntiva di questo genere: «*Si adversus ea factum erit*» ⁸⁴ – o, più specificatamente, «*si ad diem pecunia, ut inter eos convenit, soluta non erit*» ⁸⁵ – «*sestertium X milia poenae nomine dari stipulatus est L. Titius, spondit C. Seius*».

Tale è il risultato, a cui si perviene con l'analisi della stipulazione di una *poena traiecticiae pecuniae causa*: ed è proprio codesta analisi che ci permette fra l'altro di risolvere implicitamente la questione relativa alla natura della *pecunia traiecticia*, interpretando nel loro esatto, ma insospettato valore, alcuni accenni testuali alla *conventio*, che affiorano qua e là dove si parla del prestito marittimo (D. 45, 1, 122 § 1; C. 4, 33, 5 [4]).

Ciò premesso, non si pone qui il problema, che è necessario invece configurarsi quando si studia la *stipulatio poenae* accessoria, ovverosia se il creditore, verificandosi la *commissio*, possa pretendere a sua scelta la prestazione primaria

⁸² La interpolazione sarà giustificata nel successivo paragrafo.

⁸³ *Op. cit.*, p. 306.

⁸⁴ La formula era d'uso corrente: cfr. p.e. l'*instrumentum* della *donatio Flavii Syntrophii*, v. 18 (CIL VI, 10239 = BRUNS-GRADENWITZ, *Fontes*⁷, Tübingen 1909, I, 139 = ARANGIO RUIZ, *Negotia*, in *Fontes iuris romani anteiustiniani*², III, Firenze 1943, n. 94, p. 298 e sgg.).

⁸⁵ Questa variante è ricavata dal fr. 23 D. 44, 7 con l'aggiunta di un inciso («*ut inter eos convenit*»), che mi viene suggerito dalla opportunità di un espresso richiamo alle modalità fissate nella *conventio*.

o la penale subordinativi, o se unicamente abbia diritto a questa, o se piuttosto entrambe gli siano dovute⁸⁶. Difatti, dal momento che la *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa* tende a suggellare una *conventio*, una *nuda pactio*, che come tale non produce obbligazione (D. 2, 14, 7 § 4), è altresì evidente che l'unica azione a difesa del creditore è l'*a. pecuniae traiecticiae* – come del resto si era già desunto dalla sua stessa denominazione⁸⁷ – ossia la formula nascente dalla *stipulatio poenae*, e che questa non può servire ad altro se non a perseguire il pagamento della penale: poiché il principio che la stipulazione penale adietta ad un nudo patto rende anche questo coercibile mediante l'*a. ex stipulatu* è – come ha dimostrato il Riccobono attraverso le alterazioni di C. 8, 37, 5 e C. 2, 3, 14⁸⁸ – un principio di pura marca giustiniana, a cui si ricollega il noto brocardo medioevale «*pactum nudum geminatum producere actionem*»⁸⁹.

6. Vi sono tuttavia altre questioni, suscitate da alcuni passi, che riguardano direttamente e indirettamente il nostro tema, sulle quali non è il caso di sorvolare, se vogliamo che la trattazione della *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa* non lasci zone d'ombra nel suo campo ed anzi valga a proiettare nuova luce oltre i confini di esso.

Singolare è, in primo luogo – ancorché il testo fosse immune da ogni altro motivo di critica – la formulazione della fattispecie in D. 44, 7, 23 (Africanus, *l. 7 quaestionum*):

Traiecticiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, poena (uti adsolet) ob operas eius qui eam pecuniam peteret in stipulationem erat deducta: is qui eam pecuniam petebat parte exacta petere desierat, deinde interposito tempore interpellare instituerat. consultus respondit eius quoque temporis, quo interpellatus non esset, poenam peti posse: amplius etiamsi omnino interpellatus non esset: nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret: alioquin dicendum et si is, qui interpellare coepisset, valetudine impeditus interpellare desisset, poenam non committi. de illo sane potest dubitari, si interpellatus ipse moram fecerit, an, quamvis pecuniam postea offerat, nihilo minus poena committatur: et hoc rectius dicitur. nam et si arbiter ex compromisso pecuniam certo die dare iusserit neque per eum, qui dare iussus sit, steterit, non committi poenam respondit: adeo ut et illud Servius rectissime

⁸⁶) E' il problema, di cui si occupa specialmente il PERGAMENT nel suo pregevole studio *Konventionalstrafe und Interesse*, Berlin 1896. Ma v. anche BERTOLINI, *op. ult. cit.*, p. 209 e sgg.; PEROZZI, *Istit.*², II, p. 171 e sgg.; GIRARD-SENN, *Manuel*⁸, p. 674 e sg.

⁸⁷) Vedi sopra, § 3 i.f.

⁸⁸) *Op. cit.*, p. 408 e sgg.

⁸⁹) L'aforisma ci è tramandato sotto il nome di GIASON DEL MAINO (*Cod. de pactis*).

Indici

Indice delle fonti

I. – FONTI PREGIUSTINIANEE	
a) FONTI GIURIDICHE	
CODEX THEODOSIANUS	
2, 33, 1	102 nt. 345.
CONSULTATIO	
VETERIS CUIUSDAM IURISCONSULTI	
4, 8	76.
9, 17	21 nt. 55.
GAII INSTITUTIONES	
I, 1	76.
II, 31	24 nt. 68.
II, 150	25 nt. 75.
III, 100	66; 66 nt. 203.
III, 117	66 nt. 203.
III, 134	102 nt. 346.
III, 158	66 nt. 203.
III, 176	17; 18 nt. 49.
IV, 53	75.
IV, 53a	75.
IV, 53c	69.
PAULI SENTENTIAE	
2, 14, 1	73; 75.
2, 14, 2	76 nt. 242.
2, 14, 3	59; 60 nt. 173; 63; 77; 80; 88 nt. 286.
5, 5a, 1	21 nt. 55.
5, 7, 2	94.
TITULI EX CORPORE ULPIANI	
28, 7	25 nt. 75.
VATICANA FRAGMENTA	
11	24 nt. 72.
b) FONTI LETTERARIE	
CATO	
<i>de agri cult.</i> 144, 2	23 nt. 64.
<i>de agri cult.</i> 146, 5	23 nt. 64.
CICERO	
<i>ad Att.</i> 1, 12, 5	76 nt. 242.
<i>ad Att.</i> 1, 12, 21	76 nt. 242.
<i>de leg.</i> 1, 6, 18	18 nt. 51.
<i>de leg.</i> 2, 4, 8	18 nt. 51.
<i>de off.</i> 3, 17, 71-72	18 nt. 51.
<i>pro Mil.</i> 3, 10	18 nt. 51.
<i>top.</i> 2, 9	18 nt. 51.
[DEMOSTHENES]	
<i>c. Apal.</i> , §§ 25-26	35 nt. 107.
<i>c. Dionysod.</i> , § 5	12 nt. 27; 58 nt. 168.
<i>c. Lacr.</i> , § 10	57 nt. 165.
<i>c. Lacr.</i> , § 11	46 nt. 130.
<i>c. Lacr.</i> , § 24	46 nt. 130.
LYSIAS	
<i>c. Theomn.</i> I § 18	12 nt. 28.
PLAUTUS	
<i>Men.</i> V, 4, 6	23 nt. 64.
PLINIUS	
<i>Epist.</i> 10, 64	64 nt. 193.
<i>Paneg.</i> 1	79 nt. 252.
PLUTARCHUS	
<i>Cato maior</i> 21	31 nt. 92.

SUETONIUS		2, 15, 16	24 nt. 67.
<i>Aug.</i> 65	79 nt. 252.	5, 12 [13]	22 nt. 60; 47 ss.; 53.
<i>Calig.</i> 53	79 nt. 252.	3, 5, 33	64 nt. 192.
TACITUS		4, 8, 2	21 nt. 55.
<i>Ann.</i> 4, 4	79 nt. 252.	4, 8, 3 pr.	21 nt. 55.
VALERIUS MAXIMUS		4, 8, 11 § 2	22 nt. 62.
4, 4, 8	79 nt. 252.	4, 8, 14 § 5	59 nt. 172.
VEGETIUS		4, 8, 13 § 1	36 nt. 112.
<i>Epit. rei milit.</i> 4, 39	57 nt. 163, 164.	4, 8, 21 § 9	36.
		4, 8, 23 pr.	37 nt. 114.
		4, 8, 23 § 3	36.
		4, 8, 28	59 nt. 172.
		4, 8, 32 § 8	15; 17; 18 nt. 49.
		4, 8, 38	21 nt. 55.
		4, 8, 40	36; 38.
		4, 9, 1 § 7	22 nt. 60.
		9, 2, 5 § 3	64 nt. 192.
		9, 2, 11 § 6	15 nt. 40.
		9, 2, 22	27.
		12, 1, 7	73; 78.
		12, 1, 8 pr.	73; 78.
		12, 1, 24	79 nt. 252.
		12, 1, 40	59 nt. 172.
		12, 2, 22	18 nt. 49.
		13, 2 rubr.	102.
		13, 2, 1	8; 36 nt. 112; 102.
		13, 4, 1	69 nt. 215.
		13, 4, 2 § 8	7; 10; 22 nt. 60; 68 ss.; 82; 95.
		13, 7, 4	93.
		15, 1, 1	17.
		15, 1, 1 § 3	32.
		15, 1, 3	17.
		15, 1, 3 § 5	17; 17 nt. 47; 18 nt. 49.
		15, 1, 3 § 6	17; 17 nt. 48; 18 nt. 49.
		15, 1, 3 § 8	13 ss.; 18 nt. 49.
		15, 1, 3 § 9	16 nt. 44; 18 nt. 49.
		15, 1, 3 § 10	18 nt. 49.
		15, 1, 3 § 11	20 nt. 53.
		15, 1, 5	17.
		15, 1, 5 § 2	17; 18 nt. 49.
		15, 1, 41	78 nt. 250.
		15, 1, 47 § 1	17; 18 nt. 49.
		16, 1, 19 § 2	64 nt. 192.
		18, 1, 8 § 1	64 nt. 195.
		18, 3, 1	40.
		18, 3, 8	38 ss.
		18, 4, 7	64 nt. 195.
		19, 1, 13 § 26	24 nt. 72.
II. - FONTI GIUSTINIANEE			
a) INSTITUTIONES			
2, 1 § 41	38 nt. 117.		
3, 15 pr.	96.		
3, 15 § 1	96.		
3, 15 § 7	23; 59 nt. 172.		
3, 19 § 12	98.		
3, 19 § 13	66 nt. 203.		
3, 19 § 17	94; 97.		
3, 19 § 19	23 nt. 65.		
3, 20 § 8	97.		
3, 29 § 3	17.		
b) DIGESTA			
2, 7, 3 pr.	14 nt. 35.		
2, 11, 13	17 nt. 46, 48.		
2, 14, 1 § 2	98.		
2, 14, 6	101 nt. 341.		
2, 14, 7 § 2	11 nt. 23.		
2, 14, 7 § 4	30; 96 nt. 320.		
2, 14, 7 § 7	96 nt. 323.		
2, 14, 7 § 12	97 nt. 328; 99.		
2, 14, 7 § 13	96 nt. 323.		
2, 14, 7 § 14	96 nt. 323.		
2, 14, 7 § 15	96 nt. 323.		
2, 14, 7 § 16	96 nt. 322.		
2, 14, 16	96 nt. 323.		
2, 14, 17 § 1	96 nt. 323.		
2, 14, 27 § 4	96 nt. 323.		
2, 14, 28	96 nt. 323.		
2, 14, 30 § 1	17; 17 nt. 48; 18 nt. 49.		
2, 14, 59	96 nt. 322.		
2, 15, 2	96 nt. 322.		
2, 15, 15	24 nt. 67.		

19, 1, 51 § 1	38 ss.		
19, 5, 24	73; 92; 95 nt. 318; 101.		
22, 1, 9 pr.	24 nt. 72.	44, 7, 44 § 5	25 nt. 74; 28 nt. 80; 59 nt. 172.
22, 1, 44	24; 34 nt. 105; 42; 45; 60 nt. 173.	44, 7, 44 § 6	25 nt. 74; 59 nt. 172.
22, 2 rubr.	22 nt. 59.	45, 1, 2 § 6	24 nt. 68.
22, 2, 1	22 nt. 60; 79 ss.; 88.	45, 1, 4 § 1	59 nt. 172.
22, 2, 2	22 nt. 60; 25 nt. 75; 26 nt. 76; 47; 51; 81.	45, 1, 38 § 17	23 nt. 65.
22, 2, 3	22 nt. 60; 59; 80.	45, 1, 48	26 nt. 76.
22, 2, 4	22 nt. 60.	45, 1, 77	27.
22, 2, 4 pr.	24; 59; 77 s.; 81; 82; 84; 87; 88 s.	45, 1, 115	59 nt. 172.
22, 2, 4 § 1	31 nt. 90, 93; 81 s.	45, 1, 115 § 2	25 nt. 73; 28 nt. 81.
22, 2, 5	11; 61 ss.	45, 1, 122 § 1	7; 8; 9 nt. 8; 10 s.; 22 nt. 60; 29 s.; 53 ss.; 58; 81; 82; 102.
22, 2, 5 pr.	10; 63 ss.; 81; 82.	45, 1, 122 § 2	59 nt. 171, 172.
22, 2, 5 § 1	65 s.; 67; 100; 101 nt. 342.	45, 1, 122 § 3	59 nt. 171, 172.
22, 2, 6	10; 22 nt. 60; 78 s.; 81 s.; 84; 88 nt. 286; 95.	45, 1, 122 § 6	24 nt. 67; 59 nt. 171.
22, 2, 7	10 s.; 22 nt. 60; 77 ss.; 82; 84; 100.	45, 1, 126	97 nt. 328.
22, 2, 8	21 nt. 57; 22 nt. 60; 29; 36; 38; 47; 52 s.; 81; 82; 84.	45, 1, 126 § 2	59 nt. 172.
22, 2, 9	21 nt. 56; 22 nt. 60; 25 ss.; 36; 35 nt. 109; 47; 53; 81; 84.	45, 1, 134 § 2	97.
23, 4, 30	64 nt. 192.	46, 1, 16 § 4	78 nt. 250.
24, 1, 13 § 2	64 nt. 190.	46, 1, 19	17; 17 nt. 48.
25, 4, 4	64 nt. 192.	46, 1, 20	17.
26, 7, 9 § 5	50 nt. 141.	46, 3, 102 § 1	75.
28, 5, 82 pr.	64 nt. 192.	46, 5, 11	59 nt. 172.
31, 21	67 nt. 209.	46, 7, 19 § 1	32.
31, 83	64 nt. 192.	49, 14, 1 § 1	25 nt. 75.
31, 87 § 4	64 nt. 192.	50, 16, 94	67 nt. 209.
33, 7, 20 pr.	64.	50, 17, 107	14 nt. 35; 17 nt. 46.
33, 10, 7 § 1	64 nt. 190.	c) CODEX	
34, 5, 13 [14] § 2	59 nt. 172.	2, 3, 14	30.
34, 5, 13 [14] § 5	59 nt. 172.	2, 4, 17	24 nt. 67.
35, 2, 1 § 8	28 nt. 80.	2, 4, 37	24 nt. 67.
36, 2, 19 pr.	28 nt. 80, 81.	2, 55 [56], 4	36 nt. 111.
36, 2, 19 § 1	28 nt. 80.	2, 55 [56], 5	36 nt. 111.
36, 2, 24	28 nt. 80.	2, 55 [56], 5 pr.	36 nt. 112.
40, 12, 34	79 nt. 252.	4, 11, 1	66 nt. 203.
44, 4, 4 § 3	21 nt. 55.	4, 24, 4	93.
44, 7, 1 § 3	96.	4, 32, 3	75.
44, 7, 23	21 nt. 56; 22 nt. 60; 25; 26 nt. 76; 29; 29 nt. 85;	4, 32, 11 [12]	100; 102 nt. 345.
		4, 32, 15	24 nt. 72.
		4, 32, 23	102 nt. 345.
		4, 32, 26	31 nt. 93; 42 nt. 121; 44; 99 nt. 332; 103.
		4, 32, 26 § 2	34 nt. 104; 42; 61; 95; 102.
		4, 32, 27 § 1	31 nt. 93.

4, 33 rubr.	22 nt. 59.
4, 33, 1 (?)	78 nt. 247; 87; 89 s.; 92.
4, 33, 2 [1]	10; 22 nt. 60; 24; 59; 81; 88 nt. 286.
4, 33, 3 [2]	10; 80.
4, 33, 4 [3]	10; 22 nt. 59; 58; 81; 92 nt. 303.
4, 33, 5 [4]	10 s.; 22 nt. 60; 29; 59; 80 s.; 88 nt. 286.
8, 37 [38], 1	97 s.
8, 37 [38], 5	30.
8, 37 [38], 10	94 s.; 98 s.
8, 37 [38], 11	66 nt. 203.
8, 37 [38], 12	33; 35.
8, 37 [38], 14	97.

III. - FONTI BIZANTINE

BASILICORUM LIBRI

18, 5, 3 § 8	103 s.
23, 3, 59	102.
23, 3, 74	34 nt. 104; 45 nt. 128.
52, 1, 22	41.
53, 5	52.

BASILICORUM SUPPLEMENTA

II, 103 (= C. 4, 33, 1?)	34 nt. 104; 78 nt. 247; 87; 89 s.; 92.
II, 108 (= Capita leg. Rhod. 1, 16)	90 nt. 292.
II, 110 (= Capita leg. Rhod. 2, 16)	90 nt. 291.
II, 110 (= Capita leg. Rhod. 2, 17)	46 nt. 132.
II, 114 (= Capita leg. Rhod. 3, 17)	46 nt. 132.
II, 184 (= Bas. 53, 5, 2?)	52.
II, 185 (= Bas. 53, 5, 8?)	52.
II, 185 (= Bas. 53, 5, 12?)	45 nt. 127.

LEX RHODIA

in generale	31 nt. 90.
1, 16 (= Bas. Suppl. II, 108)	90 nt. 292.
2, 16 (= Bas. Suppl. II, 110)	90 nt. 291.
2, 17 (= Bas. Suppl. II, 110)	46 nt. 132.
3, 17 (= Bas. Suppl. II, 114)	46 nt. 132.

SCHOLIA BASILICORUM

Sch. 1 (Steph. ind.) ad Bas.	45 s.; 51 nt. 17, 1, 13 (= Heimb. II, 211 143; 53. cfr. VI, 231)
Sch. 3 (Anon. adn.) ad Bas.	42. 23, 1, 21 (= Heimb. II, 619)
Sch. 5 (Steph. adn.) ad Bas.	94. 23, 1, 42 (= Heimb. II, 635)
Sch. 1 (Steph. ind.) ad Bas.	45 s. 23, 3, 44 (= Heimb. II, 718)
Sch. 5 ad Bas. 23, 3, 74	34 nt. 104. (= Heimb. II, 731)
Sch. δαυείζων ad Bas. 53, 5,	61 nt. 178. 55 (= Heimb. V, 117 nota z)

Theophili Paraphrasis Graeca Institutionum

2, 3 § 4	24 nt. 68; 59 nt. 172.
----------	------------------------

IV. - ISCRIZIONI E PAPIRI

ARANGIO RUIZ, *Negotia*

67	97 nt. 328.
94	29 nt. 84; 60 nt. 172.
133	59 nt. 172.
136	59 nt. 172.
138	94 nt. 309; 59 nt. 172.
139	59 nt. 172.
182	59 nt. 172.

BRUNS-GRADENWITZ, *Fontes*⁷

I, 139	29 nt. 84.
--------	------------

CIL

VI, 10239	29 nt. 84.
-----------	------------

PREISIGKE, *Sammelbuch*

I, 5294	94 nt. 309.
---------	-------------

WESSELY, *Textus Graeci*

I, 35	94 nt. 309.
-------	-------------

BGU

5883 + 5853	46 nt. 132; 63 nt. 184.
-------------	-------------------------

PLond.

V, 1727	97 nt. 328.
---------	-------------

V. – FONTI MEDIOEVALI E MODERNE	n. 60	89 nt. 289.
	n. 61	89 nt. 289.
	n. 150	89 nt. 289.
Glossa		
ad l. 12 [13] D. 3, 5	49 nt. 137; 51 nt. 143.	
ad l. 3 § 8 D. 15, 1	15 nt. 36.	
ad l. 2 D. 22, 2	26 nt. 76.	
ad l. 4 pr. D. 22, 2	90 nt. 294.	
ad l. 8 D. 22, 2	47 nt. 134.	
ad l. 23 D. 44, 7	31 nt. 91.	
ad l. 122 § 1 D. 45, 1	55 s.	
<i>(Documenti e Nuovi documenti sul Castello di Bonifacio nel sec. XIII – a cura del VITALE –, in «Atti della Deputazione di storia patria per la Liguria », 1936 e 1940)</i>		
Registro del notaio Bartolomeo		
n. 56	89 nt. 289.	
n. 57	89 nt. 289.	
n. 58	89 nt. 289.	
		Legislazione marittima statutaria 91.
		Consolato del Mare 91.
		Cod. comm. it. 1883
		art. 590 75 nt. 237.
		art. 590 sgg. 91.
		Cod. civ. it.
		art. 1453 40.
		Cod. proc. civ. it.
		art. 474 87 nt. 278.
		R.D. 14.12.1933 n. 1669 (legge cambiaria)
		art. 63 87 nt. 278.

Indice degli Autori

- ACCURSIO: 15 nt. 36; 49 nt. 137; 51 nt. 143; 55 nt. 156.
- ALBERTARIO: 23 nt. 65; 33 nt. 99; 37 nt. 114; 38 nt. 117; 62 nt. 179; 64 nt. 188; 66; 76 nt. 241; 83 nt. 264; 93 nt. 307.
- ALCIATO: 55 nt. 156.
- AMANN: 54 nt. 150.
- APPLETON: 38 nt. 117.
- ARANGIO RUIZ: 9; 9 nt. 12; 11 nt. 18; 12; 13 nt. 31; 16 nt. 42; 19 nt. 52; 22 nt. 61; 23 nt. 65; 29 nt. 84; 35 nt. 106; 37 nt. 113, 115; 38 nt. 117; 46 nt. 132; 59 nt. 172; 63 ss.; 63 nt. 181; 65 nt. 201; 68 nt. 214, 215; 70 nt. 216, 220; 72 nt. 227; 73 nt. 233; 76 nt. 241; 79 nt. 251; 83 nt. 263, 264; 94 nt. 309, 310; 96 nt. 321; 97 nt. 326-328; 99 nt. 334; 100 nt. 339.
- ARCHI: 38 nt. 117; 99 nt. 336.
- ARNÒ: 25 nt. 75.
- ASHBURNER: 31 nt. 90.
- ASSMANN: 43 nt. 122.
- ASTUTI: 46 nt. 133.
- BALDO degli UBALDI: 91.
- BARON: 8 nt. 4; 19 nt. 52.
- BARTOLO da SASSOFERRATO: 55 nt. 156.
- BARTOLOMEO da SALICETO: 91.
- BENSA: 40 nt. 119; 75 nt. 237.
- BERGER: 24 nt. 71; 37 nt. 114; 67 nt. 210.
- BERTOLINI: 22 nt. 62; 23 nt. 63-65; 24 nt. 67, 68, 69, 71; 25 nt. 73; 27 nt. 79; 30 nt. 86; 35 nt. 109; 64 nt. 191.
- BESELER: 8 nt. 5; 10; 10 nt. 15; 18 nt. 51; 33; 33 nt. 102; 38 nt. 117; 39 nt. 118; 64 nt. 188; 66 nt. 207; 67 nt. 209; 68 nt. 214; 69 nt. 215; 70; 70 nt. 217, 218, 220; 73 nt. 233; 75 nt. 238; 76 nt. 241.
- BETTI: 16 nt. 42, 43; 19 nt. 52; 68 nt. 214; 70 nt. 220; 75 nt. 237; 92 nt. 304.
- BILLETTER: 12 nt. 29; 31 nt. 93; 42 nt. 121; 67 nt. 210; 76 nt. 242.
- BIONDI: 18 nt. 51; 19 nt. 52; 25 nt. 75; 35 nt. 106; 48 nt. 135; 68 nt. 214; 69 nt. 215; 70 nt. 217; 76 nt. 241.
- BISCARDI: 9 s.; 9 nt. 13; 10 nt. 16; 11 nt. 17, 19; 12 s.; 12 nt. 26; 13 nt. 32; 20 nt. 53; 31 nt. 92, 93; 38 nt. 116; 55 nt. 155; 59 nt. 170; 62 nt. 180; 73 nt. 232; 74 nt. 236; 76 nt. 241; 77 nt. 243; 78 nt. 247; 79 nt. 251, 252; 80 nt. 253; 87 s.; 87 nt. 280; 92 nt. 303; 93 nt. 305; 99 nt. 336.
- BONFANTE: 19 nt. 52; 23 nt. 65; 37 nt. 113; 38 nt. 117; 61 nt. 176; 76 nt. 241; 95 nt. 319; 96 nt. 321.
- BREMER: 39 nt. 118.
- BRUGI: 26 nt. 76; 49 nt. 138; 96 nt. 321, 322, 323; 97 nt. 326, 327; 98 nt. 331; 101 nt. 340, 341.
- BRUNS: 29 nt. 84.
- BUCKLAND: 19 nt. 52; 35 nt. 106; 76 nt. 241.
- BUECHEL: 34 nt. 104.
- BUHL: 37 nt. 113.
- CARRELLI: 25 nt. 75.
- CASSIMATIS: 42 nt. 121.
- CHARLESWORTH: 56 nt. 162.
- CHECCHINI: 62 nt. 180.
- CHIAZZESE: 93 nt. 307.
- COLINET: 93 nt. 307.
- CONRAT (COHN): 68 nt. 214.
- COSTA: 19 nt. 52; 37 nt. 113.
- CUIACIO: 18 nt. 50; 21; 35 nt. 109; 42 nt.

- 121; 61; 61 nt. 128; 65.
CUQ: 10 nt. 14; 61 nt. 177.
- DE FRANCISCI: 8 nt. 5; 37 nt. 113; 44 nt. 126; 61 nt. 176; 68 nt. 214; 103 nt. 349.
- DE LUCA: 91; 91 nt. 299.
- DE MARTINO: 9; 9 nt. 11; 10 nt. 16; 31 nt. 93; 54; 54 nt. 150, 152; 55; 55 nt. 155; 56; 56 nt. 159, 160; 57; 62 nt. 180; 63 nt. 183; 72 nt. 225; 73 nt. 233; 77 nt. 243; 79 nt. 251, 252; 80 nt. 253; 84 nt. 270; 87 nt. 282; 88 nt. 286, 287; 95 nt. 314.
- DE MEDIO: 33; 33 nt. 98.
- DE RUGGIERO: 40 nt. 120; 75 nt. 237; 92 nt. 304.
- DE VILLA: 18 nt. 51; 55 nt. 156; 63 nt. 183; 64 nt. 191; 65; 65 nt. 201; 66 nt. 207; 75 nt. 238, 239; 76 nt. 241; 77 nt. 245; 84 nt. 269; 87 nt. 282; 100 nt. 338; 101 nt. 343.
- DI MARZO: 19 nt. 52; 35 nt. 106; 76 nt. 241; 83 nt. 264; 96 nt. 321.
- DONATUTI: 27; 27 nt. 77; 28; 28 nt. 81; 29; 29 nt. 83; 35 nt. 109; 48 nt. 135; 50 nt. 140.
- DRECHSLER: 19 nt. 52.
- DUARENO: 55 nt. 156.
- EBRARD: 88 nt. 287.
- EHRHARDT: 48 nt. 135.
- EISELE: 50 nt. 139.
- FABRO: 50.
- FADDA: 40 nt. 119; 75 nt. 237; 101; 101 nt. 343.
- FEHR: 55 nt. 156; 88 nt. 287.
- FELGENTRAEGER: 35 nt. 106.
- FERRINI: 35 nt. 109; 37 nt. 114; 45 nt. 127; 46 nt. 132; 52; 52 nt. 147; 78 nt. 247; 89; 89 nt. 288; 90 nt. 291-292.
- FISCHER: 75 nt. 237.
- FLUME: 73 nt. 233.
- FORCELLINI: 26 nt. 76; 32 nt. 95; 63 nt. 185; 64 nt. 188, 194; 79 nt. 252.
- FRAENKEL: 73 nt. 233.
- FRANK: 43 nt. 122.
- FREZZA: 74 nt. 234.
- FRIEDLAENDER: 43 nt. 122.
- GENZMER: 35 nt. 106.
- GIASONE da MAIANO: 30 nt. 89.
- GIRARD: 8 nt. 4; 19 nt. 52; 23 nt. 64; 25 nt. 73; 30 nt. 86; 35 nt. 106; 68 nt. 214; 76 nt. 241.
- GUARNERI CITATI: 15 nt. 37; 26 nt. 76; 33 nt. 101; 35 nt. 106; 37 nt. 114; 49 nt. 136; 64 nt. 188; 66 nt. 207; 68 nt. 214; 75 nt. 238.
- HAEGERSTRÖM: 22 nt. 61.
- HAYMANN: 48 nt. 135.
- HEIMBACH: 44 nt. 124; 45 nt. 127, 129; 46 nt. 132; 52; 78 nt. 247; 89; 90 nt. 291, 292.
- HEINZE: 73 nt. 233.
- HENNIG: 43 nt. 122.
- HERALDUS: 42 nt. 121.
- HEUMANN: 56 nt. 159; 64 nt. 188.
- HOTMAN: 42 nt. 121; 66.
- HUDTWALCKER: 9 nt. 6; 42 nt. 121.
- HUSCHKE: 8 nt. 1.
- HUVELIN: 13 nt. 30; 34 nt. 104; 54 nt. 150; 55 nt. 156; 56 nt. 158; 57 nt. 166; 64 nt. 191, 196; 65 nt. 197; 66 nt. 205, 207; 67 nt. 211.
- HUWARDAS: 69 nt. 214; 72 nt. 229.
- JHERING: 34 nt. 104.
- JOERS: 19 nt. 52; 35 nt. 106; 37 nt. 113; 61 nt. 176; 76 nt. 241.
- KADEN: 33 nt. 101.
- KALB: 37 nt. 113; 64; 64 nt. 107.
- KAMPHUISEN: 18 nt. 51.
- KARLOWA: 10; 10 nt. 14; 11 nt. 20; 31 s.; 32 nt. 94.
- KASER: 35 nt. 106.
- KEHLMANN: 24 nt. 67.
- KIPP: 37 nt. 113.
- KLEINSCHMIDT: 8 nt. 2; 12 nt. 25.
- KLINGMUELLER: 12 nt. 29; 76 nt. 241.
- KNIEP: 35 nt. 106.
- KOEHLER: 50 nt. 139.
- KOESTER: 43 nt. 122.
- KRELLER: 48 nt. 135.
- KROLL: 43 nt. 122.

- KRUEGER H.: 67 nt. 209.
KRUEGER P.: 17 nt. 46; 25 nt. 75; 37 nt. 113, 114; 39 nt. 118; 50 nt. 139, 140; 52 nt. 146; 54 nt. 150; 54 nt. 153; 61 nt. 176; 70 nt. 220; 88 nt. 287.
KUBITSCHKEK: 56 nt. 162.
KUEBLER: 37 nt. 113; 44 nt. 126; 103 nt. 349.
KUNKEL: 19 nt. 52; 35 nt. 106; 73 nt. 233; 76 nt. 241.
- LANFRANCHI: 26 nt. 76; 51 nt. 142; 64 nt. 188.
LA PIRA: 14 nt. 33; 21 nt. 54; 24 nt. 66, 67; 36 nt. 112; 77 nt. 246.
LATTES: 46 nt. 133.
LAURIA: 73 nt. 233; 76 nt. 241; 84 nt. 270.
LAVAGNINI: 43 nt. 122.
LEMARIÉ: 19 nt. 52.
LENEL: 8 nt. 5; 11 nt. 21, 22; 14 nt. 34; 17 nt. 45, 46; 19 nt. 52; 25 nt. 75; 33; 33 nt. 103; 48 nt. 135; 50 nt. 139; 69 nt. 214; 70 nt. 217, 219; 72 nt. 226; 74 nt. 235; 77 nt. 244, 246; 79 nt. 252; 86 nt. 274.
LEONI: 68 nt. 214.
LEYSER: 91; 91 nt. 297.
LEVY: 40 nt. 119; 56 nt. 159; 93 nt. 307.
LINDSAY: 23 nt. 64.
LOMBARDI: 84 nt. 270.
LONGO C.: 19 nt. 52; 62 nt. 179; 65 nt. 201.
- MANCALEONI: 22 nt. 60; 55 nt. 156.
MANDRY: 19 nt. 52.
MANIGK: 89 nt. 287.
MASCHI: 18 nt. 51.
MATTHIAS: 8 nt. 1; 61 nt. 177.
MERGUET: 80 nt. 252.
MERINGER: 73 nt. 233.
MESSINEO: 92 nt. 304.
MEYLAN: 38 nt. 117.
MICOLIER: 19 nt. 52.
MILLER: 56 nt. 162.
MILTNER: 43 nt. 122.
MITTEIS: 19 nt. 52; 35 nt. 106; 67 nt. 210; 68 nt. 214; 76 nt. 241; 93 nt. 307.
MOLINEO: 12 nt. 25.
MOMMSEN: 31 nt. 93; 33; 33 nt. 97; 50 nt. 139; 51; 52 nt. 146; 54; 54 nt. 153; 55 nt. 156; 88 nt. 287.
MONIER: 19 nt. 52; 35 nt. 106; 76 nt. 241.
MONTEL: 33 nt. 101; 35 nt. 106.
MORELLI: 48 nt. 135.
MORTREUIL: 45 nt. 129.
- NABER: 8 nt. 5; 15; 15 nt. 38; 68 nt. 214.
- ORESTANO: 68 nt. 214.
- PACCHIONI: 19 nt. 52; 23 nt. 65; 48 nt. 135; 77 nt. 245.
PAOLI: 12 nt. 27, 28; 31 nt. 90; 42 nt. 121; 56 nt. 161; 57 nt. 165; 58 nt. 169; 84 nt. 267; 86 nt. 275-277; 87 nt. 284; 90 nt. 290; 95 nt. 312; 104; 104 nt. 350.
PARADISI: 74 nt. 234.
PARDESSU: 61 nt. 177.
PARTSCH: 48 nt. 135.
PERGAMENT: 30 nt. 86.
PERNICE: 8 nt. 4, 5.
PEROZZI: 8 nt. 5; 9 nt. 9; 18 nt. 51; 19 nt. 52; 23 nt. 65; 24 nt. 71; 30 nt. 86; 35 nt. 106; 38 nt. 117; 76 nt. 241; 84 nt. 270.
PETERLONGO: 24 nt. 67.
PETERS: 45 nt. 129.
PETROPOULOS: 19 nt. 52.
PLATNER: 35 nt. 107.
PREISIGKE: 94 nt. 309.
PRINGSHEIM: 38 nt. 117; 55 nt. 156; 76 nt. 241.
- RABEL: 19 nt. 52; 23 nt. 65; 76 nt. 241.
REGELSBERGER: 92 nt. 304.
REISKE: 12 nt. 27; 35 nt. 107; 46 nt. 130; 57 nt. 165; 58 nt. 168.
RICCOBONO: 9 nt. 9; 22 nt. 61; 30; 30 nt. 88; 48 nt. 135; 61; 63 ss.; 63 nt. 182; 65 nt. 200; 66 nt. 204, 207; 68 nt. 214; 77 nt. 243, 245; 85 nt. 272; 90 nt. 293; 93 nt. 307; 94 nt. 308, 310; 95 nt. 317, 319; 97 nt. 325, 326, 327; 99 nt. 333.
ROMANO: 38 nt. 117.
ROSTOVZEV: 43 nt. 122.
ROTONDI: 15 nt. 40; 36 nt. 112; 65; 65 nt. 199.

- SACHERS: 48 nt. 135.
SALMASIUS: 42 nt. 121.
SAMTER: 55 nt. 156; 56; 56 nt. 157.
SANNA: 43 nt. 122.
SATTA: 75 nt. 237.
SAVIGNY: 8 nt. 2; 12 nt. 25.
SCHERILLO: 62 nt. 179.
SCHILLER: 48 nt. 135.
SCHIRMER: 55 nt. 156.
SCHOENBAUER: 38 nt. 117; 84 nt. 270.
SCHULZ: 61 nt. 176; 67 nt. 209; 73 nt. 233;
83 nt. 262; 85 nt. 271, 273.
SCIALOJA A.: 46 nt. 133; 89 nt. 289; 91
nt. 300.
SCIALOJA V.: 8 nt. 2; 25 nt. 75; 75 nt. 237.
SECKEL: 19 nt. 52; 56 nt. 159; 64 nt. 188.
SEGRÉ: 35 nt. 106; 73 nt. 233.
SENN: 8 nt. 4; 19 nt. 52; 23 nt. 64; 25 nt.
73; 30 nt. 86; 35 nt. 106; 68 nt. 214;
76 nt. 241.
SIBER: 9; 9 nt. 10; 18 nt. 51; 19 nt. 52; 28
nt. 81; 33; 33 nt. 100; 35; 35 nt.
106, 108; 75 nt. 238; 76 nt. 241;
77 nt. 245.
SIEVEKING: 8 nt. 2; 12 nt. 25; 34 nt. 104;
42 nt. 121; 43 nt. 122; 46 nt. 133.
SOHM: 19 nt. 52; 35 nt. 106; 68 nt. 214;
76 nt. 241.
SOLAZZI: 19 nt. 52; 24 nt. 67; 25 nt. 75;
54 nt. 150; 55 nt. 156; 56 nt. 158.
SPECK: 43 nt. 122; 83 nt. 265.
STEINWENTER: 19 nt. 52.
STELLA MARANCA: 55 nt. 156; 67 nt. 209.
STEVENSON: 56 nt. 162.
STRACCA: 91; 91 nt. 298.
STRYK: 91; 91 nt. 296.

TAUBENSCHLAG: 15 nt. 40.
THUR (von): 19 nt. 52.
TORR: 43 nt. 122.

VALERI: 67 nt. 211.
VASSALLI: 75 nt. 237.
VÁŽNÝ: 19 nt. 52; 23 nt. 65; 76 nt. 241.
VENTURI: 52 nt. 147.
VITALE: 89 nt. 289.
VIVANTE: 87 nt. 279.
VOIGT: 68 nt. 214.
VOLTERRA: 94 nt. 310.

WEISS: 84 nt. 270.
WENGER: 19 nt. 52; 35 nt. 106; 68 nt. 214;
73 nt. 230; 76 nt. 241.
WESSELY: 94 nt. 309.
WIEACKER: 38 nt. 116; 40 nt. 119.
WILCKEN: 46 nt. 132.
WINDSCHEID: 40 nt. 119; 75 nt. 237; 92
nt. 304.
WITTKEN (von): 45 nt. 129.
WLASSAK: 48 nt. 135.
WOLFF: 35 nt. 109.

ZACHARIAE von LINGENTHAL: 44 nt. 125;
45 nt. 129; 52 nt. 147.

Ergänzungsindex (LEVY): 64 nt. 188.
Index interpolationum: 11 nt. 23; 24 nt. 68;
25 nt. 74; 26 nt. 76; 37 nt. 114; 62
nt. 180; 64 nt. 186, 190; 68 nt. 212,
213; 70 nt. 220; 78 nt. 250; 95 nt.
314; 97 nt. 324; 101 nt. 341; 102
nt. 344.
Thesaurus linguae Latinae: 32 nt. 95; 64 nt.
188, 194.
Vocabularium Codicis Justiniani (MAYR-SAN
NICOLÒ): 64 nt. 188.
Vocabularium iurisprudentiae Romanae: 15
nt. 40; 32 nt. 95; 39 nt. 118; 64 nt.
188, 189.

Indice Sommario

1. Il problema relativo alla difesa processuale del <i>creditor pecuniae traiectionis</i> nella dottrina dell'Ottocento e nella letteratura più recente	p.	8
2. Rassegna critica delle varie opinioni che ancora oggi sono rimaste in discussione fra gli studiosi	”	10
3. La chiave del problema: D. 15, 1, 3 § 8	”	13
Singolare destino di questo frammento nello studio della compilazione giustiniana: esso è ignoto ai moderni trattatisti della <i>pecunia traiectionis</i>	”	13
La questione risolta da Ulpiano ed il contrasto delle tendenze fra Sabiniani e Proculiani circa i limiti della responsabilità adiettiva per l'attività negoziale del servo	”	14
<i>Actio de peculio traiectionis pecuniae</i> . Che cosa debba intendersi per <i>a. pecuniae traiectionis</i> : il raffronto con l' <i>a. ex compromisso</i> ha importanza decisiva	”	20
Dal <i>nomen actionis</i> al <i>nomen negotii</i>	”	22
4. La <i>stipulatio poenae traiectionis pecuniae causa</i> in relazione alle altre stipulazioni penali	”	22
Funzione pratica di essa	”	24
5. Qual'è la forma in cui si contraeva la <i>stipulatio poenae traiectionis pecuniae causa</i> ?	”	25
Osservazioni dogmatiche ed esegetiche: oggetto della solennità verbale, irrilevanza giuridica della <i>culpa debitoris</i> agli effetti della <i>commissio poenae</i>	”	25
<i>Conventio</i> e <i>stipulatio</i>	”	29
6. Interpretazione critica del fr. 23 D. 44, 7: un caso particolare di <i>stipulatio poenae traiectionis pecuniae nomine</i> , trasformato dai compilatori in una ipotesi di <i>stipulatio poenae</i> circoscritta alle opere del κερμακόλουθος	”	30
La testimonianza delle fonti bizantine in proposito	”	41
7. Desuetudine della <i>poena traiectionis pecuniae</i> dopo la riforma di Giustiniano sul tasso delle <i>usurae</i> , che stabiliva un massimo per l'interesse nautico	”	42
Genesi e abrogazione della <i>Nov. 106</i>	”	43

Gli accorgimenti della prassi e della giurisprudenza bizantina per sfuggire ai vincoli della legislazione giustiniana	p.	44
8. Sinonimia tralatica di 'poena' ed 'usurae' nei testi delle Pandette. Le attestazioni dei Basilici e della Glossa	”	47
Una significativa interpolazione in D. 3, 5, 12	”	47
9. Come si spieghi la eccezionalità di una <i>stipulatio traiecticiae pecuniae</i> , che non è la solita <i>stipulatio poenae</i> ; D. 45, 1, 122 § 1	”	53
10. Diritto giustiniano e diritto classico nel fr. 5 D. 22, 2: un tentativo di ricostruzione ipotetica dell'originale sulla base delle nozioni acquisite circa l'essenza della <i>stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa</i> . <i>Pretium periculi</i> ed ammissibilità di altri negozi, in cui le <i>usurae</i> possano oltrepassare il tasso legale	”	60
11. <i>Actio pecuniae traiecticiae</i> ed <i>actio de eo quod certo loco</i> : D. 13, 4, 2 § 8	”	68
12. La <i>pecunia traiecticia sine poena</i> : mezzi a tutela del creditore	”	73
Applicabilità della <i>condictio ex mutuo</i> per la restituzione del capitale	”	74
Inapplicabilità della <i>condictio indebiti</i> nei confronti del creditore soddisfatto: <i>soluti retentio</i> delle <i>usurae</i>	”	75
Funzionamento delle garanzie pignoratorie	”	77
13. <i>Pecunia traiecticia cum poena</i> e <i>sine poena</i>	”	79
Comprensibile oscillazione della terminologia e della dogmatica fra i due poli della stipulazione e del mutuo	”	79
Questioni dibattute dai classici e localizzazione delle liti	”	79
La <i>pecunia traiecticia</i> come istituto a sé stante	”	82
Evoluzione storica delle sue forme, dalla <i>pecunia traiecticia cum poena</i> alla <i>pecunia traiecticia sine poena</i> : coesistenza di entrambe nell'età dei Severi	”	83
Considerazioni conclusive intorno alla specifica tutela del negozio: perché <i>actio ex poena traiecticiae pecuniae</i> e non <i>actio in factum</i> ?	”	85
14. Il risultato delle nostre indagini può incidere sulla risoluzione del problema se il <i>periculum creditoris</i> debba essere caratterizzato nel corso della storia come elemento essenziale, naturale o accidentale della <i>pecunia traiecticia</i>	”	87
15. La difesa giudiziaria del <i>creditor pecuniae traiecticiae</i> posteriormente all'età classica: necessità di separare i due sistemi delimitati dal solco della compilazione giustiniana, di pari passo con il mutevole atteggiarsi dei rapporti fra la stipulazione ed il patto	”	93
Le ripercussioni dello sconvolgimento processuale nella interpretazione bizantina della l. 3 § 8 D. 15, 1	”	103
Indice delle fonti	”	107
Indice degli autori	”	113
Indice sommario	”	117

Postilla

Nuovi spunti critici e ricostruttivi sull'istituto della «pecunia traiecticia»

SOMMARIO: 1. Il prestito marittimo romano nella letteratura manualistica dell'ultimo venticinquennio – 2. Obbiezioni al tentativo del De Martino di declassare l'importanza dell'*actio pecuniae traiecticiae* in relazione alla prassi consuetudinaria di una *stipulatio poenae* – 3. Valutazione critica di un contributo del Visky sulla funzione della *poena traiecticiae pecuniae* – 4. La fragile tesi del Voci sul carattere non autonomo della *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae nomine* – 5. Ombre e luci nel saggio del Kupiszewski sui profili sostanziali e processuali del prestito marittimo in età classica – 6. Riflessioni di attualità nella prospettiva dei nessi fra le esigenze di natura socio-economica del credito marittimo e l'istituto della *pecunia traiecticia*, identificato nella sua abituale struttura di convenzione scritta (*syngrapha nautica*) suggellata da *stipulatio poenae*, anche alla luce di un nuovo documento della pratica mercantile e bancaria (P. *Vindob.* G. 19.792).

1. A chi getti uno sguardo panoramico sulla storiografia romanistica dell'ultimo venticinquennio, fa una certa meraviglia che nelle opere d'insieme, quando si arriva a parlare del prestito marittimo, la maggioranza degli autori – dopo aver enunciato una corretta definizione di questa operazione di credito, considerata nella sua genesi in relazione alle esigenze del commercio internazionale e nei suoi tratti salienti dal punto di vista economico – esiti a prendere posizione di fronte alle soluzioni proposte dal De Martino e da me circa la sua configurazione giuridica, adagiandosi per lo più (vorrei dir quasi per evitare ogni contagio) nella opinione tradizionale, oramai scossa dalle fondamenta, di una eccezione alla regola della invalidità del *pactum usurarum* annesso al contratto reale di mutuo¹. Ma ciò non esclude peraltro che, mettendo a fuoco i singoli elementi

¹ Citerò qui di seguito i più importanti manuali, editi o riediti dopo il 1950: SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951 (rist. 1961), p. 510; VOICI, *Istituzioni di dir. romano*³, Milano 1954 (rist. 1973), p. 375 s. (v. però, dello stesso autore, il contributo monografico [in «Studi Volterra», III, pp. 341-348], a cui è dedicato l'intero § 4 di questa 'postilla'); ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di dir. romano*¹⁴, Napoli 1960 (rist. 1972), p. 306; VOLTERRA, *Istituzioni di dir. privato*

del panorama, vi si possano talora scorgere alcuni rilievi od alcune ammissioni oltremodo interessanti, accanto a qualche osservazione anche troppo facilmente censurabile, che meglio sarebbe non fosse stata arrischiata nemmeno.

Vi è infatti chi sottolinea – come lo Schulz² e come il D'Ors³ – la funzione assicurativa della *pecunia traiecticia*. Vi è poi chi tiene a porre in evidenza che l'analogia di essa col mutuo riguarda essenzialmente il profilo economico anziché la sua costruzione tecnico-giuridica, e in tal senso si pronunciano sia il Guarino⁴ che l'Iglesias⁵. Altri insiste – ed è il Petropoulos⁶ – nel constatare l'oscillazione della giurisprudenza romana fra i due poli della *stipulatio* e del *mutuum* in tutta la problematica relativa al *nauticum fenus*. Ma più mi preme di richiamare l'attenzione del lettore sul concorde impulso del Volterra⁷ e del Kaser⁸ di non passare sotto silenzio la singolare importanza della *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae nomine*⁹.

Vi è infine chi, come il Biondi¹⁰, pur non mancando di rilevare la difficoltà dogmatica d'inserire la *pecunia traiecticia* negli schemi contrattuali classici e facendo esplicito riferimento alla mia *Actio pecuniae traiecticiae* (1947), osserva nondimeno che insufficiente sarebbe l'argomento che io avrei ricavato da D. 15, 1, 3, 8 per assumere la storicità di codesta azione, giacché nella specie «si tratta della comune *actio de peculio*, per cui si discute se possa esercitarsi in tema di *pecunia traiecticia*». Ma qui debbo replicare che, mentre io non ho mai negato che l'*actio traiecticiae pecuniae*, cui allude Ulpiano nel frammento in que-

romano, Roma 1961, p. 484 s.; PETROPOULOS, *Ἱστορία και εἰσηγήσεις τοῦ ρωμαϊκοῦ δικαίου*², Ἀθῆναι 1963, I, p. 900 s.; SANFILIPPO, *Istituzioni di dir. romano*⁵, Catania 1964, pp. 271 e 286; BURDESE, *Manuale di dir. privato romano*, Torino 1964, p. 499 s.; BIONDI, *Istituzioni di dir. romano*⁴, Milano 1965, p. 475 s.; GUARINO, *Diritto privato romano*³, Napoli 1966, p. 784 s.; D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona 1968, p. 373 s.; KASER, *Römisches Privatrecht*, I², München 1971, p. 532 s.; IGLESIAS, *Derecho romano*⁶, Barcelona 1972, p. 408.

² *Loc. cit.*: «Such a loan was in substance a contract of insurance, the interest being the premium of insurance».

³ *Loc. cit.*: «un negocio ... que hacía las veces de un seguro».

⁴ *Dir. priv. rom.*³, p. 785.

⁵ *Loc. cit.*

⁶ *Loc. cit.*

⁷ *Istit.*, p. 485 nt. 3 (ivi, nel testo, si segnala anche l'esistenza dell'*actio pecuniae traiecticiae*, ricordata da Ulpiano in D. 15, 1, 3, 8).

⁸ *Röm. Privatrecht*, p. 532 nt. 35.

⁹ Se il Volterra ed il Kaser conoscono la mia tesi sulla *poena traiecticiae pecuniae*, non la conosceva – al contrario – il MONIER, quando scriveva nel suo *Manuel élémentaire de droit romain*, II⁴, Paris 1948 (ma licenziato per la stampa il 15 luglio 1947), § 90, p. 112, a proposito del nostro istituto (e mi piace qui riferirlo alla lettera): «la convention ne parait d'abord être validée que par une stipulation de peine».

¹⁰ *Istit.*⁴, p. 476: testo e nt. 60.

stione, sia un'*actio de peculio traiecticae pecuniae* – e precisamente un'*actio ex poena traiecticae pecuniae*, adattata come azione adietizia *de peculio* nei confronti del *dominus* di uno schiavo che abbia contratto un prestito marittimo¹¹ – non è affatto vero che in D. 15, 1, 3, 8 si discuta se a tale azione sia passivamente legittimato il *dominus servi*. La *ratio dubitandi* è infatti ben altra, come a suo tempo si è visto¹²: e cioè se sia esperibile *de peculio* un'*actio ex poena compromissi* contro il *dominus* dello schiavo che abbia stipulato un compromesso per risolvere una lite, in base a quella clausola dell'editto per cui l'avente potestà risponde nei limiti del *peculio* tutte le volte che i sottoposti abbiano efficacemente negoziato con estranei («*quaeritur an de peculio actio ex poena compromissi quasi ex negotio gesto danda sit*»), come avviene sempre allorché il *servus* abbia preso a prestito una somma di denaro per un'operazione di commercio marittimo, potendosi in tal caso esercitare contro il *dominus* l'*actio de peculio ex poena traiecticae pecuniae* («*sicuti traiecticae pecuniae datur*»).

2. Delle indagini speciali dedicate al prestito marittimo romano posteriormente alla prima edizione di questo libro, la più risalente, che è anche l'ultimo studio in proposito del mio illustre contraddittore De Martino (cui si riallaccia un suo successivo articolo enciclopedico)¹³, vuol essere proprio una replica alla mia tesi.

Non ritorno qui sulla esegesi dei testi, in merito alla quale non posso che ribadire – salvo quanto avrò occasione di aggiungere nel seguito della presente 'postilla' – le conclusioni del 1947, rimaste in questa seconda edizione immutate, ma desidero invece ripetere più o meno ciò che scrissi alcuni anni fa¹⁴ nel confutare incidentalmente codesta replica, rivolta ancora a difendere – pur con molte ammissioni in mio favore – l'opinione che, nonostante la predilezione dei Romani per la tutela indiretta dei negozi, secondo il costante principio dell'economia dei mezzi processuali, questa avrebbe giocato nel senso di costringere le parti a riversare la *pecunia traiectica* in una *stipulatio* per assicurarne la protezione giudiziaria senza bisogno di un'apposita *actio in factum*, che altrimenti il pretore avrebbe dovuto concedere, ma non già nel senso di

¹¹) V. *supra*, pp. 13, 20-22.

¹²) Di nuovo *supra*, pp. 14-20.

¹³) Lo studio è quello intitolato *Sull'actio pecuniae traiecticae*, in «Riv. del dir. della navigazione», X (1949), pp. 19-40, mentre in «NNDI.», VII (1961), figura l'articolo *Foenus nauticum*, pp. 421-425.

¹⁴) BISCARDI, in PAOLI-BISCARDI, *Prestito a cambio marittimo (diritto greco)*, 'voce' del «NNDI.», XIII (1966), pp. 749-754 (il cui intero § 5, da me redatto *ex novo* [p. 752 s.], ha per oggetto la recezione del *δάνειον ναυτικόν* nella prassi del commercio marittimo romano ed il problema della sua romanizzazione *sub specie iuris*).

indurle ad escogitare l'inutile artificio di una *stipulatio poenae*, come strumento di coazione indiretta.

Contro gli argomenti a cui si aggrappa il De Martino restano, a dir vero, insuperabili tutta una serie di considerazioni, che non è lecito respingere o sottovalutare nella loro efficacia probatoria.

In primo luogo, se vi è un testo di Ulpiano (D. 15, 1, 3, 8), in cui troviamo esplicitamente ricordata l'*actio (de peculio) traiecticiae pecuniae*, e dove il raffronto con l'*actio (de peculio) ex compromisso* appare decisivo per identificare nell'*a. traiecticiae pecuniae* un'*a. ex poena traiecticiae pecuniae*¹⁵, ciò vuol dire che questa era l'unica azione a difesa del creditore: altrimenti non si giustificerebbe la denominazione tecnica dell'*actio*.

A questa prima constatazione corrisponde il fatto che la *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae nomine*, ricordata come usuale da Servio (D. 22, 2, 8), da Laboneo (D. eod. 9) e da Africano (D. 44, 7, 23) – oltre che implicitamente dallo stesso Ulpiano (D. 15, 1, 3, 8 e D. 22, 2, 8, citati) – era una *stipulatio poenae* principale e non accessoria, la cui funzione consisteva nel suggellare una *conventio* di prestito marittimo, che in quanto tale non avrebbe prodotto obbligazione¹⁶, tanto è vero che la *culpa debitoris* era irrilevante agli effetti della *commisio poenae*¹⁷.

D'altronde non è men vero che alla *conventio traiecticiae pecuniae*, indirettamente sanzionata mediante *stipulatio poenae*, ineriva l'assunzione del rischio (*periculum, casus*) da parte del creditore con il corrispettivo di altri interessi (*usurae infinitae*) durante il viaggio (ma non prima né dopo!)¹⁸, come risulta fra l'altro dalla liceità di una *poena* illimitata nel suo ammontare, non applicandosi nella specie la restrizione che noi vediamo enunciata in D. 22, 1, 44 («*poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest*»)¹⁹.

Né alla normalità di una *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae causa* può dare ombra la configurazione del c.d. prestito di Callimaco nel tanto discusso frammento di Scevola (D. 45, 1, 122, 1). Difatti la eccezionalità di una *stipulatio traiecticiae pecuniae* ivi contemplata come forma contrattuale del prestito, e perciò non identificabile con la solita stipulazione della clausola penale come sanzione indiretta dell'operazione di credito, si spiega agevolmente in relazione alla singolarità della complessa fattispecie, ove – trattandosi di un prestito concordato per un viaggio di andata e ritorno (*ἀμφοτερόπλοον*), ma con la clausola che il de-

¹⁵ V. *supra*, p. 13 ss.

¹⁶ V. *supra*, p. 22 ss.

¹⁷ V. *supra*, p. 25 ss.

¹⁸ V. *supra*, con riferimento ad una valutazione d'insieme di tutta la documentazione testuale, p. 87 ss.

¹⁹ V. *supra*, in ispecie, p. 24, confrontando pp. 34, 42 ss.

bitore dovrà pagare l'universa pecunia (capitale più interessi pattuiti per 200 giorni di navigazione) qualora egli si sia lasciato sorprendere dalle Idi di settembre nel porto di Brindisi senza avere effettuato il carico per il viaggio di ritorno in Siria e senza avere levato l'ancora entro quel termine – la conversione condizionale in prestito ἑτερόπλουv (per tacere di tutte le altre clausole previste) non avrebbe potuto essere coattivamente assicurata ricorrendosi alla consueta *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae nomine*, sottoposta alla condizione di rito 'si ad diem pecunia soluta non sit'²⁰.

Quanto all'autonomia dell'istituto, cui spetta il *nomen iuris* di *pecunia traiecticia* (*fenus nauticum* è l'interesse della *pecunia traiecticia*, e solo per metonimia il negozio di prestito marittimo), essa è fatta palese non soltanto dalla documentata esistenza di un'*actio traiecticiae pecuniae* come strumento di tipizzazione del rapporto materiale tutelabile per suo mezzo, ma altresì dall'unità dello scopo cui tendono in ogni caso le contrattazioni di prestito marittimo nella prassi mercantile, anche quando sia omessa la cautela di una *stipulatio poenae*, ovverosia nell'ipotesi abbastanza rara della *pecunia traiecticia sine poena*²¹.

Si consideri, infine, che l'evoluzione postclassica e giustiniana della *pecunia traiecticia* sul piano della difesa giudiziaria e della struttura negoziale, di pari passo con il mutevole atteggiarsi dei rapporti fra *stipulatio* e *pactum*, nonché sotto il profilo della oscillante legislazione in materia di *usurae* (C. 4, 32, 26, 2; Nov. 106 e 110)²², non sembra affatto incompatibile con una precedente concezione autonoma dell'istituto.

Scrive, da ultimo, il De Martino²³: «Che strana razza di uomini d'affari avrebbero dovuto essere i Romani, secondo la tesi del Biscardi, per ridursi a scegliere tra una stipulazione penale, anche quando ai contraenti non appariva necessario aggiungere alcuna pena, ed una semplice convenzione, la quale non permetteva di chiedere in giudizio il pagamento degli interessi! Qui non si trattava più nemmeno di una particolare posizione della giurisprudenza, presa nel ferreo sviluppo della logica del sistema. Qui si sarebbe trattato proprio di un'antipatia dei mercanti per la *stipulatio usurarum*: e chi mai potrà credere che l'antipatia dei mercanti fosse così isterica da bandire del tutto questo negozio, che in fondo era il più semplice e comodo, e da spingersi a preferire un *pactum*, con i ben modesti risultati che conosciamo?».

E, poco più sotto: «La verità è che il *fenus nauticum* è un mutuo, nel quale le clausole consuetudinarie devono essere tradotte in una stipulazione. Que-

²⁰ V. *supra*, p. 53 ss.

²¹ V. *supra*, p. 79 ss.

²² V. *supra*, pp. 93-103, confrontando di nuovo p. 42 ss.

²³ *Sull'actio p.t.*, p. 37 s.

sto è tutto il problema. La stipulazione poteva essere *usurarum* e poteva essere penale, ma in ogni caso essa assorbiva anche il negozio di mutuo. Un contraente, che desiderava fare un contratto in piena regola, sceglieva la stipulazione, un altro, che si fidava del debitore, lasciava correre e si asteneva dal chiedere una risposta alle parole sacramentali *'recte dari fieri fide promittis?'*. Ma quest'ultimo era un uomo poco diligente, il quale non avrebbe avuto motivo di maledire l'ordinamento giuridico se, avendo bisogno di muovere in giudizio contro il debitore, si fosse trovato nell'impossibilità di esigere la prestazione delle *usurae*».

Orbene, di fronte a un simile ragionamento, ho davvero l'impressione che il mio contraddittore giri intorno al problema senza afferrarne l'essenziale. Qui non si tratta di antipatia, o comunque di idiosincrasia, dei mercanti per la *stipulatio usurarum*, dico io! In tutte le epoche, i commercianti non hanno da perder tempo con i tribunali e vogliono – fortissimamente vogliono – risolvere i loro affari evitando le liti: dalla clausola esecutiva *καθάπερ ἐκ δίκης*²⁴ così diffusa nel mondo greco ed ellenistico (ne abbiamo per l'appunto un esempio nella singrafe lacritea, che è – come tutti sanno – il più celebre documento di *δάνειον ναυτικόν*)²⁵, agli effetti della cambiale come titolo idoneo ad iniziare gli atti esecutivi sul patrimonio del debitore nel diritto moderno²⁶, la tendenza è costantemente quella di considerare il ricorso all'autorità giudiziaria come l'*ultima ratio* per far valere i propri diritti. Ecco perché i capitalisti romani, dando denaro a prestito marittimo, si affidavano volentieri alla *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae nomine*: dal momento che l'importo della *poena* era di gran lunga superiore all'ammontare del prestito, accresciuto degli interessi (probabilmente il doppio, come vedremo)²⁷, il debitore (commerciante, armatore, capitano di nave) avrebbe fatto ogni sforzo per non incorrere nella *poena*, risparmiando il più delle volte al creditore la necessità di adire la giurisdizione per ottenere ciò che gli spettava²⁸. Il che sta a significare esattamente l'opposto di quanto afferma il De Martino, e permette di comprendere l'importanza dell'usuale stipulazione di una *poena*, in luogo di una immediata trasfusione del prestito nella struttura formale di una *stipulatio traiecticiae pecuniae*. Altro che «strani uomini d'affari», altro che espediente artificioso ed inutile!

²⁴ Cfr. in proposito, per qualche orientativo ragguaglio bibliografico, BISCARDI-CANTARELLA, *Profilo di diritto greco antico*², Milano 1974, p. 186 nt. 2.

²⁵ Demosth., *c. Lacr.* (XXXV), 12 i.f.: *καθάπερ δίκην ὀφληκόντων καὶ ὑπερημέρων ὄντων*.

²⁶ Basti solo richiamare, ad esempio, le norme regolatrici della nostra legislazione (art. 474 n. 2 cod. proc. civ. ed art. 63 legge cambiaria), in precedenza citate (p. 87 nt. 278).

²⁷ Cfr. il successivo § 6 di questa 'postilla'.

²⁸ Tengo a sottolineare così quanto era stato già rilevato in anticipo, rispetto all'obiezione del De Martino: v. *supra*, p. 86.

Appendice

P. Vindob. G. 19.792

Theadelphia (?)

(cm. 25 X 17)

13. 2. 149P (?)

Per la bibliografia precedente a questa edizione, curata dall'A. con il decisivo contributo di Manfredo MANFREDI e Mariangela VANDONI, v. *supra* 'Postilla', § 6, nt. 141 ss. L'originale del documento è stato verificato a Vienna dalla dott. Paola PRUNETI, dell'Istituto papirologico fiorentino.

Il foglio di papiro contiene sul *recto* la parte iniziale di una comunicazione bancaria concernente un prestito marittimo. Sul *verso*, nel senso delle fibre, si leggono resti di due righe di mano diversa da quella che ha redatto il *recto*. La scrittura dell'atto vero e proprio è una cancelleresca piuttosto elegante, non lontana nelle sue caratteristiche fondamentali da quella del noto Editto di M. Petronio Mamertino, *praefectus Aegypti* (PSI 446 [133-137P]: tav. XV in M. NORSI, *Papiri greci delle collezioni italiane*, Roma 1946). Si notano apici ornamentali alla base delle aste verticali; il c è tracciato in due tempi, per cui talvolta la parte superiore rimane leggermente staccata dal resto della lettera; strettamente analogo è il trattamento dell'ε. Altri elementi peculiari sono: l'occhiello che spesso risulta all'inizio del tracciato dell'o e del θ; l'asta verticale riportata sopra la prima parte del κ; nonché la forma dell'η, che, con un nesso molto veloce, assume l'aspetto di uno ι, seguito da c rovesciato (cfr. E. BOSWINKEL-P. J. SIJPESTEIJN, *Greek Papyri, Ostraca and Mummy Labels*, Amsterdam 1968, n. 12 = CPR I, 4 [53P]). Notevoli anche le frequenti abbreviazioni, che rispecchiano una lunga abitudine dell'amanuense alla stesura di simili documenti.

Il titolare della banca emittente, M. Claudius Sabinus, è identificabile con l'omonimo ex-ginnasiarco, δημόσιος τραπεζίτης in Theadelphia (Arsinoite), attestato fra l'altro da PCol I, *recto* 4, 1 e *passim*¹. Uno dei sovventori, C.

¹) Per l'archivio della banca di Theadelphia, si consulti MONTEVECCHI, *La papirologia*, Torino 1973, p. 254, n. 42.

Longinus Celer, è già ben noto attraverso altri documenti, tutti provenienti da Theadelphia e databili intorno al 140².

Ἐπιτὸ τῆς Μάρκου Κλαυδίου Καβείνου [δημοσί]ας τραπεζῆ]ς
Ζωίλω Ζωιγ[ά]τος καὶ Καλλιμή[δει] Διογ[έν]ου[ς] Ἰσκαλων^ε
1. ἰβ ἀπό^κ καίσαρ^ο Τίτ^ο Αἰλί^ο Ἀδριαν^ο Ἀντων^ο ^{ε/β}σεβ^ε εὐσεβοῦς Μεχειρ
[ι]θ. Γάιος Λονγεῖνος Κέλερ καὶ Τιβέριος Κλαύδιος Χάρης ἅς ἐπέτειλαν
5 ὑμῖν ἐν Σωτράτω καὶ Κάω ἀμφοτέροις Διοπείθου^ς Ἰσκαλων^ε
συννακλήρου ὑμῶν πλοίου ἀκάτ^ο ᾧ ἐπιγραφ^ῆ Ἀντίνο^ο Φιλοκάρα^ς Σώζων ἀλ-
ληλεγγόις εἰς ἔκτειν δάνιον ναυτικ^ο κατὰ ναυτικὴν συγγραφὴν ἧς ἡ ἔν-
γειος παρ' ἑμοὶ τῷ τρα^ς ἐπι(.)ω[.]κη(.)ω προγεγραμμένω πλοίω καὶ τοῖς τοῦτ^ο
σκεύεσι ἐσχάτω ναύ[λ]ω ὥστε ἔχ^ε ὑμᾶς τοὺς τέσσαρας ἀργυρί^ο Ζζ [ἔρξ
10 ἐν οἷς ἔχε[π]ε] διὰ χειρὸς Ζζ [[.]ρξ τὰς λοιπὰς μὴ ἐλαττουμένου τοῦ ἐνόου αὐτῶν
Γαίου Λονγεῖνου] Κέλερος περὶ ὧν ἄλλων ὀφείλε[ι] αὐτῷ Καλλιμήδης
Διογένου^ς ... [] .. [] ... κατ' ἐν[γ]ραφον ἀφάλειαν (?)
τοκ[
Ζζ []
15 . []

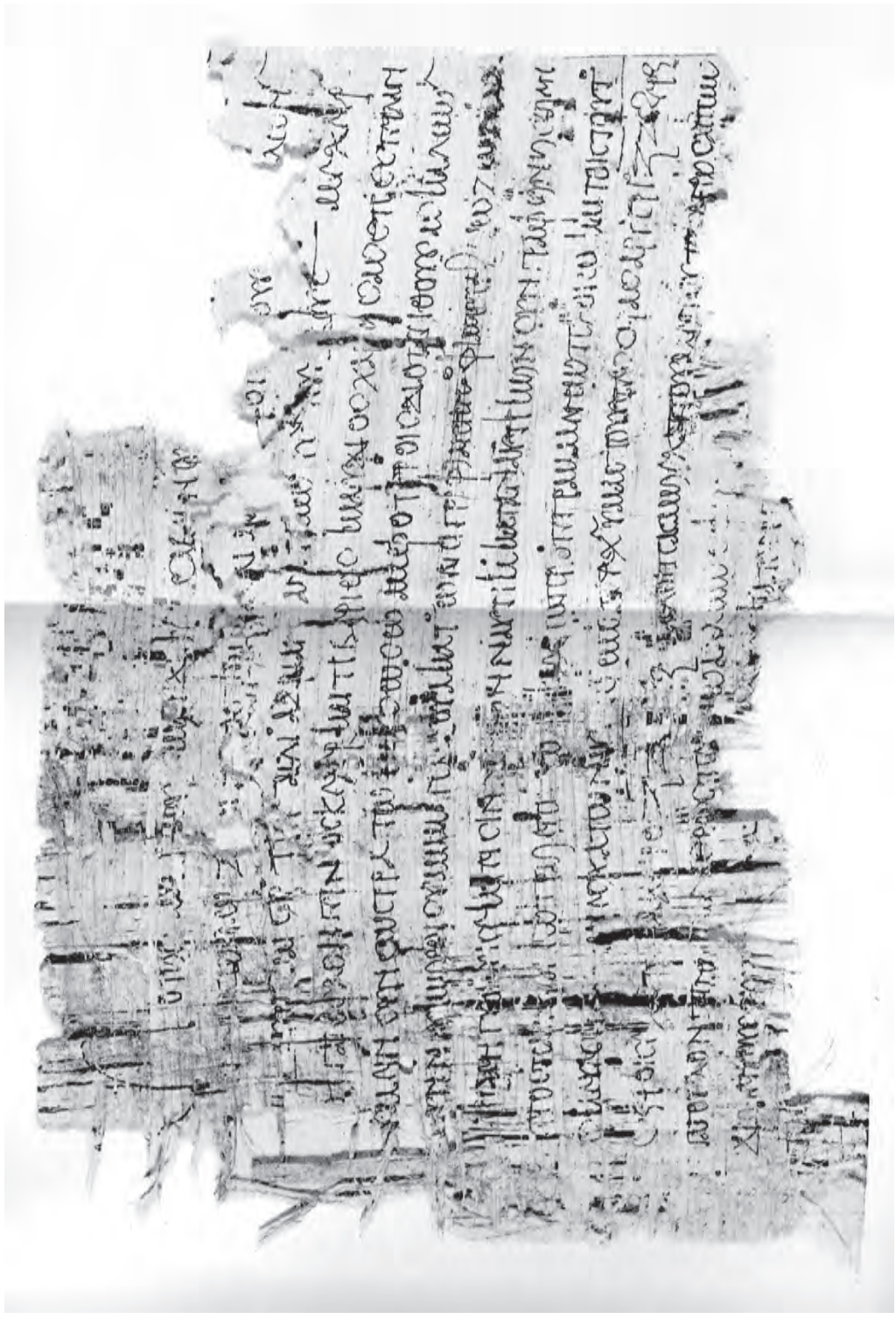
Sul *verso*, nel senso delle fibre:

ἔχι Γάιος Λ[ονγεῖ]νος πιττάκιον
προανα^γ .. κλ . ος^τ των π ωγ

1. In Ἐπιτὸ abbiamo indicato con maiuscole le prime due lettere, che nel papiro sono entrambe di dimensioni maggiori. – L'integrazione dell'ultima parte del rigo è basata sulle indicazioni ricavate dai documenti dell'archivio della banca di Theadelphia.

2. Il patronimico di Zoilos non è leggibile con sicurezza: la lettura più rispondente alle tracce superstiti sarebbe Ζωῖγ[ά]τος, ma l'unica forma accostabile sarebbe Ζωγάς (BECHTEL, *Personennamen*, Halle 1917, rist. Hildesheim 1964, p. 186), mai attestato nei

²) Cfr. PSI 735, POslo 89, PStrasb. 281.



P. Vindob. G. 19.792 [149_p] (*Recto*)
Riproduzione dell'originale (cm. 25 x 17) autorizzata dalla direzione della
«Papyrussammlung der Oesterreichischen Nationalbibliothek» (Vienna).



P. Vindob. G. 19.792 (Verso)

Riepilogo

Prefazione	p.	3
<i>Actio pecuniae traiecticiae</i> : contributo alla dottrina delle clausole penali (§§ 1-15)	”	7
Indice delle fonti	”	107
Indice degli autori	”	113
Indice sommario	”	117
Postilla: Nuovi spunti critici e ricostruttivi sull’istituto della <i>pecunia traiecticia</i>	”	119
1. Il prestito marittimo romano nella letteratura manualistica dell’ultimo venticinquennio Testi citati: D. 15, 1, 3, 8	”	121
2. Obbiezioni al tentativo del De Martino di declassare l’importanza dell’ <i>actio pecuniae traiecticiae</i> in relazione alla prassi consuetudinaria di una <i>stipulatio poenae</i> Testi citati: D. 15, 1, 3, 8; D. 22, 2, 8; D. eod. 9; D. 44, 7, 23; D. 22, 1, 44; D. 45, 1, 122, 1; C. 4, 32, 26, 2; Nov. 106; Nov. 110; Demosth., c. <i>Lavr.</i> (XXXV), 12 i.f.; Cod. proc. civ. it., art. 474 n. 2; R.D. 14.12.1933 n. 1669 (legge cambiaria), art. 63.	”	123
3. Valutazione critica di un contributo del Visky sulla funzione della <i>poena traiecticiae pecuniae</i> Testi citati: D. 22, 2, 4, 1; D. 44, 7, 23; D. 3, 5, 12 [13]; Vat. Fr. 11; D. 19, 1, 13, 26; D. 22, 1, 44; C. 4, 32, 15; D. 22, 2, 5 pr.	”	127
4. La fragile tesi del Voci sul carattere non autonomo della <i>stipulatio poenae traiecticiae pecuniae nomine</i> Testi citati: D. 22, 2, 9; D. 44, 7, 23; D. 22, 2, 8; D. 15, 1, 3, 8; D. 3, 5, 12 [13]; D. 13, 4, 2, 8; D. 20, 1, 15, 2; Fest., s.v. <i>contestari litem</i> (p. 50 L.); D. 22, 2, 2; Gai. 2, 150; Tit. Ulp. 28, 7; D. 44, 7, 23.	”	129

5. Ombre e luci nel saggio del Kupiszewski sui profili sostanziali e processuali del prestito marittimo in età classica p. 133
Testi citati: D. 22, 2, 6; Paul. Sent. 2, 14, 3 e IP. ad h.l.; C. 4, 33, 2 [1]; C. eod. 5 [4]; D. 22, 2, 4 pr.; Bas. Suppl. II, 103 (= C. 4, 33, 1); D. 22, 2, 5, 1; D. eod. 7; Sch. Cyr. ad Bas., in Heimb. I, 563; P. Vindob. G. 19.792; D. 45, 1, 122, 1; D. 22, 1, 41, 2.
6. Riflessioni di attualità nella prospettiva dei nessi fra le esigenze di natura socio-economica del credito marittimo e l'istituto della *pecunia traiecticia*, identificato nella sua abituale struttura di convenzione scritta (*syngrapha nautica*) suggellata da *stipulatio poenae*, anche alla luce di un nuovo documento della pratica mercantile e bancaria (P. Vindob. G. 19.792) ” 136
Testi citati: P. Vindob. G. 19.792; P. Berol. 5883+5853; D. 15, 1, 3, 8; D. 22, 1; D.22, 2; C. 4, 31; C.4, 32; D. 50, 16, 178 pr.; Flav. Ioseph., *Antiquit. Iud.*, 18, 6, 3; Synes., *Epist.*, 129; C. 4, 33, 4 [3]; Gl. ad l. 4 pr.; D. 22, 2; IP. 2, 14, 3; Aug., *Serm.*, 86, 11 i.f. (=Migne, *Patr. lat.*, XXXVIII, 528); Agn. Rav., *Lib. pont. Ecd. Rav.*, XVIII: *De Sancto Neone*, 30; Cod. Comm. it. 1882, art. 598-603; D. 6, 1, 62 pr.; D. 5, 3, 20, 14; D. 22, 2, 8; D. 4, 8, 40; D. eod. 23, 3; D. 15, 1, 3, 8; D. 2, 7, 3 pr.; D. 2, 11, 13; D. 4, 8, 32, 8; D. 15, 1, 5, 2; D. 49, 1, 28 pr.; C. 3, 1, 6; C. eod. 7; C. 3, 41, 5; D. 15, 1, 29, 1; D. eod. 47 pr.; D. 45, 1, 122, 1; Cato, *de agri cult.*, praef. 1-3; Plut., *Cato M.*, 21; Demosth., *c. Dionysod.* (LVI), 3 ss., 15, 20, 36, 38, 41, 45; Id., *c. Phorm.* (XXIV), 6, 26, 33, 34; D. 22, 1, 9 pr.; D. eod. 44; Lex Rhodia 3, 20 (= Bas. Suppl. II, 113); C. 4, 33, 5 [4]; Gai. 3, 134; Demosth., *c. Laer.* (XXXV), 10-13, 32; Id., *c. Zenoth.* (XXXII), 14; Id., *c. Apat.* (XXXIII), 6.
- Appendice: Edizione critica di P. Vindob. G. 19.792 ” 155

Ferdinando Zuccotti

Postfazione

Sostenni l'esame di Diritto Romano con Arnaldo Biscardi quasi quarant'anni fa, il 4 luglio 1979: si trattava, a quei tempi, di un esame cosiddetto biennale, nel quale cioè si portavano i programmi di due corsi ed il cui voto valeva quindi, per così dire, il doppio: e i libri su cui verteva, tutti del docente, erano le *Lezioni sul processo romano antico e classico* (Torino, 1968), gli *Aspetti del fenomeno processuale nell'esperienza giuridica romana* (Milano, 1978²) ed appunto l'*Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali* (Torino, 1974²).

In quegli anni non si usava seguire molto le lezioni, specie a giurisprudenza, né io potevo certo essere considerato a tale proposito uno studente tra i più disciplinati e diligenti, anche in quanto mi ero presto reso conto che lo studio a casa, o magari in un bar, rendeva molto più del seguire le lezioni, in cui del resto non pochi docenti ripetevano talora più o meno a memoria il libro, esempi compresi (spesso alquanto datati: nel manuale di diritto penale, se qualcuno veniva investito per strada, era sempre travolto da una bicicletta, e mai, mi sembra, da una macchina): ma per Arnaldo Biscardi era diverso, ed infatti, prima di chiedergli la tesi, seguì sia pure in maniera irregolare i suoi corsi di Istituzioni, di Egesi, di Diritto Romano nonché, credo, di Diritto Greco: quel professore che, con marcato accento toscano, si infervorava e si agitava tanto nelle sue spiegazioni, alternando frasi secche e concise a periodi lunghissimi in cui la voce si alzava e si abbassava a seconda degli incisi e dell'importanza di quanto diceva, riusciva in effetti a farsi apprezzare nella propria spontaneità e a trasmettere agli studenti l'amore che egli per primo provava per la propria materia, che in quei momenti sembrava in effetti divenire di un'importanza decisiva e quasi assoluta nella vita di ciascuno, mentre le sue soluzioni, presentate in maniera non scevra di una certa abilità retorica, giungevano a sciogliere una tensione che per molti minuti aveva come incatenato l'ascoltatore, coinvolto fino in fondo, in tale atmosfera, nei problemi giusantichistici oggetto della lezione, quasi non esistesse altra cosa importante al mondo.

Più tardi, e con migliore attenzione, mi resi conto che non si trattava soltanto di una mera peculiarità caratteriale, né tantomeno di un semplice modo suo personale di spiegare la materia: molto di più, se l'entusiasmo, in effetti, rimane certamente la caratteristica che più colpiva in Arnaldo Biscardi (come sottolineavano Remo Martini e Mariagrazia Bianchini nel ricordo del Maestro tenutosi nel 1998 all'Accademia Costantiniana)¹, si trattava di una caratteristica che – come osservavo non molto tempo fa – diveniva tutt'uno con il carattere dell'uomo, e per così dire lo riassumeva nella sua totalità; un ardore che del resto non era altro se non uno stato dello spirito che emanava direttamente dalla persona, dal suo entusiasmo e dalla sua gioia nel parlare della propria materia, nel giungere a nuovi risultati, nel dimostrare le proprie intuizioni, nel comunicare tutto ciò agli altri e nel discuterne con essi; un piacere totale che, come può ricordare chi ne abbia seguito le lezioni o in ogni caso lo abbia conosciuto, quasi diveniva una sorta di euforia infervorata, ove la forte passione si esplicitava nel discorso orale così come nella pagina scritta in una assoluta identificazione dello studioso con la propria materia, la quale in quel momento diventava lui stesso in una immedesimazione pressoché incondizionata e del pari lui stesso sembrava quasi divenire tutt'uno con la disciplina che amava: senza diaframmi tra lo scrittore e il libro, senza impercettibili ma in fondo pur sempre avvertibili prese di distanze lievemente autoironiche e difensive tra l'uomo e la sua opera, tra lui stesso e ciò che faceva. Quasi che, quando lui parlava, fosse il diritto romano stesso, o il diritto greco, che, come nelle vecchie esercitazioni retoriche, difendeva ed elogiava se stesso².

In ogni caso, frequentando sia pur saltuariamente il corso di Diritto Romano e poi studiandone il programma d'esame, mi resi conto con un certo stupore che quanto mi interessava e mi «prendevo» di più non erano tanto i due volumi sul processo – argomento di per sé certo a me più consono e per il quale avevo appunto scelto di seguire tale corso – quanto piuttosto proprio

¹) *Arnaldo Biscardi: l'omaggio dell'Accademia Romanistica Costantiniana. Spello 18 settembre 1998*, in «SDHI», LXV, 1999, rispettivamente p. 533 e 538 (si veda anche la versione – ove compare altresì l'intervento di Manlio Sargenti, assente nella precedente pubblicazione – *L'omaggio dell'Accademia Romanistica Costantiniana ad Arnaldo Biscardi attraverso il ricordo di Remo Martini, Mariagrazia Bianchini, Manlio Sargenti, Javier Paricio*, in «25 anni di studi sul Tardoantico. Atti del Simposio Internazionale. Spello, Teatro Civico, 18 settembre 1998», Napoli, 2007, p. 62 e 69).

²) Cfr. F. ZUCCOTTI, *Arnaldo Biscardi o della felicità del diritto*, in «Rivista di Diritto Ellenico», V, 2015, p. XXVII s. (premessa alla ristampa del *Diritto greco antico* [Milano, 1982], cur. P. Cobetto Ghiggia e F. Zuccotti) = *La ripubblicazione del «Diritto greco antico» ovvero Arnaldo Biscardi o della felicità del diritto (Vivagni XVIII)*, in «RDR», XVIII, 2018, p. 20 s. (estr.).

il libro sulla *pecunia traiectica*, che prima di leggerlo avevo persino un po' disdegnato in quanto si trattava di un tema in linea di massima contrattuale, allora per una sorta di pregiudizio da me considerato meno interessante. L'inizio del libro, in effetti, era notevole, e la «scoperta» da parte di Arnaldo Biscardi del risolutivo frammento D. 15.1.3.8 (Ulp. 29 *ad ed.*), con la lineare soluzione del problema che esso suggeriva attraverso il parallelo tra la *stipulatio poenae compromittendi causa* e la *stipulatio poenae traiecticae pecuniae gratia*, permetteva di risolvere nella maniera più semplice e diretta, nonché definitiva, la questione della costruzione contrattuale del *fenus nauticum* in diritto romano: una costruzione che lasciava persino stupefatto il lettore, specie in quanto tale passo era inspiegabilmente sfuggito all'attenzione dei romanisti, anche di quelli che si erano specificamente occupati di *pecunia traiectica*, ed anzi risultava – singolare destino nella storia esegetica della compilazione giustiniana – uno dei testi meno studiati di tutto il *Corpus Iuris*³. Si trattava quindi, anche se l'autore evitava anche solo di accennare a tale aspetto, di una personale «scoperta» di Arnaldo Biscardi, che oltre a mostrare le inaspettate sorprese che può riservare una materia pur vecchia di tanti secoli, consentiva dunque, in tale parallelo, di dedurre che al pari del *compromissum* anche la convenzione di *pecunia traiectica* si concludeva mediante un ricorso alla *stipulatio poenae*; una convenzione, dunque, autonoma che si rifaceva al capitolato contrattuale (*instrumentum*) indirettamente solo *per relationem*, e la cui formula doveva suonare più o meno ‘*si adversus ea factum erit ...*’ – o forse, più specificamente, ‘*si ad diem pecunia, ut inter nos convenit, soluta non erit ...*’ – ‘*... sestertium X milia poena nomine dari stipulatus est L. Titius, spondit C. Seius*’⁴.

La semplice linearità della soluzione biscardiana, dimostrata poi nel corso del saggio attraverso altri e numerosi testi ed argomenti, viene oggi in linea di massima contestata, e si preferisce rintracciare nella *stipulatio poenae*, vista come eventuale ed estranea al contratto di *pecunia traiectica*, una mera funzione di garanzia ulteriore per il creditore⁵.

Ma, senza pur volere addentrarmi qui in simili discussioni tecniche, per le quali rinvio alla trattazione dell'ottimo Ivano Pontoriero, vorrei tuttavia limitarmi a due considerazioni forse banali, ma che in ogni caso mi inducono a tenere ferma la tesi di Arnaldo Biscardi e la sua maggiore persuasività.

Innanzitutto è da notare come simili critiche non tengono sufficientemente conto del fatto che D. 15.1.3.8, in parallelo all'*actio ex poena compromissi*, parli di un' (*actio*) *traiecticae pecuniae* quale azione anch'essa basata su di una *sti-*

³) Cfr. *supra*, p. 13.

⁴) Cfr. *supra*, p. 35.

⁵) Si veda in tal senso l'*Introduzione* di Ivano Pontoriero, specie p. XIII e XXXIX.

pulatio poenae, identificando così quest'ultima con il *nomen actionis* dello strumento processuale che tutelava il *fenus nauticum* e testimoniando quindi che, parlando di *actio traiecticiae pecuniae*, i giuristi romani – o quantomeno Ulpiano – alludevano pianamente ad un impiego della *stipulatio poenae* parlando di tale azione ed anzi la consideravano come l'unico specifico strumento processuale a difesa del creditore⁶. Argomento, questo, che non mi sembra trascurabile né di breve momento, e che anzi mi appare tuttora decisivo.

Ma soprattutto, anche senza soffermarsi su ulteriori elementi troppo tecnici per queste pagine, nelle considerazioni critiche successive, che tendono a considerare i vari fattori partitamente, perdendo quella forte visione d'insieme che guidò la ricostruzione di Arnaldo Biscardi, si tende a non attribuire più la giusta importanza alla circostanza che la *stipulatio poenae*, nel diritto romano, svolgeva una funzione fondamentale nel prefissare il valore dell'inadempimento, liberando il creditore della difficile prova del *quantum* e limitandola alla più facile dimostrazione dell'*an debeatur*, e rendendo quindi la sua posizione molto più forte, così da far in pratica preferire al debitore l'adempimento immediato. E questo spiega il ricorso ad essa anche nel contesto del prestito marittimo, le cui complesse previsioni erano contenute in un capitolato (*instrumentum*) che non poteva essere contenuto nella *stipulatio*, ma cui questa doveva fare riferimento solo in maniera indiretta: in tale situazione, infatti, piuttosto che limitarsi all'impegno del debitore di rispettare tali clausole, il fargli promettere una penale in caso di inadempimento diveniva per il creditore una soluzione alquanto più vantaggiosa e logicamente utile, per cui sarebbe davvero strano che i commercianti romani non avessero pensato di ricorrervi normalmente.

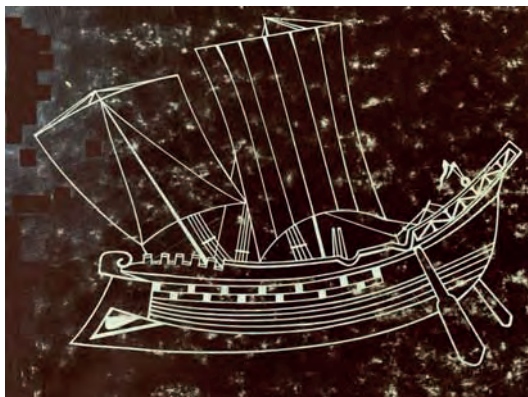
Ma anche senza andare oltre queste un po' generiche osservazioni empiriche, mi sembra che nel complesso la costruzione di Arnaldo Biscardi regga ancora egregiamente alle diverse critiche che le sono state mosse, e che le varie ed approfondite discussioni in materia, pur certo pregevoli⁷, non siano del tutto riuscite a privare il suo libro da quell'aura di compendiosa considerazione globale del problema in tutte le sue varie sfaccettature che è la sua forza fondamentale, ed in cui trova i più ampi e convincenti fondamenti la tesi ricostruttiva da lui sostenuta.

Ma, come ho già detto, non voglio qui esprimere giudizi definitivi o tendenzialmente tali, dato che ciò richiederebbe un approfondimento digressivo del tutto estraneo ai limitati fini di queste brevi note.

⁶) Cfr. *supra*, specie p. 21 s.

⁷) Si veda in particolare I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, Bologna, 2011, specie p. 103 ss.

Piuttosto, vorrei concludere queste pagine con una notazione estrinseca se non estemporanea, che non verte sul contenuto del libro ma sulla sua veste editoriale: infatti l'*Actio pecuniae traiecticiae* è uno dei rari libri accademici – volumi rilegati a parte – che pur nella sua copertina in brossura è fornita di una sovracopertina (chi non ha l'originale del libro ma l'ha consultato in biblioteca di regola non lo sa, dato che le biblioteche sovente gettano via le sovracopertine per applicare l'etichetta direttamente sul dorso). Tale sovracopertina fu voluta da Arnaldo Biscardi, credo unico caso tra le sue pubblicazioni, e sta a dimostrare come egli tenesse particolarmente a questo libro – come mi conferma Marcella Balestri –, tanto che non solo chiese all'editore di adottare tale più costosa soluzione, ma credo che provvide egli stesso a trovare il modello dell'immagine da usare, una nave da carico romana, seguendo altresì la realizzazione della figura stilizzata che vi compare⁸. E il riportare qui tale immagine, benché tratta da una sovracopertina vecchia di quarant'anni e quindi un po' rovinata, mi sembra un piccolo ma simpatico tributo ad Arnaldo Biscardi, ed un ricordo doveroso di quella prima edizione dalla sovracopertina marrone ormai da tanti anni esaurita.



⁸) «Nave da carico romana (mosaico di Temetra del II-III sec. d.C. liberamente interpretato da F.L. Gracci)» reca il risvolto di copertina dell'edizione pubblicata dall'editore Giappichelli (Torino, 1974), che si ringrazia per la gentile autorizzazione.

Collana della Rivista di Diritto Romano

<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano>

DIRETTORE
Ferdinando Zuccotti

- Pierfrancesco Arces, *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*. 2013
Atti del Convegno «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico» in memoria di Arnaldo Biscardi (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001). 2011
- Basilicorum Libri LX, Tomus I (lib. I-XII continens)*. Edidit C.G.E. Heimbach, Lipsiae 1833.
Ristampa digitale a cura di Michele Antonio Fino. Prefazione di Fausto Gorla. 2002
- Basilicorum Libri LX, Tomus II (lib. XIII-XXIII continens)*. Edidit C.G.E. Heimbach, Lipsiae 1840.
Ristampa digitale a cura di M.A. Fino. 2003
- Basilicorum Libri LX, Supplementa Editionis Basilicorum Heimbachianae*. Ediderunt C.E. Zachariae a Lingenthal, Lipsiae 1846, e E.C. Ferrini et J. Mercati, Lipsiae-Mediolani 1897.
Ristampa digitale a cura di M. Miglietta. 2008
- Arnaldo Biscardi, *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*.
Ristampa emendata della seconda edizione a cura di Ivano Pontoriero e Ferdinando Zuccotti. 2019
- Mariateresa Carbone, *L'emersione dell'«emptio» consensuale e le «leges venditionis» di Catone*. 2017
- Valentina Casella, *La trasmissibilità ereditaria della stipulatio*, 2018
- Paola Ombretta Cuneo, *Anonymi Graeci Oratio Funebris in Constantinum II*. 2012
- Paola Ombretta Cuneo, *Sequestro di persona, riduzione in schiavitù e traffico di esseri umani. Studi sul «crimen plagii» dall'età diocleziana al V secolo d.C.* 2018
- Lucia Di Cintio, *L'«Interpretatio Visigothorum» al «Codex Theodosianus». Il libro IX*. 2013
- Lucia Di Cintio, *Nuove ricerche sulla «Interpretatio Visigothorum» al «Codex Theodosianus». Libri I-II*. 2016
- Filippo Gallo, *L'interpretazione del diritto è «affabulazione»? 2005*
- Lauretta Maganzani, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*. 2006
- Gianluca Mainino, *Studi sul caput XXI della Lex Rubria de Gallia Cisalpina*. 2012
- Annamaria Manzo, *«Magnum munus de iure respondendi substinebat». Studi su Publio Rutilio Rufo*. 2016
- Raffaella Siracusa, *La nozione di «universitas» in diritto romano*. 2016
- Ferdinando Zuccotti, *Sacramentum Civitatis. Diritto costituzionale e ius sacrum nell'arcaico ordinamento giuridico romano*. 2016
- Ferdinando Zuccotti, *Della transazione, purtroppo*. 2018

Il catalogo aggiornato di LED - Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto è consultabile all'indirizzo web <http://www.lededizioni.com>, dove si possono trovare informazioni dettagliate sui volumi: di tutti si può consultare il sommario, di alcuni si danno un certo numero di pagine in lettura, di altri è disponibile il testo integrale. Tutti i volumi possono essere acquistati on line.