

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO
SAGGI

Fabrizio Lombardo

STUDI SU «STIPULATIO»
E AZIONI STIPULATORIE
NEL DIRITTO GIUSTINIANEO



— Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto —

ISBN 978-88-7916-965-3 - ISSN 2499-6491

Copyright 2020

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/>>

In copertina:

Effigie su follis dell'imperatore Giustiniano

Stampa di proprietà dell'autore

Stampa: Logo

<i>Premessa</i>	p.	9
I. Introduzione	”	11
II. L'evoluzione tardoantica della <i>stipulatio</i>		
2.1. Profili di continuità	”	21
2.2. La <i>Leoniana constitutio</i> del 472	”	26
2.3. La disciplina giustiniana	”	33
2.3.1. Le <i>stipulationes</i> servili	”	33
2.3.2. La presenza delle parti	”	43
2.4. La <i>stipulatio</i> nella dottrina di età giustiniana	”	49
2.5. Alcuni aspetti della prassi documentale	”	64
III. <i>Stipulatio</i> e azioni stipulatorie		
3.1. Premessa	”	69
3.2. Mutuo e <i>stipulatio</i>	”	70
3.2.1. La disciplina classica: sintesi delle questioni rilevanti	”	70
3.2.2. L' <i>exceptio non numeratae pecuniae</i>	”	77
3.2.3. La <i>litterarum obligatio</i> nelle Istituzioni giustiniane	”	82
3.2.4. Mutuo e <i>stipulatio</i> nella riflessione degli <i>antecessores</i>	”	90
3.2.5. L' <i>exceptio non numeratae pecuniae</i> nella dottrina giustiniana	”	96
3.3. <i>Pactum</i> e <i>stipulatio</i>	”	106
3.4. <i>Condictio</i> ed <i>actio ex stipulatu</i> quali azioni «generali»	”	116
3.5. Spunti in tema di <i>stipulatio poenae</i>	”	133

<i>Brevi conclusioni</i>	p.	143
<i>Indice delle fonti</i>	”	147
<i>Indice degli Autori</i>	”	151

*Studi su «stipulatio» e azioni stipulatorie
nel diritto giustiniano*

Premessa

Nel chiudere questo lavoro, che rappresenta il frutto di alcuni anni di studio (sempre appassionato, ma purtroppo meno continuativo di quanto avrei voluto), provo il desiderio di esprimere la mia più profonda gratitudine a chi mi ha seguito passo dopo passo, senza farmi mai mancare il proprio supporto, scientifico ed umano. Ai professori Mariagrazia Bianchini e James Caimi va tutta la mia riconoscenza per avermi accolto nella «famiglia romanistica» genovese, fin da quando preparavo la tesi di laurea, con la saggezza e l'affetto dei Maestri.

Rivolgo di cuore un sentito ringraziamento al professor Mario Amelotti, che ha avuto la pazienza di leggere queste pagine e non ha mancato di fornirmi preziosi suggerimenti e indicazioni che spero di aver saputo cogliere e valorizzare, nella rielaborazione finale del testo, in modo adeguato.

Il professor Marco Pietro Pavese ha rappresentato negli ultimi anni una guida discreta e paziente, anche quando non sono stato in grado di rispettare con la dovuta precisione le scadenze concordate. Gli sono pertanto grato non solo per le parole, sempre opportune, ma anche per i silenzi, sempre comunque benevolmente espressivi.

Rivolgo un commosso ricordo al professor Carlo Augusto Cannata, che non mi ha mai fatto mancare la sua disponibilità ad un confronto, allorché mi imbattevo in un frammento per me di difficile interpretazione. Per quanto, desideroso di non disturbarlo, cercassi di bussare il meno possibile alla sua porta, non la ho mai trovata chiusa.

Mi fa piacere ricordare in questa sede gli amici che hanno accompagnato il mio cammino nella frequentazione della Sezione di Diritto Romano dell'Università di Genova e che con me hanno condiviso momenti di studio e momenti conviviali. A tutti loro va la mia gratitudine per aver contribuito a far crescere in me la passione per questa materia.

Mi sia permesso rivolgere un ultimo ringraziamento a chiunque, con le parole o con l'esempio, mi abbia insegnato qualcosa.

I.

Introduzione

La *stipulatio* rappresenta uno degli ambiti di indagine più frequentati dalla dottrina romanistica contemporanea. Tale circostanza non può certo ritenersi sorprendente, se si considera la centralità della *stipulatio* stessa non solo in ambito contrattuale, ma più in generale nell'intero diritto privato romano.

Come noto, infatti, la «malleabilità» del contratto, determinata dalla sua astrattezza e semplicità di forma, permise alla giurisprudenza romana di renderlo uno degli strumenti più idonei allo sviluppo del diritto privato, tramite l'elaborazione di nuovi impieghi che garantissero la tutela giuridica a situazioni altrimenti non riconosciute dal diritto e, correlatamente, uno dei terreni più fertili della riflessione dogmatica.

Come magistralmente chiarito da Cannata, la *stipulatio* «produceva un rapporto obbligatorio come isolato 'in vitro', e quindi suscettibile di un'analisi dotata del maggior grado possibile di precisione e chiarezza (...) sicché una gran parte delle nozioni e delle regole che vanno a costituire quella che oggi si denomina usualmente la 'parte generale delle obbligazioni' trova origine e ragion d'essere – nella sua propria struttura e quindi anche nella sua consistenza attuale – nell'elaborazione romana della *stipulatio*»¹.

Vi è però un aspetto del nostro contratto che ha forse ricevuto dalla dottrina contemporanea minor attenzione di quanto meritasse: il suo sviluppo tardoantico e giustiniano². Non si può certo affermare che il tema sia del tutto trascurato negli studi romanistici (sia del XX sia del XXI secolo), tuttavia sembra piuttosto diffusa una concezione, a mio modo di vedere non pienamente giustificata, secondo cui nel tanto vituperato «basso impero» l'istituto avrebbe subito un processo di «degenerazione», all'esito del quale il con-

¹) C.A. CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile»¹², Torino, 1995, p. 442.

²) Esula dall'ambito di indagine del presente lavoro, per quanto talune linee evolutive possano costituire un importante modello di confronto con tematiche qui affrontate, lo sviluppo che l'istituto ebbe in Occidente.

tratto verbale di età classica si sarebbe ridotto dapprima a contratto letterale, in conseguenza per lo più dei provvedimenti normativi emanati in materia dalla cancelleria imperiale su influenza della prassi negoziale orientale e, quasi conseguentemente, a mera clausola di stile, apposta senza particolare rilievo giuridico a documenti della più svariata natura, in ragione della recezione effettuata dalla prassi negoziale stessa delle riforme legislative.

Credo che basti consultare i principali manuali istituzionali per riscontrare quanto l'idea sia radicata³.

Secondo l'opinione che andiamo descrivendo, la massima espressione del processo degenerativo in parola sarebbe costituito da due costituzioni imperiali, una di Leone del 1° gennaio 472 (recepita nel *corpus* giustiniano in C.I. 8.37.10) e una di Giustiniano del 1° novembre 531 (C.I. 8.37.14), che sanciscono, rispettivamente, la validità della *stipulatio* a prescindere dalla pronuncia di *sollemnia et directa verba* (la prima) e la presunzione di veridicità del documento stipulatorio in merito al requisito della *praesentia* delle parti, il cui valore (probatorio o costitutivo, a seconda delle ricostruzioni proposte dalla dottrina) sarebbe venuto meno solo con la prova contraria che le parti non furono presenti nella stessa *civitas* per l'intera giornata di redazione dello scritto.

Ritengo che una simile concezione, se pur fondata su innegabili dati storico-giuridici, non colga sino in fondo la complessità del fenomeno.

Una breve analisi delle principali riflessioni svolte in materia dalla romanistica contemporanea⁴ potrebbe permettere, a mio avviso, di meglio co-

³ A titolo puramente esemplificativo basti consultare alcuni dei principali manuali istituzionali: M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, II², München, 1975, p. 378, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 562 ss., M.J. GARCIA GARRIDO, *Diritto Privato Romano*², Padova, 1996, p. 336, e D. DALLA, R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*², Torino, 2001, p. 342-344; singolarmente A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Torino, 2001, p. 839, dopo aver parlato senza mezzi termini nelle precedenti edizioni dell'opera di «degenerazione» e «decadenza», nell'ultima scrive: «la *stipulatio* postclassica (...) fu l'espressione e il risultato di un lungo (e non sempre rettilineo) processo di trasformazione (diciamo pure: di degenerazione) dovuto essenzialmente al *ius novum* ed al suo sforzo di adeguare l'istituto alle esigenze della prassi nelle due parti dell'impero (sopra tutto a quelle, fortemente influenzate dalle costumanze ellenistiche, della *pars Orientis*)». Per gli studi relativi alla prassi documentale cfr., ad esempio, R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the light of the Papyri. 332 B. C. - 640 A. D.*², Warszawa, 1955, p. 396, secondo cui «in the post-classical era the contract degenerated and became a mere phrase» per quanto, poco oltre, riconosca che «it is noteworthy that even in Justinian's time it appears sometimes in its classical formulation».

⁴ Non è possibile dare qui conto dell'intera letteratura giuridica in tema di *stipulatio* tardoantica; l'esame verrà pertanto limitato agli studi che più direttamente hanno affrontato la materia, contribuendo a formare gli indirizzi dominanti in dottrina, e rinviando, per più precise indicazioni storiografiche e bibliografiche, alle note relative ai singoli argo-

gliere la formazione del cennato diffuso convincimento e – forse – di evidenziarne i limiti, consentendo quindi di isolare alcuni aspetti dell'evoluzione tardoantica della *stipulatio* meritevoli di maggior approfondimento.

Non si tratta infatti soltanto di teorie discordanti sulla corretta esegesi delle più rilevanti *leges* in materia, ma di tesi che hanno determinato un solco profondo nel percorso degli studi romanistici pertinenti, comportando quindi la necessità, per chi intenda accostarsi al tema, di proseguire lungo l'indirizzo tracciato o di dover motivare esaurientemente le ragioni che lo spingano, di volta in volta, a discostarsene. L'ambito di speculazione, infatti, non si limita alla sola materia stipulatoria, ma partendo da essa finisce sovente per coinvolgere la dommatica generale del *contractus* (se non, addirittura, l'intera legislazione tardoimperiale), producendo giudizi valoriali sul livello qualitativo della normazione, della dottrina e della prassi in età pregiustiniana, giustiniana e postgiustiniana.

Il fenomeno che andiamo delineando, ossia la formazione di una concezione diffusa sulla «degenerazione» della *stipulatio*, trova sì origine negli studi ottocenteschi, ma – va sottolineato – questi ultimi sono caratterizzati da un fervente contrasto di opinioni, denotato dalla formulazione di ipotesi e ricostruzioni, più o meno attendibili, decisamente variegata e problematica. E' mia personale convinzione che l'autorevolezza di alcuni studi, apparsi all'inizio del secolo XX, che hanno confutato (probabilmente a ragione) la dottrina pregressa, abbiano in realtà determinato anche lo svilimento di alcuni spunti di sicuro interesse in essa presenti.

Uno dei primi studi dedicati all'argomento che andiamo trattando porta l'autorevole firma dello Gneist⁵ e, se da un lato comincia a proporre il concetto di degenerazione dell'istituto, dall'altro – verrebbe quasi da dire sorprendentemente – individua l'emersione del fenomeno già in epoca classica, a seguito della diffusione della prassi, favorita dal regime probatorio privilegiato dello stesso rispetto alla prova testimoniale, di ricorrere al documento probatorio della *stipulatio*. In tale contesto l'evoluzione tardoantica presenterebbe minori profili di discontinuità di quanto si possa ritenere, rappresentando nulla più che una conseguenza delle tendenze già in precedenza ampiamente diffuse. Pertanto, come hanno segnalato alcuni suoi lettori⁶, le conclusioni di Gneist risultano ben meno radicali delle premesse: la stessa rifor-

menti di volta in volta affrontati nella prosecuzione del lavoro.

⁵) H.R. GNEIST, *Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts in Vergleichung mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts*, Berlin, 1845, specialmente p. 256-265.

⁶) S. RICCOBONO, '*Stipulatio*' ed '*instrumentum*' nel diritto giustiniano, I, in «ZSS», XXXV, 1914, p. 230 s.; M. R. CIMMA, '*De non numerata pecunia*', Milano, 1984, p. 10.

ma giustiniana non avrebbe fatto altro che introdurre un insieme di finzioni giuridiche, basate comunque sul presupposto del valore costitutivo delle formalità verbali⁷.

Si deve poi a Zachariä von Lingenthal il grande merito di aver portato per la prima volta all'attenzione degli studiosi il diritto dell'età bizantina, con un'opera, forse unica nel suo genere, volta ad un esame complessivo della storia giuridica di tale epoca⁸. Nelle pagine dedicate alla *stipulatio*, l'eminente giurista poneva in luce un aspetto di tutto rilievo della prassi orientale: l'apposizione della clausola stipulatoria ricorreva non solo in documenti relativi a convenzioni atipiche per consentirne l'azionabilità in giudizio, ma anche in calce a contratti tipici (e pertanto tutelati da azioni proprie), sia unilaterali sia sinallagmatici, per fissare con maggiore chiarezza l'oggetto dell'accordo e, soprattutto, per consentire alle parti di esperire l'*actio ex stipulatu*⁹. La clausola, insomma, lungi dall'essere nulla più che un prodotto tralatizio, avrebbe assolto una specifica funzione giuridica.

Ciò che appare meno convincente (o, quantomeno, spinto a conseguenze eccessive) delle argomentazioni dello Zachariä e, forse, frutto in certa misura di alcune concezioni della sua epoca ed ormai superate, è l'attribuzione alla mentalità orientale di un rilievo determinante per la valorizzazione della clausola stipulatoria nelle convenzioni giuridiche. In particolare, mentre le popolazioni germaniche dell'Occidente avrebbero avuto una spiccata propensione verso la valorizzazione della buona fede nella conclusione ed esecuzione del contratto (al punto di rendere irrilevanti aspetti puramente formali quali l'apposizione della clausola stipulatoria), il «*Volkscharakter*» bizantino avrebbe portato a ritenere addirittura meritorio attenersi al principio '*naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*'¹⁰, con la conseguenza di rendere necessaria l'introduzione di sempre nuovi requisiti formali per la validità dei rapporti obbligatori¹¹.

Anche Brandileone tornò in più occasioni ad occuparsi del nostro istituto, rivolgendo principalmente l'attenzione agli sviluppi occidentali, ma senza prescindere per questo da un'accurata analisi della realtà orientale¹². La te-

⁷) GNEIST, *Die formellen Verträge*, cit., p. 264: «Wie eine mündliche Mancipationstamentsform neben der schriftlichen blieb, jene aber faktisch das Gewöhnliche war: so beinahe verhielt es sich wohl mit der mündlichen zur schriftlichen Stipulationsform».

⁸) K.-E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*³, Berlin, 1892 (prima edizione 1864).

⁹) ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Geschichte*, cit., p. 285 s.

¹⁰) D. 4.4.16.4, concetto ripreso in *Harm.* 3.3.70 e 72.

¹¹) ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Geschichte*, cit., p. 288 s.

¹²) F. BRANDILEONE, *Origine e significato della 'traditio chartae'*, in «Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino» XLII, 1907, p. 339 ss. (ora in ID., *Scritti di storia del diritto*

si sostenuta, tanto nei contributi più risalenti quanto in quelli più recenti, può sintetizzarsi nella negazione della pretesa trasformazione della *stipulatio* in contratto letterale. In particolare, ritenne che mai il documento assunse rilievo costitutivo, restando ancora fino ai tempi di Giustiniano nulla più che un mezzo di prova, nonostante l'indubbio rilievo che esso venne ad assumere nella prassi e nella concezione dello stesso imperatore.

Appare addirittura sorprendente la scarsa fortuna che gli studi di Brandileone hanno riscosso presso la dottrina più recente; probabilmente una causa di tale fenomeno può individuarsi nel fatto che, più o meno contemporaneamente agli stessi, venivano pubblicate le indagini di Salvatore Riccobono, destinate a tracciare, negli studi romanistici relativi alla *stipulatio* tardoantica, un solco così profondo da spingere Bernardo Albanese ad affermare, al loro riguardo, che «erano venute a rivoluzionare, in modo mai sperimentato né prima né dopo, la scienza romanistica»¹³.

La tesi di Riccobono, lungamente articolata negli studi apparsi all'inizio del secolo XX¹⁴, trova un po' enfatica espressione riassuntiva nelle sue parole: «i lineamenti che la *stipulatio* veniva assumendo nel periodo del Basso Impero appaiono necessariamente ambigui nel *Corpus iuris*, dove la figura classica della *stipulatio* emerge ancora solenne e dominatrice, come un'antica statua di granito, per quanto in molte parti corrosa e spezzata dalla azione del tempo e degli uomini (...) Ma era un'illusione dottrinarica. Nella realtà la degenerazione della *stip.* romana, già prima di Giustiniano, era stata più profonda di quello che si creda, e può compararsi alla morte. La forma classica declina nella consuetudine, non dall'epoca dei Severi, come vorrebbero far credere i testi del *Corpus iuris*, bensì dopo Costantino. La presunzione della solennità di fronte alla scrittura che dovette introdursi nella pratica giudiziaria segna il periodo del trapasso dalla vita alla morte»¹⁵. Nonostante l'indubbio valore dell'opera di Riccobono, non appaiono pienamente condivisibili le argomentazioni portate a sostegno dell'idea di un diritto classico «puro», costantemente incentrato sui principi di oralità, congruenza e contestualità della

privato italiano, II, Bologna, 1931, p. 59 ss.); ID., *La «stipulatio» nell'età imperiale romana e durante il medioevo*, in «Rivista di storia del diritto italiano», I, 1928, p. 7 ss. (ora in ID., *Scritti*, II, cit., p. 419 ss.).

¹³ B. ALBANESE, *Premessa* a S. RICCOBONO, *Lecture londinesi (maggio 1924)*, in «Diritto romano e diritto moderno» – cur. G. Falcone –, Torino, 2004, p. 5.

¹⁴ S. RICCOBONO, *'Stipulatio' ed 'instrumentum'*, I, cit., p. 214-305, e *'Stipulatio' ed 'instrumentum' nel diritto giustiniano*, II, in «ZSS» XLIII, 1922, p. 262-397, ID., *Punti di vista critici e ricostruttivi a proposito della dissertazione di L. Mitteis*, in «AUPA.», XII, 1928, p. 500-637, e ID., *Corso di diritto romano. 'Stipulationes', 'contractus', 'pacta'*, Milano, 1935.

¹⁵ RICCOBONO, *'Stipulatio' ed 'instrumentum'*, II, cit., p. 262 s.

stipulatio e, al contrario, una netta degenerazione nel periodo postclassico e giustiniano (in cui le attestazioni della giurisprudenza classica conservate nel *Digesto* non troverebbero altra giustificazione che nella «euritmia dell'opera») ¹⁶. Partendo dall'assioma per cui i compilatori si sarebbero industriati «a smorzare, attenuare, annotare le affermazioni dei classici nei modi più vari, or con una frase o un avverbio – non semper, plerumque, fere – or con eccezioni, limitazioni, spiegazioni – nisi ..., id est ... – or invertendo il contenuto dei passi» ¹⁷ appare operazione troppo recisa l'espunzione come compilatorio di tutto ciò che nei frammenti del *Digesto* risulta in contrasto con la pretesa linearità e in contraddittorietà del diritto romano classico ¹⁸. Troppo sistematicamente i frammenti che, ove genuini, non consentirebbero di suffragare la tesi proposta, vengono qualificati come interpolati senza un adeguato impianto motivato, sulla base, per lo più, di criteri puramente formali e stilistici ¹⁹.

In una tesi di dottorato apparsa a Losanna nel 1931 ²⁰, De Gautard analizzò i rapporti tra *stipulatio* e relativo documento, arrivando alla conclusione che la dottrina prevalente ha spesso frainteso i testi classici di riferimento, ritenendo che gli stessi indagassero la corrispondenza tra documento e sua veridicità. In realtà, sostenne De Gautard, i giuristi romani intendevano in quella sede analizzare soltanto l'effettivo significato della clausola stipulatoria. Leone e Giustiniano, con riforme del 472 e del 531, avrebbero modificato il regime probatorio della *stipulatio*, snellendo i requisiti formali del contratto, ma senza alterare l'oralità dello stesso ²¹.

Un passo ulteriore venne compiuto da Archi nell'immediato dopoguerra, con la constatazione di come la dottrina romanistica si fosse fino ad allora limitata ad analizzare la degenerazione della *stipulatio* in ciò che definiva il suo «dato esterno» (la *forma verbis*), mentre in realtà «la crisi postclassica della *stipulatio* come coinvolse la struttura formale dell'istituto, altrettanto agì su quella sostanziale, in particolare sul carattere astratto del negozio» ²². La tendenza verso

¹⁶ RICCOBONO, 'Stipulatio' ed 'instrumentum', II, cit., p. 269.

¹⁷ RICCOBONO, 'Stipulatio' ed 'instrumentum', II, cit., p. 269.

¹⁸ Sull'impulso dato da Riccobono al cd. «metodo interpolazionistico» cfr. già il discorso tenuto da L. CHIAZZESE in occasione delle «Onoranze tributate a Salvatore Riccobono il 28 novembre 1936», i cui atti sono pubblicati in «AUPA.», XVIII, 1939, p. 45 s.

¹⁹ La critica, che nel testo faccio mia, all'eccessivo ricorso da parte di Riccobono all'argomento interpolazionistico per eliminare tutti i passaggi della giurisprudenza classica in contrasto con le sue ipotesi è già stata avanzata da BRANDILEONE, «Stipulatio», cit., p. 52-59.

²⁰ V. DE GAUTARD, *Les rapports entre la stipulation et l'écrit stipulatoire dans la législation romaine, classique et byzantine*, Lausanne, 1931.

²¹ DE GAUTARD, *La stipulation et l'écrit stipulatoire*, cit., p. 91-102.

²² G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, in «Scritti C. Ferrini», Milano, 1946, p. 695 (ora anche in ID., *Scritti di diritto*

l'emersione della causa negoziale portò, secondo Archi, a far degradare il concetto unitario di *stipulatio* in molteplici figure di distinte *stipulationes*, ciascuna con propria struttura e regime giuridico a seconda dello scopo perseguito dalle parti. Tale cambiamento sarebbe stato reso possibile anche dal diverso atteggiamento della cancelleria imperiale a partire da Costantino, imperatore dal quale «non si apprezza più l'armonia di un istituto in sé e dei vari istituti fra loro. Si ha l'occhio solo al problema contingente e si va alla ricerca di una contingente soluzione del medesimo, che risponda all'interesse da difendere»²³.

Tale diffusa concezione sulla degenerazione (non solo) della *stipulatio*, (ma anche) del contesto normativo ed applicativo della stessa, è rimasta pressoché incontrastata per lungo tempo. Negli ultimi decenni, però, è stata parzialmente messa in dubbio da alcune isolate voci che hanno tentato di sottolineare i profili di continuità esistenti tra la disciplina dell'istituto fornita dal diritto romano classico e la sua evoluzione tardoimperiale, riconducendo gli elementi di novità al mutato quadro contrattuale piuttosto che ad una degenerazione interna della *stipulatio* stessa.

Un primo timido tentativo di proporre un'interpretazione leggermente difforme degli sviluppi postclassici dell'istituto, sostenendo un ritorno di Giustiniano ai principi del diritto classico in contrapposizione alla fase involutiva della scienza giuridica nell'età postdiocleziana, in realtà, può essere riportato già a Ernst Levy, il quale mantenne ferma la concezione di una fase di «degenerazione» della *stipulatio* nel periodo tardo, ma identificò nelle riforme giustiniane uno slancio «classicista» volto a ristabilire la natura *verbis* del contratto²⁴.

Si deve a Van Oven il merito di aver saputo proporre, ad una dottrina romanistica fortemente ancorata alle idee di Riccobono, una nuova lettura delle principali fonti tardoimperiali in tema di *stipulatio* con un saggio (forse provocatoriamente) intitolato *La stipulation a-t-elle dégénéré?*²⁵. L'attenzione di Van Oven si incentrava in primo luogo sulla costituzione imperiale di Leone del 472 sopra menzionata (e su cui si avrà modo di tornare): sancendo la validità delle *stipulationes* concluse *quibuscumque verbis* non si rese la *stipulatio* stessa un atto informale, non la si parificò affatto al *pactum* né si rinunciò alla forma orale, ma solo alla solennità della pronuncia. E anche la *lex* di Giustiniano del 531, limitando la possibilità di provare la mancata esecuzione delle formalità orali alla sola dimostrazione dell'assenza delle parti nella stessa città, testimonierebbe in realtà che, almeno fino a quel momento, era ammesso ogni

romano, III, Milano, 1981, p. 1779 ss.).

²³) ARCHI, *Indirizzi e problemi*, cit., p. 727.

²⁴) E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956.

²⁵) J.C. VAN OVEN, *La stipulation a-t-elle dégénéré?*, in «T.» XXVI, 1958, p. 409-436.

diverso tipo di prova. Secondo Van Oven le innovazioni giustiniane sarebbero pertanto state effettivamente processuali, in quanto sembrerebbe probabile che nel tardo impero (e non prima) il debitore convenuto in giudizio in forza di un documento stipulatorio eccepisse che l'onere di provare la presenza delle parti incombesse sull'attore nonostante le risultanze della *cantio*.

Nella stessa direzione si sono mossi in tempi più recenti anche altri studiosi. Diósdí²⁶ ha portato avanti una serrata critica sia dell'idea del preteso «classicismo» giustiniano, sia della concezione dominante di un generale decadimento della cultura giuridica sotteso all'evoluzione della *stipulatio*. La continuità con la realtà giuridica del periodo classico emergerebbe, da un lato, considerando come già la giurisprudenza classica avesse mostrato delle aperture verso concezioni relative al documento stipulatorio destinate a trovare ampia diffusione in epoca più tarda e, dall'altro, accreditando una maggiore attendibilità alla riflessione giurisprudenziale del periodo postclassico sulla *stipulatio* orale, senza etichettarla aprioristicamente come nulla più di un tributo deferente a modelli ideali di una realtà ormai definitivamente superata. Ciò che secondo Diósdí si può rimproverare alla dottrina contemporanea è l'elezione di un criterio comparativo decisamente squilibrato, consistente nel raffrontare la giurisprudenza classica con la prassi tardoantica. Una simile impostazione metodologica non può infatti ottenere altro risultato che far emergere la limpidezza dogmatica della prima in antitesi al basso livello qualitativo della seconda. Ponendo però a diretto confronto le opere dei giuristi delle due epoche e le corrispondenti attestazioni della prassi emergono molti più elementi di continuità che di frattura e «degenerazione».

MacCormack²⁷, infine, pubblicò negli anni '80 dello scorso secolo uno studio sulle *Institutiones* teso a dimostrare la sopravvivenza, nel diritto del VI secolo, del carattere orale della *stipulatio*. I riferimenti contenuti nel manuale giustiniano alla nuova forma di *obligatio litteris* alluderebbero al solo documento di mutuo (non seguito da *stipulatio*), una volta divenuta non esperibile la *querela non numeratae pecuniae*.

Nel complessivo panorama degli studi romanistici dedicati all'argomento si è qui voluto dare preliminarmente conto delle opinioni che più incisivamente hanno contribuito ad individuare nella *stipulatio* la massima esemplificazione del livello qualitativo della legislazione, della prassi e dell'opera dei giuristi di età tardoantica, a volte con l'intento di sottolinearne la «degenerazione», altre volte

²⁶) G. DIÓSDÍ, *Giustiniano e la 'stipulatio'*, in «Labeo», XVII, 1971, p. 39-51.

²⁷) G. MACCORMACK, *The Oral and Written Stipulation in the Institutes*, in «Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas» – cur. P.G. Stein, A.D.E. Lewis –, London, 1983, p. 96-108.

per negarne recisamente il decadimento, altre ancora, infine, per distinguere in seno alla magmatica «età postclassica» periodi di maggiore o minore profondità della riflessione giuridica (in diretta corrispondenza di un maggiore o minore attenersi al diritto romano classico da parte della legislazione imperiale tarda). Chi intenda affrontare oggi lo studio della materia rischia pertanto di sentirsi vincolato a pervenire a conclusioni valoriali, aderendo ad uno dei predetti indirizzi o, al più, proponendo nuove chiavi di lettura pur sempre contraddistinte dalla necessità di «prendere posizione» sull'affermato decadimento della cultura giuridica in età pregiustiniana e giustiniana.

Il presente lavoro si propone di indagare la *stipulatio* tardoantica tramite l'esegesi delle fonti normative e i commenti giurisprudenziali dei secoli V-VI pervenuti, soprattutto, per il tramite degli scolii ai Basilici e della Parafrasi di Teofilo, senza l'aspirazione (né, in definitiva, la pretesa) di pervenire, per questa via, ad un giudizio che «condanni o salvi» un'intera epoca della storia giuridica europea.

II.

L'evoluzione tardoantica della stipulatio

2.1. Profili di continuità

Come già accennato, lo sviluppo postclassico della *stipulatio* viene sovente rappresentato, in termini più o meno espliciti, come un fenomeno degenerativo che si potrebbe definire a spirale: il reciproco condizionamento di prassi sociali e produzione normativa imperiale avrebbe determinato un processo, or più rapido or più lento, di transizione del contratto verbale in contratto letterale e quindi di quest'ultimo in clausola documentale che, se mai ebbe valore sostanziale, in breve si ridusse a mera clausola di stile, priva del tutto di qualsivoglia valore giuridico.

L'evoluzione tardoantica della *stipulatio* affonda però le proprie radici in processi già emersi nell'epoca classica, che presentano forti connessioni tra loro, pur non essendo legati da uno stretto nesso eziologico: le aperture mostrate dagli *ius prudentes* in relazione alla forma della *stipulatio*; la diffusione su sempre più larga scala della prassi di accompagnare al contratto la redazione del documento probatorio; l'influenza delle tradizioni giuridiche delle province orientali.

Sul primo versante, è notorio quanto la *forma verbis* possa essere considerata separatamente nelle sue componenti: oralità; immediatezza della risposta; sua congruità rispetto alla domanda. Se l'oralità era carattere essenziale che restò senz'altro immutato almeno per tutta l'età classica, gli altri due aspetti registrarono, invece, indubbe aperture verso interpretazioni elastiche.

Innanzitutto, la necessità che il *promissor* utilizzasse, per aderire alla richiesta dello *stipulator*, lo stesso verbo impiegato nella domanda, trovò importanti eccezioni in espressioni quali '*quidni*' e similari, consentite purché lasciassero constare in maniera inequivoca la volontà di obbligarsi del promittente²⁸. Si

²⁸) Ulpiano in D. 45.1.1.2: '*Si quis ita interroget 'dabis?' responderit 'quid ni?', et is utique in ea causa est, ut obligetur: contra si sine verbis adnuisset, non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuisset: et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fideiussores quidem*'. Appa-

ammise inoltre che le parti adoperassero lingue diverse dal latino²⁹, o addirittura, come attestato da Ulpiano (richiamando Sabino), che *stipulator* e *promissor* utilizzassero due lingue differenti purché riuscissero a comprendersi reciprocamente, eventualmente anche per il tramite di un interprete³⁰.

Anche sotto il profilo dell'*unitas actus* contrattuale alcuni giuristi mostrano una visione di notevole apertura, determinata, anche in questo caso come nel precedente, dalla profonda consapevolezza della strumentalità della forma ai fini della congruenza negoziale³¹.

Sempre in età classica, come detto, cominciò inoltre a diffondersi l'usanza di redigere documenti probatori relativi alla *stipulatio*³². E la giurisprudenza

re pienamente convincente la spiegazione che del fenomeno dà C.A. CANNATA, *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Torino, 2003, p. 65, per cui «questa esigenza [scil. la congruità], in realtà, è indicata come regola formale solo dai manuali moderni di diritto romano; per i Romani stessi essa era un'esigenza della grammatica» determinata dalla circostanza che nella lingua latina una risposta di accettazione veniva sempre formulata riprendendo alla prima persona singolare il verbo della domanda, data l'assenza, per lungo tempo, di avverbi di affermazione e negazione quali «sì» e «no». «Questo aspetto della forma, dipendendo solo dalle strutture della lingua, era destinato a seguirne l'evoluzione, sicché quando l'uso le acquisì segni avverbiali affermativi, anche il regime della *stipulatio* ne prese atto». In senso analogo cfr. anche ID., *Obbligazioni nel diritto romano*, cit., p. 441.

²⁹⁾ Gaio, nelle sue *Institutiones*, contrapponeva la *sponsio*, fonte di obbligazioni '*propria civium Romanorum*', alle *stipulationes* di *ius gentium* che potevano essere concluse anche tramite il ricorso al greco da parte di cittadini romani o del latino da parte di stranieri purché le parti conoscessero la lingua impiegata; Gai., *inst.* 3.93: '*Sed haec quidem verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives Romanos sive peregrinos, valent. et quamvis ad Graecam vocem expressae fuerint, velut hoc modo δώσεις; δώσω ὁμολογεῖς; ὁμολογῶ πίστει κελεύεις; πίστει κελεύω ποιήσεις; ποιήσω, etiam haec tamen inter cives Romanos valent, si modo Graeci sermonis intellectum habeant; et e contrario quamvis Latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent, si modo Latini sermonis intellectum habeant. at illa verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse*'.

³⁰⁾ Cfr. Ulpiano in D. 45.1.1.6: '*eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. Proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Graece, dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est: idem per contrarium. Sed utrum hoc usque ad Graecum sermonem tantum protrahimus an vero et ad alium, poenum forte vel Assyrium vel cuius alterius linguae, dubitari potest. et scriptura Sabini, sed et verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intellegat sive per se sive per verum interpretem*'.

³¹⁾ Cfr., per tutti, Ulpiano in D.45.1.1.1: '*Qui praesens interrogavit, si antequam sibi responderetur discessit, inutilem efficit stipulationem: sin vero praesens interrogavit, mox discessit et reverso responsum est, obligat: intervallum enim medium non vitiait obligationem*'.

³²⁾ Sottolinea V. CRESCENZI, *La rappresentazione dell'evento giuridico. Origini e struttura della funzione dicumentaria*, Roma, 2005, p. 255, come in questo caso la funzione del documento «non è la rappresentazione dell'azione negoziale – la *stipulatio* – che, del resto, nella sua consistenza astratta, è priva di contenuti, salvo quelli che le derivano dalla pronuncia

dovette prendere atto di tale tendenza, cercando di dare una esauriente qualificazione giuridica del fenomeno. Ciò non comportò in alcun modo che i requisiti formali del contratto venissero ridefiniti, ma, al contrario, si rese necessario un esame delle risultanze documentali più frequenti al fine di trarre utili indicazioni per la valutazione probatoria della *cantio*.

Ne possiamo trovare emblematica esemplificazione in un frammento del commentario *ad Sabinum* di Ulpiano riportato in D. 45.1.30, ove si afferma che, se in un documento si attesta di aver compiuto una *fideiussio*, si deve presumere che ciò sia stato fatto *sollemniter*³³ e in un responso di Paolo (D. 45.1.134.2) in cui si precisa che, se in un documento il debitore dichiara di aver promesso, si deve presumere la precedente domanda del creditore³⁴.

Nessun dubbio può comunque sussistere che una simile prassi non comportò alcuna modificazione della natura *verbis* del contratto, eppure se ne può ricavare un dato di sicuro interesse: se è vero che la struttura formale del negozio venne in origine costruita intorno alla solennità orale perché in essa la comunità romana arcaica e preclassica vedeva il mezzo più affidabile per la conclusione degli affari di maggior rilievo, indiscutibilmente l'evoluzione, iniziata già in età repubblicana, verso la redazione del documento probatorio dimostra come nella percezione sociale l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici cominciasse a trovare maggior soddisfazione in altri strumenti, primo fra tutti il documento stesso.

Fenomeno che presenta elementi di connessione, ma che va comunque tenuto distinto dall'*instrumentum* probatorio, è quello riguardante il documento di rinvio. Si tratta della prassi, già ampiamente attestata per l'età classica, di redigere un documento di puntuazione normativa di un rapporto giuridico, cui si faceva accedere una *stipulatio* o, più spesso, una pluralità di *stipulationes* reciproche, con cui una o più parti si impegnavano a rispettare quanto indicato nello scritto. In tal modo, il documento non diveniva certo elemento costitutivo della *stipulatio*, ma solo referente logico per la concreta determinazione delle obbligazioni assunte. Non si trattava, pertanto, di un elemento formale del contratto, ma di un mezzo di conoscenza della prestazione che ne costituiva oggetto. Ne abbiamo un chiaro esempio in un brano tratto dal terzo libro *epitomarum Alfeni digestorum* di Paolo, conservato in D. 17.2.71.pr.:

delle parole solenni; bensì è la rappresentazione, ad ogni buon fine, della composizione del conflitto d'interessi sottostante».

³³) Principio poi ripreso da Giustiniano in *inst.* 3.20.8.

³⁴) In senso analogo si veda anche *Paul. Sent.* 5.7.2 e C.I. 8.37.1 (di Severo e Antonino, dell'anno 200 d.C.); principio, anche questo, ripreso dalle *Istituzioni* giustinianee (3.19.17).

Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: 'haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? Si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?' Quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset. Respondit, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent 'haec ita dari fieri spondes?', futurum fuisse, ut, <si novationis causa id fecissent>³⁵, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. Sed quoniam non ita essent stipulati 'ea ita dari fieri spondes?' sed 'si ea ita facta non essent, decem dari?' non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse.

Nel caso in questione, assume particolare rilievo la *conceptio verborum* adoperata per effettuare il rinvio al documento. L'attenzione del giurista è incentrata sull'esperibilità dell'*actio pro socio* nonostante la conclusione della *stipulatio* (il dubbio, quindi, riguardava la possibilità che l'obbligazione *verbis* avesse efficacia novatoria, e quindi estintiva della precedente obbligazione *consensu*). Si avrà modo di tornare sulle implicazioni di tale problematica e sulla sua interpretazione bizantina³⁶; per ora ci limitiamo ad osservare come non fosse in alcun modo in discussione l'irrilevanza del documento ai fini della valida costituzione della *stipulatio*. All'opposto, l'interrogativo concerne i *verba stipulationis*, i soli cui fare riferimento per determinare l'obbligazione sussistente, a prescindere dalla necessità di fare riferimento all'*instrumentum* per la specificazione del suo contenuto³⁷.

La diffusione del documento nella società romana va infine messa in relazione con la tensione tra i precetti del diritto romano e le consuetudini giuridiche delle province orientali – ove erano consolidati l'esistenza e l'uso del documento non solo probatorio, ma anche costitutivo dell'obbligazione –, tensione che cominciò ad emergere già in età classica.

Solo in seguito all'estensione della cittadinanza romana a tutti gli abitanti liberi dell'impero (avvenuta con la cd. *constitutio Antoniniana* del 212 d.C.), tutta-

³⁵ Si utilizzano, qui come altrove per le citazioni dal Digesto, i segni diacritici utilizzati dall'edizione di Mommsen e Krüger, per quanto non pienamente conformi a quelli generalmente correnti nella prassi filologica. In particolare, i segni <> indicano un passo ritenuto interpolato.

³⁶ Cfr. *infra*, § 3.5.

³⁷ In senso analogo anche D. 45.1.140.pr., dal terzo libro *ad Neratium* dello stesso Paolo: '*Pluribus rebus praepositis, ita stipulatio facta est: 'ea omnia, quae supra scripta sunt, dari?' propius est, ut tot stipulationes, quot res sint*'.

via, ne emerse appieno la problematicità, allorché si rese necessario armonizzare i precetti del diritto romano con le consuetudini giuridiche provinciali³⁸.

E proprio nell'ambito che qui interessa, ossia l'inquadramento dogmatico della forma contrattuale ed il conseguente rapporto tra *stipulatio* ed *instrumentum*, tale tensione (e correlato tentativo di conciliazione) tra diritto romano e consuetudini provinciali mostra particolare vivacità.

Nel mondo ellenistico la pratica giuridica cercava preferibilmente soddisfazione, per le esigenze tutelate nel mondo romano con il ricorso alla *stipulatio*, in istituti quali la singrafe ed il chirografo, caratterizzati dalla possibilità di essere inquadriati, secondo la dogmatica delle fonti delle obbligazioni propria della *iuris prudentia*, tra i contratti letterali³⁹. E' quanto effettuato da Gaio nelle sue *Institutiones*, allorché affermava:

Gai., *inst.* 3.134: Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat: ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est.

Del discorso gaiano vanno senz'altro posti in evidenza la precisazione che si tratta di istituti estranei al diritto romano (*Quod genus obligationis proprium peregrinorum est*), nonché l'alternativa che il giurista sabiniano pone tra tali strumenti e la *stipulatio* romana (*id est si quis debere se aut daturum se scribat: ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat*). Nella concezione gaiana, in assenza di *stipulatio* si poteva parlare di singrafi e chirografi e, quindi, contratti letterali per i pere-

³⁸) Per una panoramica degli studi relativi al rapporto tra diritto romano e prassi provinciali ed una esposizione delle principali manifestazioni del fenomeno in commento, si rimanda, per tutti, a J. MODRZEJEWSKI, *Diritto romano e diritti locali*, in «Storia di Roma», III.2 «L'età tardoantica. I luoghi e le culture», Torino, 1993, p. 985 ss., che, in disaccordo con L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891 (secondo cui si sarebbe verificato, in seguito all'emanazione della *constitutio Antoniniana*, un vero e proprio «scontro» tra «Reichsrecht» e «Volksrecht» che avrebbe addirittura portato a considerare illegittimo il secondo), sostiene che il diritto locale sarebbe divenuto sussidiario, con riserva di priorità per lo *ius civile*, sottolineando lo «sforzo di conciliazione» tra gli stessi (p. 1000).

³⁹) Per un inquadramento della nozione di singrafe nel diritto greco, con le correlate problematiche relative al valore del documento (probatorio, costitutivo, dispositivo), alle clausole di più frequente ricorrenza nonché alla fruizione dell'istituto greco da parte di cittadini romani, cfr. M. BIANCHINI, *Cicerone e le singrafi*, in «BIDR.» LXXIII, 1970, p. 229 ss., specie p. 233-240, EAD., *Syngrapha. Diritto greco e romano*, in «NNDI.», XVIII, Torino, 1971, p. 1009 ss., G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*, Torino, 1970, p. 384, ID., *«Syngraphae», «stipulatio» e «ius gentium»*, in «Labeo» XVII, 1971, p. 7-15 (ora in ID., *Scritti storico giuridici*, III, Torino, 2001, p. 748-756), e CIMMA, *De non numerata pecunia*, cit., p. 12 ss. Qualche indicazione già in E. COSTA, *Cicerone giureconsulto* 1, Bologna, 1927, p. 163 (cfr. anche *ivi*, nt. 5).

grini, ma documenti che per il diritto romano si potevano al massimo ritenere probatori purché sussistesse un'effettiva causa di debito.

Tuttavia simili documenti rivestivano, nella realtà giuridica ed economica delle province orientali, una centralità tale da non rendere possibile un loro abbandono in supina adesione alle prescrizioni del diritto romano. La prassi locale non poteva rinunciare al documento obbligatorio, e se il nuovo diritto individuava nella *stipulatio* la fonte dell'obbligazione (*«si eo nomine stipulatio non fiat»*), alla *stipulatio* si sarebbe fatto ricorso per continuare a garantirne la tutela in giudizio.

Il tentativo di armonizzare le consuetudini giuridiche dei neo-cittadini romani con le formalità richieste dall'ordinamento di cui venivano a fare parte trova massima espressione nella nota clausola *καὶ ἐπερωτηθεὶς ὁμολόγησα*. È facile ritenere che, tramite la sua apposizione, i provinciali mirassero ad ottenere lo stesso effetto pratico fino ad allora ottenuto tramite il ricorso a singrafi e chirografi⁴⁰, e tale convinzione dovette diffondersi fino al punto di rendere la clausola di così largo impiego, da apporla, del tutto a sproposito, anche a documenti non contrattuali e, in particolare, in calce a testamenti⁴¹.

Tuttavia la cancelleria imperiale mostrò senz'altro, almeno fino all'età diocleziana, un costante atteggiamento di rifiuto delle prassi locali, ribadendo la necessità del rispetto delle forme verbali ai fini della valida conclusione della *stipulatio*⁴², e frustrando pertanto le aspettative di vittoria in giudizio di quei provinciali che avessero fatto ricorso alla «nuda» clausola stipulatoria, non sorretta dal corretto compimento formale del contratto.

2.2. La Leoniana constitutio del 472

Secondo la dottrina largamente maggioritaria, dopo il regno di Diocleziano sarebbe iniziato un periodo, durato circa un secolo e mezzo, in cui si diffuse sempre più l'utilizzo della clausola stipulatoria a fronte del disinteresse della cancelleria imperiale nei confronti del fenomeno.

⁴⁰ Cfr., in particolare, lo studio di D. SIMON specificamente dedicato all'argomento: *Studien zur Praxis der Stipulationsklausel*, München, 1964, e le recensioni allo stesso di M. AMELOTTI in «Iura», XVI, 1965, p. 236-244 (ora anche in ID., *Scritti giuridici*, Torino, 1996, p. 1013-1020), P. FREZZA in «BIDR», LXVIII, 1965, p. 354-363 (ora anche in ID., *Scritti*, II, Roma, 2000, p. 529-538), e di F.M. DE ROBERTIS in «SDHI», XXXII, 1966, p. 384-390.

⁴¹ Si veda SIMON, *Stipulationsklausel*, cit., p. 58 ss.

⁴² Cfr., ad esempio, C.I. 4.2.5 (del 293), C.I. 4.2.6 (del 293), C.I. 4.2.14 (del 293), C.I. 8.42.13 (del 293) e C.I. 4.29.17 (del 294).

In effetti, i titoli del *Codex* giustiniano riguardanti più direttamente la *stipulatio* (mi riferisco, in particolare, nel libro VIII, ai titoli 37, ‘*de contrabenda et committenda stipulatione*’, 38, ‘*de inutilibus stipulationibus*’, 39, ‘*de duobus reis stipulandi et duobus reis promittendi*’, 40, ‘*de fideiussoribus et mandatoribus*’, 41, ‘*de novationibus et delegationibus*’, 42, ‘*de solutionibus et liberationibus*’ e 43, ‘*de acceptilationibus*’) non contengono alcuna costituzione imperiale emanata nel periodo intercorrente tra la fine dell’impero di Diocleziano e quello di Leone. Non solo: di quest’ultimo è conservata la sola C.I. 4.37.10 del 472 (su cui si tornerà tra breve) relativa alla validità delle *stipulationes* perfezionate ‘*quibuscumque verbis*’; dopodiché parrebbe che l’unico imperatore tornato ad occuparsi *ex professo* della materia stipulatoria sia stato lo stesso Giustiniano.

Oltre a ciò, già il Codice Teodosiano, come fatto rilevare da Honoré⁴³, riporta solamente cinque costituzioni imperiali in cui sia menzionata la *stipulatio* (C.Th. 3.5.8 del 363, C.Th. 4.19.1 del 380, C.Th. 2.9.2 del 381, su cui si avrà modo di tornare a breve, C.Th. 2.33.3 del 397 e C.Th. 3.13.4 del 428), nessuna peraltro specificamente destinata a disciplinare direttamente il nostro istituto.

Tutto ciò, in effetti, sembrerebbe legittimare l’idea di una «degenerazione» della *stipulatio* tardoantica, ridotta ormai, come detto, a divenire nulla più che una mera clausola di stile, apposta in calce ad una variegata pluralità di documenti negoziali, indipendentemente dal contenuto degli stessi.

Per verificare se effettivamente ciò sia corretto, credo sia opportuno analizzare in primo luogo le costituzioni richiamate, allargando poi l’indagine alle (indicativamente) coeve fonti giurisprudenziali e della prassi.

La costituzione imperiale di Leone (C.I. 8.37.10 del 472) così disponeva:

Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae suam habent firmitatem.

La teoria che sostiene la degenerazione tardoantica della *stipulatio* da contratto verbale in contratto letterale incentra le proprie argomentazioni, per lo più, proprio sulla *lex* in oggetto. Il tenore testuale del provvedimento, infatti, parrebbe svilire i *verba* ad un ruolo ancillare rispetto alla *compositio*, termine in cui potrebbe ravvisarsi un riferimento precipuo alla redazione documentale⁴⁴. La cancelleria di Leone, in sostanza, avrebbe dato per scontata la circo-

⁴³) T. HONORÉ, *Law in the Crisis of Empire (379-455 AD). The Theodosian Dynasty and its Quaestors*, Oxford, 1998, p. 43 ss.

⁴⁴) Per cui cfr. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht*, cit., p. 39, A. WINKLER, *Gaius III, 92 anlässlich der These von B. Nicholas: nur die hier genannten Stipulationsformen seien bis zum Jahre*

stanza che la *stipulatio* dovesse ormai considerarsi e disciplinarsi nei suoi risvolti documentali, in quanto inscindibile, logicamente ancor più che giuridicamente, dal documento stesso. In tale prospettiva, la costituzione ammetterebbe implicitamente (e, anzi, presupporrebbe) la natura costitutiva dell'*instrumentum*, che si verrebbe ad identificare con il contratto stesso.

Detto che la letteralità del contratto viene spesso intesa come mero presupposto, e non conseguenza, della costituzione in oggetto, resta ancora da indagarne il contenuto dispositivo.

Dei diversi elementi che componevano la forma stipulatoria classica, la costituzione abrogò senza dubbio quello relativo alla congruenza verbale. Risulta più difficile dire, dal solo testo della *lex*, se oltre ad esso anche altri requisiti vennero in qualche misura attenuati o, addirittura, del tutto eliminati. In particolare, si potrebbe ipotizzare che i due aggettivi ricorrenti nell'espressione '*sollemnia vel directa verba*' facciano riferimento non solo all'uso dello stesso verbo ma anche, più in generale, alla stessa struttura caratterizzata da domanda dello *stipulator* e risposta del *promissor*.

Ci si può quindi chiedere se in seguito alla *Leoniana constitutio* divenne ammissibile una *stipulatio* in cui, per ipotesi, fosse stato il debitore a sollecitare il creditore, il quale null'altro avesse fatto che aderire alla proposta contrattuale.

Se ciò fosse vero, bisognerebbe riconoscere alla *lex* una portata molto più dirimente di quanto invece accadrebbe se la riforma avesse riguardato il solo aspetto della congruità tra domanda e risposta. Mentre quest'ultimo elemento, infatti, rappresentava, come detto, un elemento funzionale della *stipulatio*, rispondente ad esigenze pratiche più che giuridiche⁴⁵, lo stravolgimento dello schema strutturale della domanda dello *stipulans* e dell'adesione del *promissor* avrebbe fatto venir meno la stessa connotazione della *stipulatio* quale contratto per adesione.

Le ricadute giuridiche di una simile evenienza sono facilmente intuibili, e coinvolgerebbero in massima misura la tematica dell'interpretazione contrattuale, dacché il principio cardine dell'*interpretatio contra stipulatorem* non avrebbe più avuto alcuna ragion d'essere in un sistema in cui la predisposizione del contenuto negoziale non fosse più stata rimessa interamente al futuro creditore.

Per meglio comprendere la portata della riforma di Leone, credo sia impre-

472 *zugelassen gewesen*, in «RIDA», 3° s., V, 1958, p. 628 ss., R. FEENSTRA, *L'«epistula» comme preuve d'une stipulation*, in «Scritti E. Betti», II, Milano, 1962, p. 429 s., e A.S. SCARCELLA, *La legislazione di Leone I*, Milano, 1997, p. 213-218.

⁴⁵ Si veda quanto precisato *supra*, nt. 28, con particolare riferimento alle precisazioni di Cannata.

scindibile prendere le mosse dalla più risalente interpretazione a noi nota: quella dei compilatori giustinianeî. In *Iust. inst.* 3.15.1 veniva illustrata come segue:

In hac re olim talia verba tradita fuerunt: spondes? spondeo, promittis? promitto, fidepromittis? fidepromitto, fideiubes? fideiubeo, dabis? dabo, facies? faciam. utrum autem Latina an Graeca vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicetsi uterque stipulantium intellectum huius linguae habeat: nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogatum respondere: quin etiam duo Graeci Latina lingua obligationem contrahere possunt. sed haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leoniana constitutio lata est, quae sollemnitate verborum sublata sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est.

Come è stato fatto notare da MacCormack⁴⁶, il passo deve essere suddiviso in tre parti, in funzione dei diversi tempi verbali⁴⁷. Nella prima, che va da in *'hac re'* fino a *'faciam'* il passato lascia trasparire come l'estensore abbia qui inteso dare conto di nozioni storiche, riportando un regime non più in vigore.

La stessa considerazione non può però essere fatta per la seconda parte del paragrafo (che va da *'utrum'* a *'possunt'*): qui troviamo un'esposizione puntuale di diritto vigente. L'intenzione è ora quella di istruire la *cupida legum inventus* sul regime stipulatorio da rispettare ai fini della valida conclusione del contratto: riprendendo quanto già contenuto nelle *Istituzioni* gaiane, si dichiara che non è necessario che la lingua impiegata dalle parti sia la stessa, purché il consenso si formi senza errori e la *voluntas* abbia modo di trovare adeguata manifestazione. L'unico vero requisito ancora richiesto è il *'congruenter ad interrogatum respondere'*.

Nella terza parte (da *'sed haec'* a *'expressus est'*), infine, si dà più specificamente conto della riforma leoniana, in seguito alla quale divenne centrale il rilievo dell'accordo delle parti (*'sensem et consonantem intellectum ab utraque parte'*), indipendentemente dai *verba* adoperati per il perfezionamento del contratto.

Sembra pertanto condivisibile la conclusione formulata da MacCormack, secondo cui «the law of Justinian still understood a stipulation to be formed by the oral exchange of question and answer»⁴⁸, anche all'esito della

⁴⁶) MACCORMACK, *Oral and Written Stipulation*, cit., p. 97 ss.

⁴⁷) Va segnalato che non si ritrova la stessa scansione dei tempi verbali nel passo corrispondente della *Parafraresi* teofilina, in cui, in realtà, si registrano delle difformità che non appaiono, nel complesso, particolarmente significative.

⁴⁸) MACCORMACK, *Oral and Written Stipulation*, cit., p. 99. *Contra*, ARCHI, *Indirizzi e problemi*, cit., p. 710, e G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, p. 405 e nt. 96. Sembra assumere una posizione dubitativa VAN OVEN, *La*

riforma del 472.

Può tuttavia permanere il dubbio che l'esposizione giustiniana non sia in realtà conforme alle effettive intenzioni della cancelleria leoniana. Sul punto, come ovvio, non possono che avanzarsi ipotesi e congetture, in mancanza di maggiori indicazioni nella *lex* stessa o in fonti comunque coeve o pressoché tali.

La principale questione che resta aperta, e che non può dirsi del tutto risolta nemmeno dalla lettura giustiniana del provvedimento, riguarda la possibilità che a ciascuno degli aggettivi '*sollemnia*' e '*directa*' vada attribuito un diverso e specifico significato tecnico.

Le *Institutiones* imperiali parrebbero suggerire che la *sollemnitatis* vada riferita all'impiego di talune forme verbali in particolare. Ciò non significa, a mio avviso, che prima della riforma leoniana una valida *stipulatio* potesse concludersi solo tramite l'uso di uno dei verbi riportati da Giustiniano, come suggerito da Nicholas⁴⁹, secondo cui l'elencazione presente già in Gai., *inst.* 3.92 e ripresa nel passo in esame delle Istituzioni giustiniane sarebbe stata tassativa. Si potrebbe però ipotizzare che la *lex* abbia inteso attenuare le implicazioni tecniche di alcuni particolari verbi. Basti pensare alle specifiche accezioni di '*spondere*', '*fideiubere*', '*fidepromittere*', '*dare*'. Se così fosse, la costituzione avrebbe sancito la necessità di verificare l'effettiva volontà delle parti, a prescindere dalla forma verbale adoperata, per comprendere l'esatto contenuto dell'obbligazione in situazioni in cui, ad esempio, fosse stato impropriamente utilizzato il verbo '*dare*' per una promessa non riguardante, nell'intenzione dei contraenti, l'obbligo di trasferire la proprietà, ma l'immissione nel possesso, oppure l'assunzione di un obbligo di garanzia non contratto con l'impiego dei verbi '*fideiubere*' o '*fidepromittere*'. Se ne potrebbe scorgere conferma nella specificazione '*legibus cognitae*' che compare nella costituzione imperiale, quasi la stessa facesse riferimento a specifiche applicazioni tipiche della struttura *verbis*, quali la *fideiusio*, la *fidepromissio*, la *acceptilatio* o la *stipulatio Aquiliana*.

Tale ipotesi presenta criticità che non possono sottacersi. La sopra richiamata elencazione gaiana e giustiniana dei verbi tipici della *stipulatio* comprendeva infatti anche '*promittere*' e '*facere*', in cui è difficile ravvisare un livello di tecnicismo tale da ingenerare problemi ermeneutici di specifica rilevanza nel nostro ambito. Oltre a ciò, se davvero la costituzione di Leone con l'aggettivo '*sollemnia*' avesse inteso risolvere simili questioni interpretative, il

stipulation a-t-elle dégénéré?, cit., p. 415 ss.

⁴⁹) B. NICHOLAS, *The Form of the Stipulation in Roman Law*, in «The Law Quarterly Review», LXIX, 1953, p. 77 ss. Una simile opinione è stata generalmente rifiutata dalla dottrina seguente; cfr., per tutti, WINKLER, *Gaius III*, cit., p. 603 ss.

suo rilievo non avrebbe avuto necessità di essere limitato alla sola materia stipulatoria, ma avrebbe potuto trovare generale applicazione nell'intero sistema negoziale.

Un elemento a favore dell'ipotesi indicata potrebbe invece rinvenirsi nel confronto tra l'esposizione gaiana e quella delle Istituzioni imperiali della disciplina delle stipulazioni di garanzia, laddove il testo tardoantico sembrerebbe presupporre e testimoniare il mutamento dogmatico intervenuto a seguito della *lex* di Leone.

Il manuale classico, infatti, delineava nettamente la differenza tra le figure di *sponsor*, *fidepromissor* e *fideiussor*, ricostruendo espressamente la specifica formulazione verbale che avrebbe dato origine ad ogni singola figura di garante, ed effettuando quindi un rinvio ad altra sede per comprendere come definire (e, quindi, quale veste giuridica riconoscere a) promesse *verbis* effettuate con espressioni quali '*idem dabis?*', '*idem promittis?*', '*idem facies?*'⁵⁰

Nel manuale giustiniano non solo scompare ogni elencazione tassativa delle diverse *conceptiones verborum*, ma anche la distinzione stessa tra le diverse figure di garanti, ormai tutte racchiuse nella tipologia unitaria di *fideiussor*. L'unico riferimento alla struttura verbale abituale della stipulazione di garanzia è presente soltanto allorché si tratta di illustrare le modalità di assunzione dell'obbligazione tramite l'impiego della lingua greca, ma anche in questo caso si ribadisce chiaramente che verbi che possono considerarsi sinonimi sono ugualmente validi ai fini della conclusione del contratto⁵¹.

Gli estensori delle Istituzioni giustiniane sembrano infine voler rimarcare ulteriormente la distanza rispetto al passato formalismo allorché chiudono la trattazione relativa ai fideiussori ribadendo che, a fronte di risultanze documentali ove si attesti avvenuta una stipulazione di garanzia, si deve presumere che la stessa sia stata conclusa *sollemniter*⁵². La stessa *sollemnitatis* abrogata da Leone verrebbe ora presunta da Giustiniano, salvo voler riconnettere un diverso significato allo stesso referente: non più parole tipiche, ma un più generale concetto di conformità ai requisiti formali dell'istituto, tali da renderlo valido per il diritto.

Volendo proseguire nell'attribuire specifica valenza tecnica agli aggettivi

⁵⁰) Gai., *inst.* 3.116: '*Sponsor ita interrogatur 'idem dari spondes?' fidepromissor ita 'idem fidepromittis?' fideiussor ita 'idem fide tua esse iubes?' videbimus autem, quo nomine possint proprie appellari, qui ita interrogantur 'idem dabis?' 'idem promittis?' 'idem facies?'*'.

⁵¹) *Iust. inst.* 3.20.7: '*Græce fideiussor plerumque ita accipitur: τῆ ἐμῆ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω sive βούλομαι: sed et si φημί dixerit, pro eo erit, ac si dixerit λέγω*'.

⁵²) *Iust. inst.* 3.20.8: '*In stipulationibus fideiussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ut, quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum: ideoque constat, si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia sollemniter acta*'.

che compaiono nella *lex*, col termine ‘*directa*’ potrebbe verosimilmente essere stata soppressa la necessità che *stipulans* e *promissor* impiegassero lo stesso verbo e, forse, la stretta *unitas actus* che doveva, secondo il regime classico, caratterizzare lo schema dialogico. Meno probabile, invece, che con tale semplice parola sia stata del tutto abolita la necessità stessa che alla domanda di una parte dovesse seguire l’adesione dell’altra, a meno che non si voglia ritenere che tale requisito, abolito da Leone, sia stato implicitamente reintrodotta da Giustiniano. Il passo istituzionale sopra esaminato, infatti, menziona tale requisito come ancora vigente (‘*sed sufficit congruenter ad interrogatum respondere*’). Né credo si possa sostenere che a seguito della *lex* leoniana sarebbe divenuta ammissibile una *stipulatio* in cui la domanda fosse rivolta dal *promissor* allo *stipulans*. In tal caso, infatti, saremmo dinnanzi a una riforma così profonda e radicale che probabilmente avrebbe lasciato maggior traccia nelle fonti successive. Per quanto mi risulta, ben pochi frammenti riportati quali scoli ai Basilici⁵³ lascerebbero intendere, non senza un po’ di immaginazione, una simile struttura formale. Il più indicativo in tal senso è forse lo scolio n. 6 dell’edizione Scheltema a *Bas.* 11.1.10.

Il passo commenta D. 2.14.10⁵⁴, frammento di Ulpiano in cui, tra l’altro, si analizza la situazione del creditore che abbia convenuto con patto

⁵³) Nel presente lavoro si utilizzerà il termine «scolio» per indicare, genericamente, le annotazioni al testo normativo dei *Basilici*. Il termine pertanto, secondo l’uso corrente, verrà adoperato tanto per i frammenti risalenti ai secoli VI-VII (e quindi, tecnicamente, scoli in senso improprio) quanto in riferimento alle annotazioni recenziori, operate direttamente sul testo dei Basilici. Per la differenza tra le diverse tipologie di *scholia* cfr. H.J. SCHELTEMA, *Über die angebliche Anonymuskatene*, in «T.», XXV, 1957, p. 284 ss. (ora in ID., *Opera minora ad iuris historiam pertinentia*, Groningen, 2004, p. 403-428), ID., *Über die Scholienapparate der Basiliken*, in «Mnemosynon P. Bizoukidès», Thessalonique, 1960, p. 139-145 (ora in ID., *Opera minora*, cit., p. 359-364), F. PRINGSHEIM, *Über die Basiliken-Scholien*, in «ZSS», LXXX, 1963, p. 287-341, N. VAN DER WAL, *Der Basilikentext und die griechischen Kommentare des 6. Jahrhunderts*, in «Synteleia V. Arangio-Ruiz», Napoli, 1964, p. 1158-1165, N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris graeco-romani delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen, 1985, p. 81-86, B.H. STOLTE, *Legal Practice in Justinian’s Time: the Scholia on the Basilica*, in *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l’antiquité*, Soveria Mannelli, 1999, p. 525-535, e J.H.A. LOKIN, *Reading Basilica cum Scholiis: 11.2.4 and 5*, in *Règle et pratique du droit*, cit., p. 397-406, cui peraltro si rimanda anche per il rilievo dell’argomento affrontato, affine all’oggetto del presente lavoro. In particolare, l’autore dimostra, relativamente alla *stipulatio Aquiliana* ed all’*acceptilatio*, come l’esegesi contenuta nell’*index* di Stefano di due frammenti del Digesto (D. 2.15.4 e 5) presuma la persistenza di tali istituti, la loro diffusione nella prassi, nonché alcune peculiarità formali della *conceptio verborum*.

⁵⁴) D. 2.14.10: ‘*Sed si fraudandi causa pactum factum dicatur, nihil praeter adicit: sed eleganter Labeo ait hoc aut iniquum esse, aut supervacuum. Iniquum, si quod semel remisit creditor debitori suo bona fide, iterum hoc conetur destrueri: supervacuum, si deceptus hoc fecerit, inest enim dolo et fraus*’.

una remissione del debito e promesso con *stipulatio* una penale per il caso che agisca in senso contrario al patto stesso.

Ciò che in questa sede rileva è l'interpretazione tarda che troviamo nello scolio, ove viene esemplificata la possibile *conceptio verborum* della *stipulatio* in oggetto:

(...) οὔτε γὰρ εἶπεν· ὁμολογῶ μὴ ἀπαιτεῖν σε τὸ χρέος, ἀλλ' ὁμολογῶ διδόναι ῥητήν ποιήν, εἰ κινήσω κατὰ σοῦ⁵⁵

E' di immediata evidenza come la struttura lascerebbe trasparire una *stipulatio* il cui contenuto sarebbe stato predisposto dal *promissor* ed in cui lo *stipulator* altro non avrebbe fatto che acquisire il credito accettando la proposta del debitore. Tuttavia, da un lato si tratta di un esempio troppo isolato per avere una effettiva capacità indicativa, dall'altro la formulazione testuale potrebbe comunque ritenersi compatibile con una precedente domanda dello *stipulator*⁵⁶.

In definitiva, non sembra ci si possa spingere oltre nelle congetture sulla effettiva capacità innovativa della *lex* di Leone, che ebbe probabilmente un carattere molto meno dirimente di quanto larga parte della dottrina contemporanea tenda ad attribuirle.

Per indagare gli sviluppi, formali e sostanziali, della *stipulatio* tardoantica occorre pertanto rivolgere l'attenzione alle riforme giustiniane, onde comprendere se per il loro tramite si sia effettivamente arrivati alla sua «degenerazione» in contratto letterale (o, addirittura, a mera clausola documentale).

2.3. La disciplina giustiniana

2.3.1. *Le stipulationes servili*. Il nostro esame della disciplina giustiniana non può prendere le mosse che da C.I. 8.37.14 del 1° novembre 531.

Idem A. Iohanni pp. Optimam quaestionem et frequenter in iudiciis versatam satis humanum est saltem in praesenti dirimere, ne diutius nostram rem publicam molestare concedatur. In multis etenim contractibus et maxime in feneratoriis cautionibus solitum est adscribi, stipulationes per certos servos celebrari. Sed quidam indevotione tenti ex hoc materiam altercationis acceperunt:

⁵⁵) Traduzione Heimbach: «Nec enim dixit: spondeo, me a te debitum non peturum, sed: spondeo me certam poenam daturum, si adversus te egerim».

⁵⁶) E' degno di nota osservare come il passo faccia comunque riferimento ad una *stipulatio* orale e non letterale, come emerge dall'utilizzo della forma verbale εἶπεv.

et alii quidem non esse servum adhibitum contendebant, alii vero non eius esse servum, ad quem pertinere scriptura protestabatur: et si non per servum, sed inter praesentes celebratam esse rem fuerit scriptum, et hoc iterum dubitabatur, debere ostendi partes esse praesentes. 1 Cum itaque satis utile est in contractibus et servos adhiberi et praesentes esse personas adscribi, forte propter personas dignitate excelsas vel mulieres, quas naturalis pudor non omnibus perperam sese manifestare concedit, sancimus tales scripturas omnifariam esse credendas et, sive adscriptus fuerit servus et ad quamdam personam dicitur pertinere, credi omnimodo et servum adesse et fecisse stipulationem et eam esse scripto domino adquisitam et non dubitari, si servus ipse praesto fuerit vel eius domini fuit is, pro quo scriptus est fecisse stipulationem. 2 Et si inter praesentes partes res acta esse dicitur, et hoc esse credendum, si tamen in eadem civitate utraque persona in eo die commanet, in quo huiusmodi instrumentum scriptum est, nisi is, qui dicit sese vel adversarium abesse, liquidis ac manifestissimis probationibus et melius quidem, si per scripturam, sed saltem per testes undique idoneos et omni exceptione maiores ostenderit sese vel adversarium suum eo die civitate afuisse: sed huiusmodi scripturas propter utilitatem contrahentium esse credendas.

Come anticipato, la costituzione imperiale in esame è stata oggetto delle più disparate interpretazioni: vi si è potuto scorgere tanto la riprova del definitivo superamento della *forma verbis* della *stipulatio* tramite sua trasformazione in contratto letterale, quanto, al contrario, un chiaro indizio del classicismo di Giustiniano, intenzionato a ribadire la struttura classica del contratto nel momento stesso in cui dettava disposizioni in merito alla corretta valutazione in giudizio del documento stipulatorio⁵⁷.

C.I. 8.37.14 ha ad oggetto due fattispecie documentali connesse ma distinte: la celebrazione di una *stipulatio* tramite servi e la menzione nell'*instrumentum* della contestuale presenza delle parti alla conclusione del contratto.

A proposito della prima questione, Giustiniano dispose che i documenti in cui si attestasse il perfezionamento di una *stipulatio* mediante schiavi facessero piena prova dello *status* personale dello stesso, della sua partecipazione all'atto e della sua appartenenza al *dominus* indicato nell'*instrumentum*.

Per quanto invece attiene alla contestuale presenza delle parti nel luogo e nel giorno di confezione del documento, la costituzione introdusse la presunzione di veridicità della dichiarazione, superabile solo tramite la dimostrazione che per l'intera giornata una delle parti non fu presente nella *civitas*, da

⁵⁷ Si veda, per i due indirizzi indicati nel testo, quanto riportato nelle premesse. Più in generale, a proposito della questione relativa all'antitesi tra «Giustiniano uomo del suo tempo» e «classicismo di Giustiniano», cfr. G. G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, p. 119-179.

fornirsi *'liquidis ac manifestissimis probationibus et melius quidem, si per scripturam, sed saltem per testes undique idoneos et omni exceptione maiores'*.

Martini, riprendendo una tesi già sostenuta da Fritz⁵⁸ e Pringsheim⁵⁹, ritiene che C.I. 8.37.14 costituisca la «fusione» di due diversi provvedimenti dello stesso Giustiniano⁶⁰. Se Fritz e Pringsheim adducevano a sostegno di tale ipotesi solo ragioni formali (comunque significative), Martini aggiunge una riflessione di carattere sostanziale che appare convincente.

Concentrando l'attenzione sul periodo *'cum itaque [...] omnifariam esse credendas'* rileva come le parole *'et praesentes esse personas adscribi'* possano essere state inserite successivamente nell'impianto del testo relativo alle sole *stipulationes* concluse per il tramite di schiavi. La motivazione di tale ipotesi addotta da Martini è che «si può infatti benissimo ammettere che il legislatore prendesse atto della *utilitas* rappresentata dalla possibilità di avvalersi dei servi (*Cum itaque satis utile est in contractibus et servos adhiberi*) per delle persone *dignitate excelsae* o delle matrone, alle quali la naturale riservatezza non avrebbe permesso di farsi vedere da tutti per una ragione vana (*mulieres quas naturalis pudor non omnibus perperam sese manifestare concedit*). Ma affermare che sempre per queste persone sarebbe stato utile venir date come presenti al contratto, anche quando non lo fossero (come appunto discende dall'inserimento nel contesto della frase già ricordata *et praesentes esse personas adscribi*), avrebbe implicato una buona dose di cinismo che, nonostante tutto, non riterrei si possa attribuire a Giustiniano»⁶¹. Al contrario, l'imprecisione così determinatasi potrebbe essere ascritta al compilatore che fuse le due disposizioni, senza rendersi conto delle ricadute sostanziali del suo operato. Allo stesso redattore si dovrebbero imputare le scorrettezze sintattiche e stilistiche già evidenziate da Pringsheim e brevemente riprese da Martini stesso⁶².

⁵⁸) K.-H. FRITZ, *Studien zur justinianischen Reformgesetzgebung*, Quakenbrück, 1937, p. 33 ss.

⁵⁹) F. PRINGSHEIM, *Stipulations-Klausel*, in *Gesammelte Abhandlungen*, II, Heidelberg, 1961, p. 218 s.

⁶⁰) R. MARTINI, *Sulla presenza delle parti alla 'stipulatio' nel diritto giustiniano*, in «Labeo» XLVII, 2001, p. 245-252 (anche in «A l'Europe du troisième millénaire: mélanges G. Gandolfi», III, Milano, 2004, p. 1233-1244).

⁶¹) MARTINI, *Sulla presenza delle parti*, cit., p. 250.

⁶²) Contrariamente, rifiuta l'idea di un'origine composita della costituzione R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*², Milano, 1990, p. 38 nt. 62 (nel saggio intitolato «*Interrogationes forensi e attività legislativa giustiniana*») e, come nota lo stesso Martini alle p. 250 s. del suo lavoro, la tesi è respinta implicitamente anche da V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1985, p. 331, allorché afferma che: «l'imperatore dichiara espressamente che ciò avviene non per facilitare la prova, bensì allo scopo di evitare la comparizione delle parti davanti al notaio, massime quando per la posizione sociale o per il sesso tale

Credo che un ulteriore argomento a favore della tesi relativa alla origine composita della costituzione possa forse individuarsi nei destinatari della stessa. Giustiniano, menzionandola nelle *Institutiones*, la definisce rivolta ‘*ad Caesarienses advocatos*’⁶³ (*inst.* 3.19.12, su cui si tornerà fra breve), mentre il testo pervenuto tramite il *Codex* risulta indirizzato al prefetto del pretorio Giovanni. Di per sé, tale rilievo non appare motivo sufficiente per dedurne elementi certi a proposito della natura del provvedimento, poiché il prefetto del pretorio ben poteva essere il destinatario diretto della *lex*, incaricato di curarne la trasmissione agli avvocati del foro di Cesarea (per quanto forse ci saremmo potuti in tal caso più verosimilmente aspettare che il tramite tra l'imperatore ed i destinatari ultimi del provvedimento fosse il governatore provinciale). Si consideri, però, che da un lato nelle *Istituzioni* si dà conto solo delle disposizioni relative alla presenza delle parti (e nulla si dice a proposito dei documenti in cui si attesta la conclusione del contratto per il tramite di schiavi, nemmeno in *Iust. inst.* 3.17, titolo espressamente dedicato alle stipulazioni servili) e, dall'altro lato, che il tenore della *lex* ha fatto pensare, a chi ha sostenuto l'esistenza di due distinti provvedimenti originari, che sul testo inerente alle *stipulationes* servili sia stato impiantato il dispositivo relativo alla *praesentia* dei contraenti. Tutto ciò potrebbe lasciar ipotizzare che la questione sollevata dagli avvocati di Cesarea e risolta da Giustiniano con un primo provvedimento (di tipo particolare) fosse solamente quella relativa alla presenza delle parti, mentre quella in tema di rappresentanza degli schiavi fosse oggetto di una distinta disposizione, generale, indirizzata al prefetto del pretorio (e quindi non necessariamente destinato ad essere poi inoltrato all'avvocatura di Cesarea). Del resto, un rilievo (di Martini) di per sé non decisivo, ma che assume spessore alla luce degli altri elementi finora emersi, è constatare come l'esordio della costituzione parli di una sola ‘*optima questio et frequenter in iudiciis versata*’, e non di due, come ci si potrebbe aspettare in base al dettato della *lex* come pervenuta.

Passando ad un esame più specifico del contenuto di C.I. 8.37.14, sembra che poco si possa aggiungere a quanto già è stato scritto da chi se ne è occupato in passato; tuttavia alcune considerazioni, in genere non palesate forse perché ritenute scontate o implicite, ne potrebbero permettere una più

comparazione sia sconveniente».

⁶³ Come già sottolineato da BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, cit., p. 9 nt. 10, C.I. 8.37.14 fu emanata il 1° novembre 531, come, tra altre, C.I. 2.3.30, a sua volta nata da una *interrogatio* della *Caesariensis advocatio*. Tale rilievo renderebbe probabile che si trattasse di due parti di uno stesso provvedimento, separate solo ai fini di una più congrua ripartizione in seno al *Codex* delle materie rispettivamente trattate.

chiara valutazione.

Il tipo di presunzione introdotta per le due diverse fattispecie previste non è identico. Mentre per il caso della *praesentia* delle parti viene ammessa la possibilità di fornire la prova contraria da parte del debitore (unico che, a rigor di logica, possa aver qualche interesse a veder inficiato il valore in giudizio del documento), per le *stipulationes* concluse dallo schiavo la *lex* pare disporre una presunzione assoluta di veridicità delle risultanze documentali relative al suo *status*, alla sua partecipazione al negozio ed all'appartenenza dello stesso al *dominus* indicato nel documento.

Ci si può a questo punto chiedere quali conseguenze una simile norma potesse comportare. Per quanto riguarda l'intervento di uno schiavo in qualità di *stipulator*, dall'applicazione del disposto di C.I. 8.37.14 non dovevano risultare particolari difficoltà. E' anzi probabile che la costituzione riuscisse effettivamente a soddisfare quelle esigenze di certezza dei rapporti e rapidità dei giudizi proclamate dallo stesso Giustiniano come finalità del provvedimento. Alorché si rammentano le lamentele cui pretestuosamente si faceva ricorso, ossia il '*non esse servum adhibitum*' oppure il '*non eius esse servum, ad quem pertinere scriptura protestabatur*', si fa palesemente riferimento alla posizione del (presunto) debitore convenuto in giudizio che intendesse negare soddisfazione al creditore. Una simile contestazione avrebbe comportato da un lato negare la legittimazione ad agire della controparte e, dall'altro, sostenere l'invalidità del rapporto sostanziale controverso, in quanto contrario al principio, ancora saldo nelle *Istituzioni* giustinianee, secondo cui '*si quis alii, quam cuius iuri subiectus sit, stipuletur, nihil agit*'⁶⁴. Per scongiurare la soccombenza a fronte di simili contestazioni, l'attore si sarebbe trovato a dover dimostrare la qualità servile, l'effettivo intervento del rappresentante, nonché il proprio *dominium* su quest'ultimo. La costituzione sollevava pertanto l'attore da un così gravoso onere probatorio, sancendo la presunzione *iuris et de iure* in commento.

Decisamente più problematica, invece, sarebbe stata la situazione del giudice chiamato a dirimere una controversia relativa a un documento stipulatorio in cui uno schiavo fosse intervenuto in qualità di *promissor*. In caso di operatività della presunzione prevista da C.I. 8.37.14, il giudice si sarebbe trovato a dover condannare il convenuto senza che questi potesse in alcun modo né richiedere alla controparte di dimostrare la legittimazione del presunto rappresentante, né, addirittura, fornire egli stesso la prova dell'inesistenza di qualsivoglia rapporto di *dominium* tra sé ed il soggetto intervenuto alla conclusione del negozio in sua vece.

⁶⁴) *Iust. inst.* 3.19.4.

Se ciò fosse stato al contrario possibile, avrebbe significato anche negare in radice la sussistenza del debito; non sembra pertanto affatto scontato che anche per una simile fattispecie Giustiniano volesse introdurre una così forte presunzione legale. Poniamo, ad esempio, il caso estremo di un chirografo rilasciato da un ipotetico soggetto A che falsamente si qualificasse schiavo di B e dichiarasse di aver promesso mediante *stipulatio* cento a C. Di fronte ad un'azione esperita da C nei confronti di B, questi, in caso di applicazione della costituzione in esame, non avrebbe potuto evitare la condanna dimostrando di non aver alcun rapporto con l'autore del chirografo. Considerando il tenore della *lex*, sembrerebbe che C non avrebbe potuto nemmeno lamentare il falso documentale, dal momento che, da un lato, l'autografia di A non sarebbe stata in discussione e, dall'altro, il contenuto del documento sarebbe stato per intero ricoperto dalla presunzione della *lex*.⁶⁵

Si deve allora ritenere che le disposizioni del 1° novembre 531 in tema di *stipulationes* servili dovessero riferirsi esclusivamente all'intervento dello schiavo nel lato attivo del rapporto e/o che fossero previsti sistemi alternativi di tutela del convenuto.

Credo sia ora opportuno prendere in considerazione alcuni aspetti testuali di C.I. 8.37.14 (e di talune altre fonti connesse), dopo brevi cenni di riferimento alla disciplina generale in tema di capacità negoziale degli schiavi.

Anche nel diritto giustiniano vigeva di massima il principio per cui allo schiavo era consentito operare acquisti a favore del proprio *dominus*, ma non alienarne diritti od assumere obbligazioni a suo carico. Per impegnare validamente il padrone avrebbe dovuto essere autorizzato, come in età classica, mediante un'apposita autorizzazione, fosse essa una *praepositio* o uno *iussum domini* specificamente indirizzato all'operazione da compiere. Viene quindi mantenuto il principio che troviamo già chiaramente espresso da Ulpiano nel quarantottesimo libro *ad Sabinum* e riportato in D. 45.1.1.pr, relativo alle *stipulationes* in favore di chi si trovi nell'impossibilità materiale di perfezionare personalmente il contratto:

Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque mutus, neque surdus neque infans stipulationem contrahere possunt: nec absens quidem,

⁶⁵ Si potrebbe anche ipotizzare una situazione in cui il chirografo fosse comunque redatto dal *dominus* e lo schiavo lo avesse soltanto consegnato allo *stipulator*. In tal caso, mi sembra, lo schiavo non sarebbe stato altro che un semplice tramite materiale del perfezionamento della fattispecie documentale. Il rapporto sarebbe comunque intercorso direttamente tra il padrone ed il destinatario del documento, e sarebbe pertanto stato regolato, per quanto riguarda la forma, dalla disciplina relativa alla compresenza delle parti nella stessa *civitas*.

quoniam exaudire invicem debent. Si quis igitur ex his vult stipulari, per ser-
vum praesentem stipuletur, et adquiret ei ex stipulatu actionem. Item si quis
obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus⁶⁶.

Risulta allora intuitivo che, nel caso fossero davvero intervenute simili forme di autorizzazione, sarebbe stata la disciplina delle stesse a richiedere mezzi idonei per portarle a conoscenza dei terzi contraenti col sottoposto. Nel caso dello *iussum*, in particolare, si sarebbe instaurato un rapporto direttamente tra il *dominus* e la controparte che avrebbe troncato in origine ogni possibile *du-bitatio* in merito allo *status* e la spettanza dello schiavo.

Ma, in età giustiniana, anche nel caso di contrattazione effettuata dal sottoposto nell'ambito della gestione del patrimonio peculiare, si sarebbero senz'altro resi necessari mezzi di esteriorizzazione della libera facoltà di amministrare (tali, peraltro, da rendere del tutto superflua la normativa di C.I. 8.37.14). Mi riferisco, in particolare, agli strumenti individuabili come *administratio* e *libera administratio*, con cui il padrone concedeva una più ristretta o più ampia indipendenza amministrativa al *servus*, corrispondenti, indicativamente, agli odierni concetti di amministrazione ordinaria e straordinaria⁶⁷.

Quanto appena rilevato non permette una definitiva risoluzione del dubbio sopra avanzato, in relazione all'alternativa tra non applicabilità di C.I. 8.37.14 alla *promissio stipulatoria* ovvero la esistenza di mezzi alternativi di tutela del convenuto. In effetti, sancire la presunzione di veridicità dello *status* e dell'appartenenza anche per lo schiavo-*promissor* avrebbe comunque lasciato inalterata la situazione probatoria relativa all'esistenza di un adeguato provvedimento autorizzativo da parte del *dominus* indicato nel documento. Quand'anche, infatti, nella *cautio* si fosse dichiarata, ad esempio, la sussistenza di uno *iussum domini*, una tale attestazione non sarebbe stata ricoperta dalla presunzione *iuris et de iure* della *lex* giustiniana. Insomma: anche una volta presunta l'appartenenza dello schiavo, si poteva ancora porre la questione sulla sua legittimazione all'atto.

Sono però alcuni rilievi di carattere testuale che mi sembrano rendere più verosimile l'ipotesi che la situazione in esame non fosse oggetto di C.I. 8.37.14.

Va segnalato, innanzitutto, come la costituzione imperiale utilizzi una

⁶⁶ Per gli aspetti ora rilevanti del passo ulpiano cfr. G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo 'iussum domini' alla 'contemplatio domini'. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza*, Milano, 2008, p. 147s.

⁶⁷ Cfr., da ultimo, M. MELLUSO, *La schiavitù nell'età giustiniana*, Paris, 2000, p. 171-174, cui si rimanda anche per una dettagliata valutazione della dottrina più risalente in materia.

terminologia indicativa per lo più del lato attivo del rapporto stipulatorio (*stipulationem facere*) e presenti l'effetto per il padrone in termini riferibili al solo acquisto del credito (*pertinere scriptura; eam [scil.: la stipulatio] esse scripto domino adquisitam*).

Una riprova di quanto sostenuto, poi, può essere individuata in altre fonti; in primo luogo nelle altre partes della compilazione giustiniana: sia il titolo 3.17 delle *Istituzioni*⁶⁸, sia il 43.3 del *Digesto*, nonostante siano entrambi genericamente denominati '*de stipulatione servorum*', esaminano una casistica relativa al solo intervento dello schiavo quale rappresentante del creditore⁶⁹, lasciando pertanto trasparire come nel linguaggio della cancelleria imperiale di Giustiniano, ove si parlasse di *stipulatio* dello schiavo, questi fosse in genere da intendere quale *stipulator*, ove non diversamente specificato.

Ancor più significative mi sembrano le attestazioni provenienti dai *Basilici* e dal *Tipucito*, un'opera dell'undicesimo secolo destinata all'insegnamento in cui si forniva una breve epitome dei *Basilici* stessi, secondo il loro ordine originale⁷⁰. Nonostante, infatti, sia andato perduto il libro 43 dei *Basilici*, *sedes*

⁶⁸) L'esordio del titolo in esame permette una breve parentesi su una curiosa osservazione contenuta negli *scholia* alla *Parafrasi* teofilina editi da C. FERRINI, *Scolii inediti allo Pseudo-Teofilo contenuti nel manoscritto Gr. Par. 1364*, in «Memorie dell'Istituto Lombardo. Scienze e Lettere», 3^a s., IX, 1886, p. 13 ss. (ora in ID., *Opere*, I, cur. V. ARANGIO-RUIZ, Milano, 1929, p. 139 ss.). Nel passo istituzionale si afferma, infatti, che '*servus ex persona domini ius stipulandi habet*', concetto ripreso dalla *Parafrasi* teofilina con le parole οἰκείτοι ἀπρόσωποι ὄντες ἐκ τῶν προσώπων τοῦ οἰκείου δεσπότητος χαρακτηρίζονται καὶ ἐκεῖθεν ἔξουσι τὴν κατάληψιν πότερον ἐπερωτῶν δύναται ἢ οὐ δύναται. Lo scoliaste così commenta il passo: κατάληψιν] τούτῃστιν· εἰ μὴ ὁ δεσπότης δύναται ἐπερωτᾶν, οὐδὲ ὁ δοῦλος· ὥσπερ ἐπὶ τοῦ κωφοῦ καὶ τοῦ ἀλάλου· καὶ μὴ ἀντιπέση σοι, τῷ δύναται τὸν τοῦ μαινομένου δοῦλον ἐπερωτᾶν καὶ ταῦτα τοῦ δεσπότητος μὴ δυναμένου. ἐκεῖνος γὰρ διὰ τοῦτο ἐπερωτᾶ, ἐπειδὴ κενανόνισται, ὅτι ἐξ ὧν ἡμῖν αἰτιῶν ἀγνοοῦσι προπορίζεται, ἐκ τῶν αὐτῶν καὶ τῷ μαινομένῳ. εὐρήσεις δὲ τὸν κανόνα ἐν τῷ α' βι. (τῶν) *de rebus*. L'osservazione nega la capacità di concludere una *stipulatio* allo schiavo del sordo o del muto e la riconosce invece a quello del *furiosus*, in quanto si tratterebbe di facoltà espressamente prevista dal *Digesto*. Si tratta di una notazione obiettivamente non giustificabile nemmeno nel contesto del diritto giustiniano. Crederei, infatti, che si tratti di un fraintendimento di quanto affermato dal passo teofilino, il cui intento sembrerebbe soltanto quello di chiarire che il *servus*, non essendo titolare di quella che oggi chiameremmo capacità giuridica, non può concludere il contratto in proprio ma solo a favore del proprio *dominus*. Lo scoliaste, invece, ne vorrebbe ricavare un principio senza dubbio contrastante con quanto recepito nel *Digesto*, in D. 45.1.1, ove, in riferimento al *mutus*, al *surdus*, all'*infans* ed all'*absens*, Ulpiano afferma: '*si quis igitur ex his vult stipulari, per servum praesentem stipuletur, et adquiret ei ex stipulatu actionem*'.

⁶⁹) Nei rarissimi casi in cui, nei passi del *Digesto*, appare uno schiavo quale debitore si può senz'altro presumere che si tratti di situazioni in cui sia intervenuto un adeguato provvedimento autorizzativo del *dominus*, in quanto l'attenzione dei giuristi è comunque incentrata esclusivamente sulla rappresentanza servile nel lato attivo del rapporto.

⁷⁰) A proposito di tale opera cfr. VAN DER WAL, LOKIN, *Delineatio*, cit., p. 102 s.

materiae della *lex* del 531, è comunque possibile avere notizia della costituzione da uno scolio di Costantino Niceo riportato a margine di *Bas.* 22.1.52 (numero 4 dell'edizione Scheltema)⁷¹:

Τοῦ Νικοέως. (...) Καὶ ζήτει βιβ. μγ'. τίτ. ε'. κεφ. ιδ', ὃ φησιν· ὅπερ εἶωθε γράφεσθαι ἐν τοῖς δανειακοῖς μάλιστα, ὅτι ὁ δεῖνα ὁ δοῦλος ἐπρώτησεν εἴτε οὖν παρόντα τὰ μέρη συνήλλαξαν, ἡμφισβητήθη παρὰ τοῖς ἀρχαίοις· καὶ οἱ μὲν ἔλεγον μὴ εἶναι δοῦλον τὸν προσλεφθέντα, οἱ δὲ δοῦλον μὲν εἶναι, οὐ μὴν τοῦ γραφέντος δεσπότη. Καὶ πάλιν ἡμφισβητήθη περὶ τοῦ μὴ παρῆναι τὰ μέρη. Τοῦτο οὖν διορθούμεθα, ὥστε εἴ τι τοιοῦτον εὔρεθῆ, πιστεύεσθαι πάντως, εἰ μὴ τὸ ἐναντίον μέρος δείξει, ὅτι οὐ παρῆσαν ἀμφοτέροι, ὅτε συνήλλαξαν, δι' ἐναργῶν ἀποδείξεων. Ἀνάγνωθι καὶ τὸν παλαιὸν ἐρμηνεύοντα τὸ 'δι' ἐναργῶν ἀποδείξεων'⁷².

Non solo Niceo, nell'esposizione riassuntiva del contenuto della costituzione, presentava in maniera ben distinta le due *dubitaciones* con essa risolte, ma trattando della *stipulatio* dello schiavo utilizzò il verbo ἐπρώτησεν, che non poteva far riferimento che all'intervento nel lato attivo del costituendo rapporto obbligatorio. L'ultimo periodo, in cui si trova menzione di uno scolio, ascrivibile ad un giurista del VI-VII secolo (τὸν παλαιὸν), volto ad esplicitare il significato delle parole δι' ἐναργῶν ἀποδείξεων, aumenta il rammarico per la perdita delle informazioni che il libro 43 dei Basilici avrebbe potuto fornire sulla dottrina giustiniana in tema di *stipulatio*.

Anche il *Tipucito* presenta un breve sommario della costituzione giustiniana. In 4.102⁷³, passo corrispondente a *Bas.* 43.5.14, troviamo un'epitome

⁷¹) Va peraltro segnalato che Scheltema, nell'apparato critico della sua edizione dei Basilici (B. VI 1965), indicò solo questo passo e non *Tip.* 4.102 (che verrà esaminato *infra*, nel testo) tra i *testimonia* utilizzati per la restituzione di *Bas.* 43.5.14. Heimbach, invece, riportava uno dopo l'altro lo scolio di Niceo ed il testo di *Tip.* 4.102, senza tentare un'integrazione delle due fonti.

⁷²) Traduzione Heimbach: «Et quaere lib. 43 tit. 5 cap. 14. quo dicitur: Quod in multis contractibus, et maxime in crediti instrumentis solitum est adscribi, illum servum stipulatum fuisse, vel partes praesentes contraxisse, certatum est apud veteres. Et alii quidem non esse servum adhibitum contendebant: alii vero servum quidem esse, sed non domini in instrumento scripti. Et hoc iterum dubitabatur, quod partes non praesentes fuisse dicerentur. Hoc igitur corrigentes sancimus, ut si quid tale repertum fuerit, omnimodo ei credatur, nisi pars diversa liquidis probationibus ostenderit, utrosque non praesentes fuisse, cum contraherent. Lege et Antiquum explicantem verba illa, 'liquidis probationibus'».

⁷³) Καὶ ὅτι ἐν τοῖς συμβολαίοις περιεχόμενα, καὶ μάλιστα ἐν τοῖς δανειακοῖς, ὁ δεῖνα δοῦλος ἐπρώτησεν ἦγουν παρόντα τὰ μέρη συνήλλαξαν, ἡμφισβητήθη παρὰ τοῖς παλαιοῖς· καὶ οἱ μὲν ἔλεγον μὴ εἶναι δοῦλον τὸν προσλεφθέντα, οἱ δὲ δοῦλον μὲν εἶναι, οὐ μὴν τοῦ γραφέντος δεσπότη. Καὶ πάλιν ἡμφισβήτησαν περὶ τοῦ μὴ παρῆναι τὰ μέρη. τοῦτο νῦν διορθούμεθα, ὥστε τοιοῦτον, εἴ τι εὔρεθῆ, πιστεύεσθαι πάντως, εἰ μὴ τὸ ἐναντίον μέρος δείξει, ὅτι οὐ παρῆσαν

sostanzialmente analoga a quanto espresso da Niceo nello scolio appena riportato, con l'impiego, peraltro, della stessa forma verbale ἐπιρώτησεν.

In entrambi i passi richiamati la costituzione giustiniana viene pacificamente riferita all'intervento servile nella sola qualità di creditore, non ponendosi in alcun modo il dubbio di una possibile diversa interpretazione della norma.

In senso contrario potrebbe leggersi un altro passo della stessa opera, che richiama nuovamente il contenuto della *lex* giustiniana del 531, riferendosi all'intervento dello schiavo alla conclusione della *stipulatio* in termini astrattamente riferibili tanto al lato attivo quanto a quello passivo del rapporto.

Si tratta di *Tip.* 2.194, ove viene epitomato *Bas.* 22.1.85, fonte in sé non rilevante ai nostri fini e corrispondente a C.I. 4.22.5:

περὶ δὲ τοῦ τὰ ἐν τοῖς συμβολαίοις περιεχόμενα πιστεῦσθαι καὶ μάλιστα ἐν τοῖς δανειακοῖς, ἐνθα λέγεται παρόντων τῶν μερῶν συναλλάξαι ἢ ἐπιρωτᾶν, τυχὸν ἢ δοῦλον τὸν συμβαλόντα εἶναι, οὐ μὴν τοῦ γραφέντος δεσπότου, εἰ μὴ τὸ ἐναντίον μέρος δείξει, ὅτι οὐ παρῆσαν ἀμφότεροι, ὅτε συνήλαξαν δι' ἐναργῶν ἀποδείξεων.

Qui l'autore del *Tipucito*, nel dare brevemente conto della nostra costituzione, non indica l'attività dello schiavo con un termine che faccia specifico riferimento al ruolo di *stipulator* ovvero di *promissor*, ma con un generico riferimento all'attività del contrarre (συμβαλόντα).

Il rilievo non è in realtà di per sé sufficiente per accordare al passo in oggetto una specifica valenza ai nostri fini, sia perché l'impiego di un termine dal significato più ampio non comporta necessariamente che fosse specifica intenzione dell'autore far ricadere in tal modo nell'ambito di applicazione della costituzione anche l'attività dello schiavo *promissor*, sia perché il passo risulta in generale piuttosto impreciso e, pertanto, poco attendibile.

Infatti, salvo divergenze rispetto alla lezione originaria dovute alla tradizione testuale, la reggenza del verbo λέγεται non giustifica, a livello contenutistico, le parole τυχὸν ἢ δοῦλον τὸν συμβαλόντα εἶναι, οὐ μὴν τοῦ γραφέντος δεσπότου. Esse dovrebbero fare riferimento a quelle che, nel dettato originario della costituzione, sono indicate come pretestuose eccezioni del convenuto. Ma nella costruzione testuale del *Tipucito* finiscono involontariamente per qualificare le circostanze coperte dalla presunzione giuridica, con un significato opposto a quello originario.

Simili rilievi inducono a ritenere preferibile che nelle intenzioni della cancelleria giustiniana dovesse considerarsi inapplicabile la presunzione di

ἀμφότεροι, ὅτε συνήλαξαν, δι' ἐναργῶν ἀποδείξεων.

C.I. 8.37.14 alla situazione dello schiavo *promissor*, fattispecie che si doveva evidentemente ritenere disciplinata in maniera soddisfacente dalle disposizioni e dalle prassi probatorie relative ai singoli provvedimenti autorizzativi di volta in volta rilevanti.

2.3.2. *La presenza delle parti.* Per quanto, invece, attiene alla *cantio* stipulatoria che attestasse la contestuale presenza delle parti, come detto, venne introdotta dal provvedimento giustiniano in commento una presunzione relativa, superabile tramite la prova vincolata della dimostrazione che una delle parti non si trovasse nel luogo di estensione del documento il giorno in cui questo fu redatto.

In base al solo tenore letterale della norma non sembra che si possa dedurre un superamento del requisito formale della presenza delle parti alla conclusione del contratto. Anche in questo caso, risultano condivisibili gli argomenti di Martini, secondo il quale nel periodo '*et si inter praesentes partes [...] scriptum est*' «abbiamo solo un modo un po' spregiudicato di enunciare le conseguenze pratiche del vero principio precettivo che si legge nella frase successiva, quello per cui la già dichiarata possibilità di credere presuntivamente all'affermazione contenuta nel documento sulla presenza delle parti sarebbe dipesa dal fatto che nessuna di loro dicesse il contrario e potesse provare in maniera inconfutabile che o lei stessa o l'altra parte era appunto rimasta fuori dalla città nel giorno in cui si era posto in essere l'atto stesso»⁷⁴.

C.I. 8.37.14, dunque, non era volta a introdurre una finzione giuridica in merito alla presenza delle parti, tale da rendere valida anche una *stipulatio* conclusa a distanza, ma forniva soltanto un limite alla prova contro lo scritto cui il giudice si sarebbe dovuto attenere nella valutazione dei fatti sottoposti alla sua attenzione. Se così fosse, la norma si porrebbe su un piano processuale più che sostanziale, andando a disciplinare la valenza probatoria del documento senza modificare la struttura formale del contratto.

Una simile esegesi del disposto normativo trova conforto nella descrizione del provvedimento che possiamo rinvenire in *Iust. inst.* 3.19.12:

Item verborum obligatio inter abseptes concepta inutilis est. sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus praestabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus et non praesentes esse vel se vel adversarios suos contententibus: ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Caesarienses advocatos scripsimus, per quam disposuimus tales

⁷⁴) MARTINI, *Sulla presenza delle parti*, cit., p. 247.

scripturas, quae praesto partes esse indicant, omnimodo esse credendas, nisi ipse qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit in ipso toto die quo conficiebatur instrumentum sese vel adversarium suum in aliis locis esse.

Come anticipato, apprendiamo solo dal testo delle *Istituzioni* – e non da C.I. 8.37.14 – che destinatari del provvedimento erano i *Caesarienses advocati*.

Il manuale istituzionale sottolineava poi la finalità della costituzione: essa fu emanata ‘*propter celeritatem dirimendarum litium*’. L’inciso conferma pertanto che non era intenzione del legislatore modificare la disciplina sostanziale della *stipulatio* (recependo in tal modo prassi provinciali che – secondo dottrina consolidata – sarebbero andate snaturandone la struttura giuridica), ma, al contrario, andava ad incanalare la prassi documentale verso atteggiamenti che consentissero, al contempo, di mantenere immutato l’inquadramento dogmatico del contratto e di evitare il prolungarsi ingiustificato delle controversie a causa di argomentazioni considerate pretestuose. Insomma, Giustiniano sembrerebbe qui bilanciare classicismo ideale e pragmatismo, soddisfacendo il primo nell’ambito del diritto privato sostanziale e riversando il secondo nell’adeguamento della procedura giudiziale alle pratiche consolidate.

Il passo, infatti, si apre con la chiara ed esplicita riaffermazione del principio classico secondo cui ‘*verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est*’. Il provvedimento giustiniano non modificò in nulla tale regola, ma – sostiene l’autore del brano istituzionale – pose freno alle misure di ostruzionismo processuale di coloro che sostenevano, magari a distanza di molto tempo, che le parti non erano state contestualmente presenti nel luogo di conclusione del contratto. Simili argomentazioni si sarebbero rivelate *improbae* allorché, non veritiere, fossero state sollevate al solo fine di ottenere l’ingiusta assoluzione del convenuto tramite l’imposizione al creditore della difficile prova della *praesentia* dei contraenti.

La soluzione adottata dall’imperatore permetteva, pertanto, di tutelare sia il creditore chirografario, liberato da un simile onere probatorio, sia il debitore, che sarebbe stato ammesso, ricorrendone i presupposti di legge, a dimostrare la mancanza del requisito della contestuale presenza di *stipulator* e *promissor*.

A tale riguardo Luchetti segnala una differenza testuale tra C.I. 8.37.14 e *Iust. inst.* 3.19.12 a proposito dell’onere probatorio gravante sul convenuto per dimostrare la *absentia* delle parti dal luogo di conclusione della *stipulatio*. La costituzione, con le parole ‘*ostenderit sese vel adversarium suum eo die civitate a-fuisse*’, si sarebbe limitata a richiedere soltanto «la prova dell’assenza di alme-

no una delle parti dalla città nel giorno della conclusione del contratto»⁷⁵, mentre il testo delle *Istituzioni* (*‘approbaverit in ipso toto die quo conficiebatur instrumentum sese vel adversarium suum in aliis locis esse’*) «farebbe pensare che si ritenesse sufficiente la dimostrazione che almeno una delle parti non si fosse recata nel giorno indicato nell'*instrumentum* nel luogo della conclusione del contratto, e che pertanto la presunzione di veridicità del documento valesse solo in quanto non si potesse fornire la prova della presenza di almeno una delle parti in luoghi diversi, eventualmente anche della stessa città, durante l'intero arco della giornata in cui, in base a quanto dichiarato nel documento, risultava essere stata conclusa la *stipulatio*»⁷⁶.

Di contraria opinione Martini⁷⁷, secondo cui il diverso tenore letterale delle due fonti non sarebbe indicativo di un differente regime probatorio. Infatti, soltanto la prova che uno dei contraenti si trovava *in aliis locis* rispetto al territorio della *civitas* avrebbe potuto inficiare l'attendibilità giudiziale del documento.

A prescindere dal fatto che se ne intendano condividere o meno le conclusioni, risulta comunque preziosa la riflessione di Luchetti sulla necessità di approfondire il rilievo da attribuire alle differenze intercorrenti tra le due fonti giustiniane.

Ci si può in particolare chiedere se il riferimento alla *civitas* contenuto in C.I. 8.37.14, ma non nelle *Istituzioni*, vada inteso in modo più o meno restrittivo, aderendo quindi ad un'interpretazione letterale ovvero teleologica dell'impiego del termine in seno al provvedimento. Volendosi infatti attenere al dato testuale della *lex*, si potrebbe ipotizzare che rimanessero escluse dalla disciplina con la stessa introdotta tutte le *stipulationes* concluse *ruri*. Un diverso regime formale (con le conseguenti ricadute processuali) delle fattispecie concretizzatesi in città o al di fuori del territorio cittadino non avrebbe rappresentato una soluzione del tutto peregrina ed isolata; lo stesso Giustiniano, infatti, solo alcuni anni dopo l'emanazione di C.I. 8.37.14, con la *Nov.* 73 del 538 – un provvedimento che può considerarsi una sorta di testo unico delle disposizioni relative all'efficacia processuale del documento negoziale – sancì (*cap.* 9) la non applicabilità delle disposizioni introdotte dalla *novella* stessa ai negozi conclusi in campagna, in ragione della *simplicitas* della popolazione e della scarsa reperibilità di scrivani e testimoni (richiesti invece, al *cap.* 8, nel numero complessivo di almeno cinque, per la documentazione di contratti

⁷⁵ LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., p. 413.

⁷⁶ LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., p. 414: cfr. anche nt. 110 per indicazioni relative a dottrina precedente sul punto.

⁷⁷ MARTINI, *Sulla presenza delle parti*, cit., p. 248 s.

conclusi in città da soggetti illetterati)⁷⁸.

La mancanza, nel testo della costituzione, di un peculiare regime relativo alle *stipulationes* contratte al di fuori del territorio cittadino e, soprattutto, il tenore del manuale giustiniano, fanno però propendere per l'attribuzione di un significato diverso al riferimento alla *civitas*.

Le *Istituzioni*, infatti, indicano quale prova vincolata per inficiare l'attendibilità del documento la dimostrazione che le parti si trovassero *in aliis locis* per l'intera durata del giorno di redazione del documento, facendo pertanto riferimento ad un concetto da un lato più ampio e dall'altro più empirico di quello relativo alla presenza nella medesima città. Sembra allora che la prova richiesta potesse essere fornita tanto con riferimento ad elementi strettamente oggettivi, ossia la dimostrazione che una delle parti si trovasse nel giorno di asserita conclusione del contratto ad una distanza tale dalla *civitas* da non poter essere coperta in sole ventiquattro ore con alcun mezzo, ovvero facendo riferimento anche ad elementi maggiormente circostanziali, ma comunque irrefutabili: volendo esemplificare, ci possiamo chiedere se sarebbe stata sufficiente la dimostrazione che una delle parti, pur presente in città, si trovasse in condizione di prigionia.

Diventa allora condivisibile la sopra riportata opinione di Luchetti, secondo cui, in base alle risultanze del manuale istituzionale (verrebbe quasi da dire «paradossalmente», stante il dato testuale di C.I. 8.37.14), sarebbe stata sufficiente, quale prova contraria alle risultanze documentali, perfino la dimostrazione che *stipulator* e *promissor*, pur compresenti nella stessa città nello stesso giorno di redazione del documento, per i più svariati motivi non ebbero modo di incontrarsi, perché *in aliis locis*, per l'intero giorno.

Se così fosse, risulterebbe a mio avviso ancor più condivisibile la sopra esposta opinione di Fritz, Pringsheim e Martini sulla natura composita di C.I. 8.37.14, secondo cui il provvedimento relativo alla presenza delle parti – di

⁷⁸) Nov. 73.9: Ταῦτα δὲ πάντα κρατεῖν ἐπὶ ταῖς πόλεσι βουλόμεθα ἐπείτοιγε ἐν χωρίοις, ἐνθα πολλὰ τὰ τῆς ἀπλότητός ἐστὶ καὶ οὐδὲ γραφόντων ἢ μαρτυρούντων πολλῶν εὐπορία, τὰ μέχρι νῦν παρ' αὐτοῖς κρατοῦντα καὶ νῦν ἔστω βέβαια (traduzione edizione Scholl, Kroll: «Haec autem omnia tenere in civitatibus volumus; nam in agris, ubi multa simplicitas est et neque scribentium aut testium multorum copia est, quae hactenus apud eos valuerunt et nunc sint firma»). A proposito di Nov. 73 si rimanda a quanto scritto da Amelotti in M. AMELOTTI, G. COSTAMAGNA, *Alle origini del Notariato italiano*, Roma, 1975, p. 41 ss., ID., *Dall'epoca postclassica all'età giustiniana*, in «Atti del XVII Congresso Internazionale di Papirologia», III, Napoli, 1984, p. 1170 ss. (= *Il mondo del diritto nell'epoca giustiniana. Caratteri e problematiche*, Ravenna, 1985, p. 135 ss., ora anche in ID., *Scritti Giuridici*, Torino, 1996, p. 192 ss.), ID., *Giustiniano e la 'comparatio litterarum'*, in «Novella Constitutio. Studies N. van der Wal», IV, 1990, p. 5 s. (ora anche in ID., *Scritti Giuridici*, cit., p. 219 s.).

carattere particolare – sarebbe stato trasfuso nella norma relativa alle stipulazioni servili⁷⁹. Sappiamo dalle *Institutiones* che il primo era rivolto ad *Caesarienses advocatos*, circostanza che rende quantomai verosimile che rappresentasse la soluzione di un caso concreto e non certo astratto o teorico. Ciò giustificherebbe il riferimento alla *civitas*, probabilmente Cesarea stessa, poiché questa ben avrebbe potuto rappresentare un criterio discretivo sufficiente per valutare l'attendibilità del documento nella specifica situazione sottoposta all'attenzione dell'imperatore.

Il difficile coordinamento tra le disposizioni relative alle stipulazioni servili e quelle inerenti la disciplina probatoria sulla compresenza delle parti alla redazione del documento non troverebbe spiegazione in una implicita ammissione, da parte di Giustiniano, della validità di *stipulationes inter absentes*, purché concluse da soggetti presenti in luoghi diversi della medesima città⁸⁰, ma nel poco felice procedimento di generalizzazione del disposto originario in sede di fusione dei due provvedimenti, operata in occasione della compilazione del *Codex* del 529, in quanto il riferimento alla *civitas*, probabilmente sufficiente criterio valutativo della situazione concreta, diveniva poco soddisfacente come criterio generale.

In questa prospettiva l'esposizione del manuale istituzionale costituirebbe il risultato di un più preciso e ponderato processo di astrazione della norma, esposta in termini all'apparenza più vaghi, in realtà più affidabili e meno equivoci.

Sembrirebbe, insomma, che Teofilo, al cui calamo deve verosimilmente attribuirsi *Iust. inst.* 3.19.12⁸¹, abbia avuto contezza delle problematiche che sarebbero scaturite dalla conservazione dell'impiego della *civitas* quale criterio di valutazione della effettiva compresenza delle parti alla conclusione del contratto al di fuori del contesto specifico da cui scaturì l'originario provvedimento giustineano e lo abbia voluto pertanto riportare in termini formalmente difformi, ma più aderenti alle finalità perseguite dallo stesso imperatore rispetto a quanto sarebbe poi avvenuto in sede di compilazione del *Codex repetitae praelectionis*.

Diviene a questo punto doveroso un confronto con il corrispondente

⁷⁹) Difficilmente una delle *Quinquaginta Decisiones*. Sul punto cfr. C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle 'Quinquaginta Decisiones'*, Milano, 1999.

⁸⁰) Come sostenuto, ad esempio, da LUCETTI, *La legislazione imperiale*, cit., p. 412.

⁸¹) Sul punto cfr. da ultimo G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle 'Institutiones' di Giustiniano*, in «AUPA.» XLV.I, 1998, p. 305 ss. Sulla possibilità che una prima elaborazione delle *Istituzioni* giustiniane possa già datarsi tra la fine del 531 e la prima metà del 532 cfr. LUCETTI, *La legislazione imperiale*, cit., p. 587 s.

passo della *Parafrasi* teofilina, poiché presenta una lieve variante rispetto al modello latino degna di nota:

Ὅμοίως ἡ UERBIS ἐνοχὴ μεταξύ ἀπόντων γινομένη ἐστέρηται τῆς ἰσχύος· ἀλλ' ἐπειδὴ τὸ τοιοῦτο πρόφασιν δικῶν φιλονείκοις ἀνδράσι παρέσχε, μετὰ χρόνον τυχὸν πολὺν τοιούτων δικαιολογιῶν ἀντιτιθεμένων καὶ μὴ παρῆναι κατ' ἐκείνην τὴν πόλιν ἑαυτοὺς ἢ τοὺς ἐπερωτήσαντας διαμαχομένων, διὰ τοῦτο γέγονε διάταξις τοῦ ἡμετέρου βασιλέως σύντομον ἀναίρεσιν ταῖς τοιαύταις ἐπάγουσα φιλονεικίας, ἦν πρὸς τοὺς συνηγούρους Καισαρείας ἀντέγραψεν, ἐν ἣ διετύπωσε τὰ τοιαῦτα ἔγγραφα ἐν οἷς παρῆναι ἐκάτερον μὴνύεται μέρος εἶναι παντὶ τρόπῳ πιθανά, εἰ μὴ ὁ τὴν τοιαύτην ἀναίσχυντον προισχόμενος δικαιολογίαν σαφέστατα διελέγξῃ δι' ἐγγράφων ἢ μαρτύρων ἀξιοπίστων ἐν πάσῃ ἐκείνῃ τῇ ἡμέρᾳ καθ' ἣν ἐπεραιούτο τὸ συμβόλαιον ἢ ἑαυτὸν ἢ τὸν οἰκεῖον ἀντίδικον ἐν ἄλλοις διατρίβειν τόποις⁸².

A differenza di quanto avveniva in *Iust. inst.* 3.19.12, la *Parafrasi* contiene un espresso riferimento alla presenza/assenza dalla città (μὴ παρῆναι κατ' ἐκείνην τὴν πόλιν ἑαυτοὺς ἢ τοὺς ἐπερωτήσαντας), salvo conformarsi nuovamente al testo delle *Institutiones* allorché la prova vincolata viene identificata nella dimostrazione che una delle parti per l'intera giornata di supposta conclusione del contratto si trovasse «in altri luoghi» (ἐν πάσῃ ἐκείνῃ τῇ ἡμέρᾳ καθ' ἣν ἐπεραιούτο τὸ συμβόλαιον ἢ ἑαυτὸν ἢ τὸν οἰκεῖον ἀντίδικον ἐν ἄλλοις διατρίβειν τόποις).

A prima vista il testo greco sembrerebbe rappresentare un elemento di raccordo tra il testo di C.I. 8.37.14 e *Iust. inst.* 3.19.12, tale da suffragare la ricordata opinione di Martini secondo cui soltanto la prova che una delle parti si trovava *in aliis locis* rispetto al territorio della *civitas* avrebbe potuto screditare il documento stipulatorio.

Credo però che sia importante sottolineare come il testo della *Parafrasi* usi il riferimento specifico al territorio della città, diversamente da quanto avviene nel testo della costituzione imperiale, quale a noi pervenuto tramite il *Codex*, non già per dare conto della portata precettiva della norma, ossia per

⁸²) Per quanto per il testo si sia fatto riferimento alla recente edizione J.H.A. LOKIN, R. MEIJRING, B.H. STOLTE, N. VAN DER WAL, *Theophilii antecessoris Paraphrasis Institutionum*, Groningen, 2010, si fornisce (qui e nelle prossime citazioni dalla *Parafrasi*) la traduzione latina dell'edizione Ferrini: «Item eurborum obligatio inter absentes contracta ui caret. Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus praestabat, cum forte post longum tempus ab eis eiusmodi allegationes opponerentur, qui non praesentes fuisse in ea ciuitate sese uel stipulatores contenderent; ideo constitutio lata est nostri principis celerem finem eiusmodi contentionibus afferens, quam ad Caesariae aduocatos scripsit: per quam disposuit tales scripturas, in quibus praesto esse utraque pars dicitur, omnimodo esse credendas, nisi forte ipse qui talem improbam affert allegationem manifestissime approbauerit per scripturas seu testes idoneos, toto eo die, quo conficeretur instrumentum, uel sese uel aduersarium suum in aliis locis esse uersatum».

l'individuazione della prova vincolata da fornire per disconoscere il valore dello scritto, bensì nella descrizione delle contestazioni verificatesi in passato.

Ciò lascerebbe insomma pensare che il caso (o i casi) sottoposti all'attenzione dell'imperatore dall'avvocatura di Cesarea riguardasse (o riguardassero) situazioni in cui veniva contestata l'attendibilità del documento tramite l'affermazione che una delle parti non fosse presente nel luogo di conclusione del contratto; che tale asserzione venisse normalmente precisata sostenendo che la parte assente si trovasse al di fuori del territorio della *civitas*, perché tale doveva ragionevolmente essere il modo più semplice per dimostrare la mancata compresenza delle parti; che Giustiniano intendesse comunque mantenere ben saldo, a livello dogmatico, il principio della necessaria compresenza delle parti ai fini della validità del contratto, intesa come elemento sostanziale concreto e non certo fittizio o figurato; che pertanto con la generalizzazione del provvedimento decisorio della vertenza sottoposta dall'avvocatura di Cesarea si volesse effettivamente operare a livello meramente processuale e non sostanziale, introducendo un regime di favore per le risultanze documentali solo per effettive esigenze empiriche, senza per questo voler ammettere la validità di una *stipulatio* conclusa *inter absentes*, per quanto le parti si trovassero in luoghi diversi della stessa città.

Se così fosse, il testo della *Parafrasi* rappresenterebbe forse l'attestazione più fedele all'originale provvedimento giustiniano, nonché la rappresentazione più attendibile delle effettive finalità perseguite dall'imperatore, indipendentemente dal risultato concretamente ottenuto tramite la sua trasfusione, in sede di emanazione del *Codex repetitae praelectionis*, nel testo della costituzione imperiale relativa alle stipulazioni servili. Potremmo infatti ipotizzare che il riferimento alla *civitas* fosse contenuto nella descrizione dei fatti, relativa alla fattispecie concreta (o alle fattispecie concrete) sottoposta all'attenzione del sovrano dai *Caesarienses advocati*, e non già nella parte decisoria, ove la prova contraria ammessa faceva forse riferimento alla semplice diversità inconfutabile di luoghi.

2.4. La stipulatio nella dottrina di età giustiniana

La dottrina giuridica del sesto secolo mostra grande attenzione alla forma della *stipulatio*. I frammenti di età giustiniana (o immediatamente posteriore) pervenutici per il tramite dei *Basilici* quali scolii al testo offrono numerosi spunti in materia, nonostante, come detto, sia andato perduto il libro 43 della

compilazione bizantina, dedicato specificamente alla *stipulatio* e probabile sede di ulteriori *scholia*.

Fra i numerosi passi che in generale trattano la forma stipulatoria, si cercherà in questa sede di isolare quelli che forniscono più specificamente un quadro della riflessione dottrinale dell'epoca, sia quale espressione dell'insegnamento degli *antecessores*, sia quale sussidio dogmatico rivolto ai pratici del diritto. Per l'argomento che ora interessa, verranno esaminati alcuni frammenti in cui è dato riscontrare, anche tramite la comparazione del testo classico di riferimento al corrispondente passo dei Basilici cui accede lo scolio di volta in volta utilizzato, una più precisa e puntuale attenzione ai requisiti formali della *stipulatio*, quali risultanti dalle riforme legislative sopra richiamate, alla loro connessione con l'*instrumentum* e, più in particolare, con la clausola stipulatoria.

In D. 17.1.32⁸³ è contenuto un frammento di Giuliano dal terzo libro *ad Urseium Feroecem*. La questione affrontata prendeva spunto dalla situazione dell'erede istituito che decidesse di adire l'*hereditas* su pressione dei creditori del *de cuius* o dei legatari, dai quali, però, si facesse promettere, per l'eventualità di eredità *damnosa*, di essere tenuto indenne dal conseguente pregiudizio economico; secondo Guarino, che esamina con limpida chiarezza e sottile ironia il passo, saremmo di fronte ad una *quaestio* teorica trattata *docendi causa*⁸⁴. Ottenendo la manleva per mezzo di un *mandatum ad eundem hereditatis* potrà esperire l'*actio mandati*, a differenza di quanto sarebbe avvenuto nel caso di un mandato a non rifiutare di conseguire un legato, in quanto questo non potrà rivelarsi passivo. Il frammento si chiude con un paragone tra fideiussione e mandato: '*et in summa quicumque contractus tales sunt, ut quicumque eorum nomine fideiussor obligari posset, et mandati obligationem consistere puto: neque enim multo referre, praesens quis interrogatus fideiubeat an absens vel praesens mandet*'.

Secondo Guarino «è un latinaccio difficile da tradurre alla lettera, ma abbastanza facile da intendersi alla buona», da non ascriversi al calamo di Salvio Giuliano, in quanto questi «aveva tutto il tempo e la capacità di scrivere in un latino decoroso e in una maniera meno aggrovigliata». Saremmo di fronte, in realtà, alla riduzione di un annotatore o di un epitomatore postclas-

⁸³) D. 17.1.32: '*Si hereditatem aliter aditurum non essem, quam cautum mihi fuisset damnum praestari et hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem existimo. Si quis autem mandaverit alicui, ne legatum a se repellat, longe ei dissimile esse: nam legatum acquisitum numquam illi damno esse potuit: hereditas interdum damnosa est. Et in summa quicumque contractus tales sunt, ut quicumque eorum nomine fideiussor obligari posset, et mandati obligationem consistere puto: neque enim multo referre, praesens quis interrogatus fideiubeat an absens vel praesens mandet. praeterea vulgo animadvertere licet mandatu creditorum hereditates suspectas adiri, quos mandati iudicio teneri procul dubio est*'.

⁸⁴) A. GUARINO, *Mandatum credendi*, Napoli, 1982, p. 49-53.

sico, ma pregiustiniano. I compilatori, infatti, «non avrebbero usato il *'puto'* in prima persona singolare, né avrebbero perso tempo nel cincischiare malamente il testo»⁸⁵.

Indipendentemente dalla natura genuina o meno del passo, il concetto su cui è incentrato risulta abbastanza chiaro e non richiede ulteriore analisi.

Nella sede del passo corrispondente dei *Basilici* (14.1.32)⁸⁶ troviamo numerosi scolii che instaurano un raffronto tra i due contratti, sottolineando la differenza formale che intercorre tra gli stessi.

Seguendo la ricostruzione di Heimbach (*Manuale Basilicorum*, p. 269), Stefano⁸⁷ risulta essere l'autore di quattro passi accolti come scolii, in due dei quali si ripete che, mentre il mandato è un contratto che può essere concluso anche a distanza, la *fideiussio*, in quanto specie qualificata della *stipulatio*, richiede necessariamente la presenza delle parti per essere costituita validamente⁸⁸. In quello che Scheltema riporta col numero 7 (senza dubbio di Stefano), in particolare, troviamo la seguente spiegazione:

Στεφάνου. Σημειῶσαι ἐκ τοῦ ἐνταῦθα ῥητοῦ, ὅτι οὐ δύναται τις ἐγγυᾶσθαι πρὸς ἀπόντας δανειστάς, ἐπειδὴ καὶ ἐξ στιπουλάτου τίκεται ἀπὸ τῆς ἐγγύης: ἐντέλ-

⁸⁵) GUARINO, *Mandatum credendi*, cit., p. 52 s.

⁸⁶) Ἰδέ. Ἐὰν ἐντείλῃ μοι τῷ κινδύνῳ σου περὶ τοῦ ἀζημίου ὑπεισελθεῖν τὴν ἀρμόζουσαν μοι κληρονομίαν, ἐνέχῃ, οὐ μὴν ἐὰν ἐντείλῃ μοι μὴ παραιτήσασθαι τὸ ληγατευθῆν μοι: ἢ μὲν γὰρ κληρονομία ἔσθ' ὅτε ζημίαν ἔχει, τὸ δὲ ληγάτον οὐδέποτε. Ἐφ' ὧν συναλλαγμάτων ὁ διδόμενος ἐγγυητὴς ἐνέχεται, ἐπὶ τῶν αὐτῶν ὁ ἐντελλόμενος ὑπόκειται τῇ περὶ ἐνοτλῆς ἀγωγῇ: ἀδιάφορον γάρ, εἴτε παρῶν τις ὁμολογήσει ἐγγυᾶσθαι ἢ καὶ παρῶν ἢ καὶ ἀπῶν ἐντείληται. Εἰθῶσιν οἱ δανεισταὶ ἐντέλλεσθαι τὰς ὑπόπτους κληρονομίας ὑπεισελθεῖν, καὶ ὑπόκεινται τῇ περὶ ἐνοτλῆς ἀγωγῇ (traduzione Heimbach: «Idem. Si mandaveris mihi, ut periculo tuo adirem hereditatem mihi delatam, teneris: non etiam, si mandaveris mihi, ne legatum repudiem: hereditatis enim interdum damnum habet, legatum autem numquam. In quibus contractibus fideiussor datus tenetur, in eisdem mandator tenetur mandati: nec enim refert, praesens quis fideiubeat, an prasens vel absens mandet. Creditores mandare solent, ut suspectae hereditates adeantur, et tenentur mandati»).

⁸⁷) Sulla figura e le opere di Stefano cfr. J.-A.-B.MORTREUIL, *Histoire du Droit byzantin*, I, Paris, 1843 (rist. Osnabrück, 1966), p. 290 ss., H.J. SCHELTEMA, *Über die werke des Stephanus*, in «T.», XXVI, 1958, p. 5-14 (ora in ID., *Opera minora*, Groningen, 2004, p. 331-337), ID., *Subseciva V. Der Digestenunterricht des Stephanus*, in «T.», XXXI, 1963, p. 94-95 (ora in ID., *Opera minora*, cit., p. 122-123), ID., *L'enseignement de droit des antecesseurs*, Leiden, 1970, p. 24-29 (ora in ID., *Opera minora*, cit., p. 75-79), VAN DER WAL, LOKIN, *Delineatio*, cit., p. 41 s., H. DE JONG, *Stephanus en zijn Digestenonderwijs*, Groningen, 2008, (per la quale cfr. anche la relativa recensione di F. BRANDSMA, in «ZSS.», CXXXI, 2014, p. 520 ss), EAD., *The application of 'natura (φύσις) in Byzantine law*, in «BZ.», CVI, 2013, p. 683-712, EAD., *Using the Basilica*, in «ZSS.», CXXXIII, 2016, p. 286-321, EAD., *Increase in Liability by 'Aestimatio' / Διατίμησις*, in «ZSS.», CXXXV, 2018, specialmente p. 383 ss.

⁸⁸) Si vedano *scholia* 4 e 7.

λεσθαι μέντοι καὶ παρὼν καὶ ἀπὼν δύναται⁸⁹.

L'impossibilità di rendersi garanti πρὸς ἀπόντας δανειστάς viene pertanto ricollegata al sorgere dell'*actio ex stipulatu*, focalizzando quindi sul piano processuale più che su quello sostanziale le ricadute del vizio genetico del negozio. Nel richiamare l'azione stipulatoria, Stefano doveva avere presenti le disposizioni della costituzione giustiniana, che, come visto, incentrava proprio sul regime probatorio della *praesentia* delle parti le possibili contestazioni del convenuto⁹⁰. Ne possiamo pertanto ricavare che l'*antecessor* rivolgeva una specifica attenzione, in sede di insegnamento, a fornire ai suoi studenti, per quanto possibile, un quadro completo della normazione vigente, descrivendola sia nei suoi aspetti tradizionali e consolidati, sia alludendo alle novità introdotte dalla legislazione più recente. Ma anche la stessa insistenza con cui tornava a sottolineare il requisito formale della contestuale presenza delle parti lascia trasparire la preoccupazione di Stefano affinché i suoi discepoli cogliessero gli aspetti ritenuti dal docente imprescindibili per la formazione di un giovane giurista. Ciò doveva assumere particolare rilievo nel contesto della trattazione di una materia di partenza non certo semplice ed intuitiva, quali le differenze, in tema di responsabilità, tra il mandato concluso per accettare un'eredità che si può rivelare *damnosa* e quello di non rifiutare un legato.

Quanto esplicito da Stefano viene sinteticamente espresso anche da Cirillo (scolio 5)⁹¹ nella sua *Summa*⁹², in cui, prescindendosi da qualsivoglia intento didattico, non si cerca di fornire una spiegazione del principio ma, secondo la finalità eminentemente pratica dell'opera, lo si presenta in maniera recisa ed essenziale.

Si può fare ancora un'ultima osservazione, per i fini che qui rilevano, a proposito di *Bas.* 14.1.32. Confrontando il testo latino di Giuliano (o del suo tardo annotatore, stando all'ipotesi di Guarino) con il testo greco tràdito dai *Basilici* si può notare come il giurista classico (*'neque enim multo referre, praesens*

⁸⁹) Traduzione Heimbach: «Stephani. Observa ex hoc textu, neminem apud absentes creditores fideiubere posse, quia ex stipulatu actio et fideiussione nascitur: mandare tamen tam praesentem quam absentem posse».

⁹⁰) Per completezza, si segnala che il testo di Stefano viene riproposto in maniera pressoché inalterata anche in uno scolio tardo (il n. 9 dell'edizione Scheltema), in cui le differenze testuali appaiono del tutto trascurabili.

⁹¹) Κυρίλλου. Ἐφ' ὧν διδοται ἐγγυητής, ἐπὶ τούτων καὶ μανδατάριος, εἰ καὶ ὁ ἐγγυητής ὀφείλει παρῆναι (traduzione Heimbach: «Cyrilli. In quibus datur fideiussor, in his et mandator, licet fideiussor praesens esse debeat»).

⁹²) A proposito di Cirillo e della sua *summa* del Digesto, cfr. H. J. SCHELTEMA, *Das Kommentarverbot Justinians*, in «T.», XLV, 1977, p. 307-331 (ora in ID., *Opera minora*, cit., p. 403-428), e VAN DER WAL, LOKIN, *Delineatio*, cit., p. 47 s.

quis interrogatus fideiubeat an absens vel praesens mandet'), nell'indicare il requisito formale della fideiussione sottintendesse, col termine '*interrogatus*', lo schema formale della domanda dello *stipulator* e della adesione del *promissor*.

Il testo greco, invece, ripropone la stessa nozione facendo riferimento alla sola presenza delle parti alla conclusione del contratto, secondo le modalità introdotte da Giustiniano nel 531: ἀδιάφορον γάρ, εἴτε παρὼν τις ὁμολογήσει ἐγγυᾶσθαι ἢ καὶ παρὼν ἢ καὶ ἀπὼν ἐντείληται.

Come interpretare, allora, la differenza intercorrente tra *interrogatus* e *παρὼν*? Si potrebbe, infatti, ritenere il mutamento lessicale espressione del decadimento della *stipulatio* tardoantica, in conformità con la dottrina in tema di «degenerazione». A mio avviso si deve invece sottolineare, qui come altrove, l'attenzione dei giuristi protobizantini al rispetto dell'ordinamento vigente. L'insistenza, da un lato, con cui si continua a richiedere la presenza dei contraenti e, dall'altro lato, la facilità con cui si supera, in questo contesto, il requisito dello schema verbale di domanda e risposta pongono in evidenza quanto dovesse essere effettivamente avvertita la necessità di rispettare la disciplina giustiniana, e che pertanto non sia verosimile l'idea di una «presenza fittizia» ammessa dall'imperatore tramite l'introduzione della presunzione di veridicità del documento.

Le considerazioni svolte a proposito della resa greca di D. 17.1.32 in *Bas.* 14.1.32 possono essere suffragate dal confronto tra C.I. 3.38.7 ed il corrispondente *Bas.* 12.3.7. Nella costituzione diocleziana del 294 si affrontava la tematica della divisione ereditaria, accordando tutela a coloro che, risultati assegnatari di un fondo, furono poi evitti a ragione di una garanzia costituita da alcuni coeredi, allorché il bene era ancora di proprietà indivisa. In particolare, nel caso la garanzia fosse stata concessa ad insaputa degli assegnatari, questi avrebbero potuto esperire l'*actio ex stipulatu* ovvero l'*actio praescriptis verbis* per l'*id quod interest* a seconda che fosse intercorsa o meno una *stipulatio* di garanzia fra i dividendi; se al contrario avessero ottenuto il *dominium* consapevole dell'*obligatio fundi*, l'azione sarebbe stata esperibile con l'onere di provare l'*evictionis promissionem sollemnitate verborum vel pacto promissam*⁹³.

Se già il testo dei *Basilici* riprende abbastanza fedelmente il testo latino

⁹³) C.I. 3.38.7: 'Si fratres vestri pro indiviso commune praedium citra vestram voluntatem obligaverunt et hoc ad vos secundum pactum divisionis nulla pignoris facta mentione pervenit, evictis partibus, quae ante divisionem sociorum fuerunt, in quibus obligatio tantum constitit, ex stipulatu, si intercessit, alioquin quanti interest praescriptis verbis contra fratres agere potestis. Nam si fundi scientes obligationem dominium suscepistis, tantum evictionis promissionem sollemnitate verborum vel pacto promissam probantes eos conveniendi facultatem habetis'. A proposito della problematica ivi affrontata da Diocleziano cfr. M. VANZETTI, *Il pegno su parte indivisa e le azioni divisorie*, in «BIDR.», LXXII, 1970, p. 289 ss. (specialmente p. 293 s.).

(il passaggio che qui interessa è reso con le parole *εἰ μὲν ἐπιρώτησας περὶ ἐκνικήσεως ἢ συνεφώνησας, ἔχεις αὐτοὺς ὑπευθύνους*), la corrispondenza è ancora maggiore, come prevedibile, nel *κατὰ πόδας*, riportato nello scolio 1:

(...) μόνον τὴν περὶ τῆς ἐκδικήσεως ἐπερώτησιν τῇ συνηθείᾳ τῶν ῥημάτων ἢ ἀπὸ συμ-
φώνου ἐπαγγελεῖσιν ἀποδεικνύντες, τοῦ μεθοδεύειν αὐτοὺς εὐχέριαν ἔξεσθε⁹⁴.

Troviamo però una precisazione particolarmente significativa in un passo – attribuito da Heimbach all'*antecessor* Taleleo⁹⁵ – contenuto nello scolio indicato dalle moderne edizioni dei *Basilici* col numero 3:

Εἰ γὰρ μὴδὲ ἐπιρώτησε μὴδὲ ἰδικῶς ἐπάκτευσεν, οὐδεμίαν ἔχει ἀγωγὴν. Ἡ γὰρ ῥεουμαμοταρίων κατηγορία ἔοικεν. Ὅθεν ὁ εἰδὼς τὸ ἐν τῷ πράγματι ἐλάττωμα οὐ δύναται περὶ τούτου κινεῖν, ὡσπερ οὐδὲ ὁ ἀγοραστής. Σημείωσαι, ὅτι ὁ λέγων ὡς ἐπερωτήσας αὐτὸς ἀναγκάζεται δεῖξαι ὀρθῶς γενομένην τὴν ἐπερώτησιν.

Si tratta, in realtà, di un testo non semplice da interpretare. Heimbach, nella propria edizione dei *Basilici* (Hb. I, p. 821), anche a causa di una lettura non del tutto attendibile dell'unico manoscritto in cui il frammento è riportato (il *Cod. Gr. Coislinianus 152*, in cui Heimbach leggeva *ἐνική* al posto di *ἔοικεν*), evitava di tradurne i passaggi più ostici⁹⁶.

Il commento alla costituzione diocleziana si apre con l'affermazione che non spetta alcuna azione al soggetto evitto, se non abbia proceduto ad effettuare una *stipulatio* o se non sia stato concluso uno specifico patto per il caso di evizione.

Segue poi un riferimento all'*actio rerum amotarum* particolarmente ermetico. Voler approfondire cosa intendesse dire, con esso, l'autore dello scolio, comporterebbe un allargamento dell'oggetto dell'indagine ben al di là dell'ambito di questo lavoro. Mi limito, pertanto, a null'altro che avanzare delle ipo-

⁹⁴ Traduzione Heimbach: «(...) tantum evictionis promissionem sollemnitate verborum, vel pacto promissam probantes, eos conveniendi facultatem habebitis».

⁹⁵ C. G. E. HEIMBACH, *Manuale Basilicorum*, Lipsiae, 1870, p. 361. Su Taleleo cfr. N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs du Code de Justinien*, Gravenhage, 1953, p. 64-104, H.J. SCHELTEMA, *Antecessors*, cit., p. 32-40, ID., *Subseciva IX. Das Kata Podas*, in «I.», XXXI, 1963, p. 99-100, D. SIMON, *Aus dem Kodexunterricht des Thalelaios*, in «ZSS.», LXXXVI, 1969, p. 333-383, «ZSS.», LXXXVII, 1970, p. 315-394, «RIDA», XVI, 1969, p. 283-308, «RIDA», XVII, 1970, p. 273-311, D. HOLWERDA, *Eine Stileingenheit des Thalelaios?*, in «Subseciva Groningana», I, 1984, p. 11-41, e VAN DER WAL, LOKIN, *Delineatio*, cit., p. 42.

⁹⁶ Questa la traduzione fornita da Heimbach: «Nam si stipulatio facta non est, neque specialiter pactus est, nullam habet actionem: nam. unde, qui rei deminutionem scit, de eo agere nequit, ut nec emtor. Nota, eum, qui dicit, se stipulatum esse, stipulationem recte factam esse probare debet».

tesi, nella consapevolezza che una risposta esaustiva alla questione potrebbe essere fornita solo attraverso uno studio ben più specifico dell'evoluzione tardoantica dell'*actio rerum amotarum*, dei suoi ambiti applicativi e del suo concorso con altre azioni.

Mi sembra che del passo si possano fornire almeno due diverse letture. Una prima possibilità consiste nel ritenere che esso affermi che l'azione in commento (probabilmente l'*actio praescriptis verbis*), somiglia ad un'accusa (κατηγορία) *rerum amotarum*. Tale richiamo sarebbe allora effettuato allo scopo di giustificare la concessione dell'*actio praescriptis verbis* nel caso di patto, anche se il creditore conoscesse l'esistenza dell'ipoteca. Due considerazioni, però, rendono problematica una simile esegesi. La prima consiste nel fatto che la precisazione relativa all'*actio rerum amotarum* si trovi interposta fra due periodi relativi all'impossibilità di agire in giudizio: in quello che precede si sostiene che, se il soggetto evitto non ha concluso né una *stipulatio* né un patto specifico, non ha alcuna azione; in quello che segue si afferma che chi era a conoscenza del vizio della cosa non può agire in base ad esso. Diviene, allora, più difficile giustificare la collocazione della riflessione sull'*actio praescriptis verbis*, peraltro non esplicitamente richiamata, e la sua analogia con la *rerum amotarum*. La seconda considerazione che rende poco verosimile una simile ricostruzione è la circostanza che, anche per l'epoca giustiniana, pare si possa escludere il carattere penale dell'*actio rerum amotarum*, cui invece parrebbe alludere il termine κατηγορία⁹⁷.

Una seconda possibilità interpretativa consiste nel ritenere che il passo dica che l'azione *rerum amotarum* «somiglia» (forse: «è equiparabile») ad un'accusa. In tal modo, l'*antecessor* avrebbe forse voluto istituire un raffronto tra la fattispecie in esame e la questione dei rapporti patrimoniali fra coniugi allo scioglimento del matrimonio, in quanto, in entrambi i casi, nonostante le differenze di regime giuridico e di titolarità, si verificava una sottrazione (quantitativa o qualitativa) di beni su cui gravava un vincolo di destinazione (più o meno stringente) determinato dalla loro stretta connessione col concetto di 'familia'. Il richiamo dell'*actio rerum amotarum* nel contesto della trattazione relativa alla comunione ereditaria (per quanto non detto espressamente, la circostanza che nel caso sottoposto all'attenzione di Diocleziano le parti fossero *fratres* rende assai verosimile l'ipotesi) avrebbe pertanto una funzione negativa, intesa cioè a sottolineare come, nonostante alcune somiglianze di fondo delle due fattispecie, nel caso in esame non fosse possibile nemmeno il ricorso analogico ad essa (confermando pertanto il concetto espresso nel

⁹⁷ A tale riguardo cfr. KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., p. 436.

contesto in cui l'inciso è inserito, sulla mancanza assoluta di qualsiasi azione per il soggetto evitto in forza di una garanzia di cui aveva conoscenza al momento della divisione). Volendo individuare, infatti, il valore semantico di κατηγορία nel presente contesto, mi pare sia da considerare corrispondente ad 'accusatio'. Si potrebbe, allora, ritenere che Taleleo abbia inteso che l'*actio rerum amotarum* fu introdotta per dare tutela ad una situazione in cui, pur non essendo possibile l'esperimento di un'azione infamante, quale l'*actio furti*, ci si trovava comunque a dover reagire ad un illecito che, se non fosse stato per lo *status* dei soggetti coinvolti, sarebbe stato qualificabile come *furtum*. Non così, invece, nel caso del condomino che avesse costituito una garanzia reale sul *pro indiviso commune praedium*, il quale avrebbe esercitato una facoltà del proprio diritto di proprietà.

Questa spiegazione, supposta più che dimostrata, permetterebbe di raccordare lo strano inciso col periodo che segue. In esso si dice che «pertanto chi era a conoscenza della *deminutio rei* (τὸ ἐν τῷ πράγματι ἐλάττωμα, ossia la garanzia costituita dai comproprietari), non può agire in ragione di essa, così come non può farlo l'acquirente». Ci si può però chiedere, anche in questo caso, a cosa alludesse, di preciso, l'*antecessor*, allorché faceva riferimento al compratore. Mi sembra che la soluzione più plausibile consista nel ritenere che il parallelo istituito debba tenere conto della precisazione relativa alla consapevolezza del diritto reale gravante sul fondo. Taleleo, quindi, affermerebbe che, se ad un comproprietario sia destinato un lotto divisorio e, conscio del vincolo, lo accetti senza pattuire espressamente una garanzia per il caso dell'evizione, si troverà nella stessa situazione di chi, acquirente, non concluda una *stipulatio* o altra specifica pattuizione di garanzia, essendo a conoscenza del pegno. In entrambi i casi l'ordinamento non potrà fornire alcun mezzo di tutela a chi vi ha rinunciato consapevolmente⁹⁸.

La parte dello scolio più rilevante ai nostri fini è, però, l'ultimo periodo. Come notazione di chiusura viene ricordato al lettore che chi in giudizio afferma avvenuta una *stipulatio* è gravato dall'onere di provare che essa fu conclusa «correttamente», «regolarmente» (ὀρθῶς). A tale proposito si possono fare due osservazioni.

⁹⁸) Cfr. anche il principio espresso in altro rescritto diocleziano dello stesso anno 294 (C.I. 8.44.27): '*Si fundum sciens alienum vel obligatum comparavit Athenocles nec quicumque de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra iuris poscit rationem. nam si ignorans, desiderio tuo iuris forma negantis hoc reddi refragatur*'. In merito alle fattispecie in cui la garanzia per evizione non era dovuta ma poteva essere convenuta espressamente (o, al contrario, poteva essere convenzionalmente esclusa allorché dovuta) cfr. G. IMPALLOMENE, *Il 'pactum de non praestanda evictione' nella dottrina di Giuliano e di Ulpiano e i riflessi nelle codificazioni moderne*, in «Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano», I, Milano, 1988, p. 233-244.

In primo luogo, anche in questo caso (come già verificato in relazione a D. 17.1.32 e *Bas.* 14.1.32), mentre il testo latino di riferimento richiamava esplicitamente la *sollemnitatis verborum* della *stipulatio*, la riflessione degli *antecessores* rivela l'intento di armonizzare il precetto classico con la disciplina tardoantica, presentando un quadro coerente delle disposizioni in vigore. Si ha la sensazione che il giurista bizantino, trovandosi a dover attualizzare un elemento ormai superato, ne abbia voluto sottolineare quella componente che ancora ai suoi tempi poteva rivelarsi utile: la *sollemnitatis verborum* viene pertanto reinterpretata come semplice allusione alla correttezza formale del negozio, a prescindere dal diverso regime applicabile, rispettivamente, prima e dopo la costituzione di Leone del 472.

In secondo luogo, però, dobbiamo registrare come l'onere probatorio gravante sull'attore richieda di essere armonizzato con quanto stabilito da Giustiniano nella costituzione del 1° novembre 531, ossia l'imposizione al debitore di dimostrare la mancata compresenza delle parti.

Innanzitutto, si potrebbe ipotizzare che il commento di Taleleo risalisse al testo del primo Codice, emanato anteriormente alla costituzione del 531.

Ma se anche così non fosse, mi sembra che sia comunque possibile dipanare l'apparente contraddittorietà. Taleleo fa riferimento, infatti, al testo del rescritto diocleziano ove, in fine, si chiedeva all'attore di fornire la prova della *stipulatio*. Credo si possano allora avanzare due ipotesi: l'*antecessor* potrebbe, da un lato, aver interpretato tale disposizione come eccezione particolare alla normativa generale del 531, più che ritenere la prima implicitamente modificata dalla seconda. Ciò spiegherebbe l'esigenza, avvertita da Taleleo, di sottolineare con enfasi il regime particolare del rescritto: il lettore, a conoscenza della normativa giustiniana, veniva così messo in guardia dall'insolita disciplina del caso in questione.

Possiamo però anche ritenere che Taleleo abbia considerato, al contrario, la norma di Diocleziano più generale rispetto a quella di Giustiniano, dal momento che la prima non si riferiva esclusivamente, come la seconda, al valore probatorio del documento stipulatorio. Ci troveremmo, in tal caso, di fronte ad una ricostruzione di questo tipo: il creditore-attore deve, secondo il principio generale sotteso al rescritto diocleziano, provare la *stipulatio*; se lo fa tramite documento, questo sarà soggetto alla presunzione giustiniana; il debitore-convenuto potrà inficiare il valore probatorio dell'*instrumentum* solo dimostrando l'assenza, per l'intera giornata, di una delle parti dalla città di conclusione del contratto.

Ciò lascerebbe aperta la possibilità di una *stipulatio* conclusa *verbis* e non documentata per iscritto. In tal caso il contratto sarebbe stato, ancora ai tempi

di Taleo, da considerarsi senz'altro valido, ma da provarsi, in caso di controversia, con modalità che non avrebbero goduto del regime privilegiato introdotto da Giustiniano con C.I. 8.37.14.

Ancora più esplicito nel senso della validità della *stipulatio* orale risulta uno scolio, attribuito da Heimbach a Taleo⁹⁹, posto a margine di *Bas.* 11.2.57. Il passo dei Basilici riporta il contenuto C.I. 2.4.40¹⁰⁰, costituzione del 3 giugno 381 già presente, con alcune varianti, nel *Codice Teodosiano* (2.9.2)¹⁰¹. La *lex* disponeva che, in caso di patto o transazione redatti per iscritto e cui avesse acceduto una *stipulatio Aquiliana*, comprensiva di una penale per il caso di mancato rispetto degli accordi intervenuti¹⁰², chi non avesse rispettato gli impegni assunti avrebbe dovuto, in mancanza di un consenso delle parti per la modifica dell'accordo stesso, restituire quanto ricevuto in forza del patto o della transazione e la pena promessa.

⁹⁹) HEIMBACH, *Manuale Basilicorum*, cit., p. 352.

¹⁰⁰) C.I. 2.4.40: 'Ubi pactum vel transactio scripta est atque Aquilianae stipulationis er acceptilationis vinculis firmitas iuris innexa est, aut subsecutis secundum leges accomodandus est consensus aut poena una cum his quae data probantur ante cognitionem causae, si et adversarius hoc maluerit, inferenda est'.

¹⁰¹) C.Th.2.9.2: 'Ubi pactum conscriptum est, atque Aquilianae stipulationis vinculis firmitas iuris innexa, aut gestis secundum legem accomodandus est consensus, aut poena una cum his quae data probantur, ante cognitionem causae inferenda est'. La costituzione imperiale, emanata a Costantinopoli, reca nell'*inscriptio* i nomi di Graziano, Valentiniano e Teodosio, ed è destinata ad Eutropio, prefetto del pretorio dell'Ilirico. E' controversa la esatta riferibilità del provvedimento a Graziano, come sostenuto da M. WLASSAK, *Die Aquilianische Stipulation*, in «ZSS.», XLII, 1921, p. 423, ovvero a Teodosio, all'epoca di stanza a Costantinopoli, come ritenuto da O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.: Vorarbeit zu einer Prosopographie der christlichen Kaiserzeit*, Frankfurt am Mein, 1894, p. 255 e da M. DEL GENIO nella scheda palinogenetica alla costituzione in oggetto in P. BIAVASCHI, M. DEL GENIO, I. FARGNOLI (cur.), *Materiali per una palinogenesi delle costituzioni tardo-imperiali. La legislazione di Teodosio I (375-395)*, edito on line nel sito internet di «RDR.», consultabile all'indirizzo http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/palingenesi/palingenesi_costituzioni.pdf.

¹⁰²) E' dibattuta la questione relativa al rapporto tra *stipulatio Aquiliana* e pena. Sostiene R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragstrafe*, Köln-Wien, 1976, p. 297 ss., che nel periodo tardoantico la *stipulatio Aquiliana* si sarebbe trasformata fino a divenire sostanzialmente una *stipulatio poenae*. Secondo dottrina preferibile bisogna ritenere che nella fattispecie in esame la stessa *stipulatio* contenesse anche una penale oppure che al rapporto principale accedessero sia una *stipulatio Aquiliana* sia una *stipulatio poenae*. In tal senso F. STURM, *Vertragstrafe und Vertrag Anpassung beim Vergleich. Gedanken zu C.2.4.40 (381)*, in «Essays B. Beinart», III, Cape Town – Wetton – Johannesburg, 1979, p. 103 s. (ora in ID., *Ausgewählte Schriften zum Recht der Antike*, I, Napoli, 2018, p. 353-365), e ID., *La 'condictio ob transactionem'*, in «Studi C- Sanfilippo», III, Milano, 1983, p. 657 ss. (ora in ID., *Ausgewählte Schriften*, cit., p. 419-452). Di recente sulla tematica affrontata da CI. 2.4.40 cfr. M. SCOGNAMIGLIO, *Ricerche sulla 'stipulatio poenae'*, Torino, 2018, p. 174 ss.

Lo scolio¹⁰³, dopo aver brevemente descritto il dispositivo della costituzione in oggetto, esamina la disciplina giuridica delle transazioni perfezionate *sine scriptis* oppure senza la interposizione della *stipulatio*. Anche la transazione non redatta per iscritto dovrà comunque ritenersi valida¹⁰⁴, ma alla

¹⁰³) Σημείωσαι δὲ τὴν διάταξιν καὶ μέμνησο, πότε χώραν ἔχει τὸ νόμιμον αὐτῆς, ὥστε πρὸ τῆς οἰαζδῆποτε διαγνώσεως καὶ τὸ πρόστιμον ἀπαιτεῖσθαι τὸν παραβαίνοντα καὶ πάντα, ὅσα λόγῳ διαλύσεως ἔλαβεν, ἀναδιδόναι, τουτέστιν, ὅτε καὶ ἐγγράφος ἢ διάλυσις γέγονεν, ἦτοι τὸ πάκτον, καὶ τῆ Ἀκουιλιανῆ ἐπερωτήσῃ ἡσφάλισται. Ἐάν οὖν ἄγραφον διάλυσις παραβαίη τις, ἢ τὴν ἔγραφον μὲν, μὴ ἔχουσαν δὲ τὴν Ἀκουιλιανὴν ἐπερωτήσῃ, οὐ χώρα τῷ νομίμῳ ταύτης τῆς διατάξεως. Ὅτι δὲ καὶ ἄγραφως γινομένη διάλυσις ἔρρωται, ἔγνωσ ἐν τῇ ε'. καὶ κη'. τοῦ τιτ. τούτου διατάζει. Ἄλλ' ἐπὶ τῶν τοιούτων διαλύσεων, εἰ μὲν ἐπερωτήσῃ πρόστιμον ὁ διαλυσάμενος καὶ προσέθηκε μετὰ τὴν τοῦ πρόστιμου καταβολὴν ἐρρῶσθαι καὶ οὕτω τὴν διάλυσιν, δύναται καὶ τὸ πρόστιμον ἀπαιτεῖν τὸν παραβαίνοντα [δύναται] καὶ ἐναγόμενος κεχρησθῆαι τῇ τοῦ πάκτου παραγραφῇ, ὡς εἶπον ἐν ιζ'. τούτου τοῦ τιτ. διατ. ἦτοι κεφ. λδ'. Εἰ δὲ μόνον πρόστιμον ἠρώτησεν ἐκ παραβάσεως ἢ καὶ συνεφώνησε τὸν παραβαίνοντα ἀναδοῦναι τὰ δεδομένα, τότε ἢ τῇ τοῦ πάκτου παραγραφῇ κέχρηται βουλόμενος ἐρρῶσθαι τὴν διάλυσιν ὁ ῥέος, ὡς εἶπεν ἢ αὐτῇ ιζ'. τοῦ τιτ. τούτου διατ., καὶ οὐκέτι δύναται ῥεπετιτεῦειν, ἅτινα λόγῳ διαλύσεως κατέβαλεν· ἢ εἰ θαρρεῖ ταῖς οἰκειαῖς δικαιολογίαις ὁ ῥέος, καὶ βούλεται ἄνωθεν κινηθῆναι τὴν δίκην, καλῶς ἐπιζητεῖ ἀναλαβεῖν, ἃ δέδωκεν λόγῳ διαλύσεως κατὰ τὴν ιδ'. τούτου τοῦ τιτ. διατ. ἦτοι κεφ. λα'. Τὸ οὖν συναγόμενον, ὁ μὲν ἔγραφον διάλυσιν παραβαίνων τῇ προκειμένῃ διατάξει περιπίπτων καὶ τὸ πρόστιμον ἀπαιτεῖται καταβαλεῖν, καὶ ὅσα λόγῳ διαλύσεως ἔλαβεν, ἀναδοῦναι· ἠνίκα δὲ ἢ ἄγραφός ἐστιν ἢ διάλυσις, ἢ χωρὶς Ἀκουιλιανῆς ἐπερωτήσεως γέγονεν, ἐν γνώμῃ κεῖται τοῦ ῥέου, εἰ βούλεται χρῆσασθαι τῇ παραγραφῇ τῇ ἀπὸ τῆς διαλύσεως καὶ ἀπωθήσασθαι τὸν ἐνάγοντα, ὡς ἢ ιζ'. τούτου τοῦ τιτ. φησὶν διατάξεις, ἢ μᾶλλον εἰ θέλει ἐπιζητεῖν ἀναδοθῆναι αὐτῷ ἃ κατέβαλε, καὶ ἄνωθεν καὶ ἢ δίκῃ λέγεται, ὡς εἶπεν ἢ ιδ'. διατ (traduzione Heimbach: «Nota constitutionem et memento, quando sanctio eius obtineat, ut scilicet ante omnem causae cognitionem et poena exigatur ab eo, qui transactionem violat, isque omnia, quae ex causa transactionis accepit, restituat, id est, cum scriptura interveniente transactio inita est, sive pactum stipulatione quoque Aquiliana firmatum est. Si igitur transactionem in scripturam non redactam quis violaverit, vel in scriptis quidem celebratam, nec vero Aquiliana stipulatione firmatam, sanctioni huius constitutionis locus non est. Transactionem etiam sine scriptura factam valere, const. 5. et 28. huius tit. didicisti. Sed in eiusmodi transactionibus, si quidem poenae stipulationem is, qui transegerit, adiecerit, post poenam praestitam et sic transactio valere potest et poena exigi ab eo, qui transactionem violaverit. Convenus autem pacti exceptione uti potest, ut const. 17. huius tituli sive cap. 34. dixi. Si vero poenam solum, si transactio violaretur, alter stipulatus sit, vel etiam placuerit, ut qui violaverit, data restitueret, reus vel pacti exceptione utitur, transactionem ratam esse volens, ut const. 17. huius tit dicitur, nec amplius transactionis nomine soluta repetere potest: vel si reus allegationibus suis confidat et denuo litem agi velit, recte desiderat, restitui sibi ea, quae ex causa transactionis dedit, secundum const. 14. huius tit. sive cap. 31. Summa igitur haec est. Qui transactionem in scripturam redactam violat, in hanc constitutionem incidit, isque tam poenam solvere, quam ea, quae transactionis nomine accepit, restituere compellitur: quando autem transactio sine scriptura celebrata, vel Aquiliana stipulatione firmata non est, tunc in arbitrio rei est, utrum exceptione transactionis uti et actorem submovere velit, ut const. 17. huius tituli dicitur, an restitui sibi ea, quae solvit, et causa denuo agi velit, ut const. 14. dicitur [...]»).

¹⁰⁴) Come patto, e quindi valida secondo la relativa disciplina, come sembra emer-

stessa non potrà applicarsi la sanzione introdotta dalla *lex* in commento qualora una delle parti non adempia agli obblighi assunti con la transazione stessa. Ma qualora ad una transazione conclusa senza scrittura sia stata fatta seguire una *stipulatio poenae*, contro l'inadempiente potrà essere richiesta la pena stessa e il soggetto chiamato in giudizio per il debito originario poi transatto potrà difendersi con una eccezione di patto.

A me sembra di tutta evidenza che Taleo non possa fare riferimento, in quest'ultimo caso, che ad una *stipulatio* conclusa verbalmente e non documentata per iscritto. Per quanto sia infatti astrattamente ipotizzabile che l'esemplificazione dell'*antecessor* vada riferita ad una transazione non scritta cui abbia fatto seguito una *stipulatio* scritta, in tal caso il regime da applicarsi dovrebbe essere, a mio modo di vedere, direttamente quello introdotto da C.I. 2.4.40. E' vero che il documento relativo ad una *stipulatio* si sarebbe presentato, sia da un punto di vista contenutistico sia da un punto di vista formale (potendo più facilmente assumere la veste del chirografo), con caratteristiche ben diverse rispetto a quello relativo ad una transazione, tuttavia una *stipulatio poenae* relativa al mancato rispetto della transazione non avrebbe potuto non menzionare l'accordo transattivo stesso. E allora il relativo documento, fatto valere in giudizio contro il *promissor* inadempiente alla transazione, avrebbe costituito contro costui la prova documentale sia dell'avvenuta transazione sia dell'intercorsa *stipulatio*, proprio secondo quanto previsto dalla *lex* del 381.

Se quanto sopra affermato è vero, ci troveremmo di fronte a quello che, salvo mie lacune nel censimento dei frammenti rilevanti, potrebbe rappresentare (a fronte di numerosi testi che non facendo esplicito riferimento alla forma contrattuale potrebbero essere riferiti tanto a *stipulationes* verbali quanto a *stipulationes* documentate per iscritto) uno dei pochissimi testi di età giustiniana in cui si analizza la disciplina di una *stipulatio* conclusa *verbis* e non attestata da alcun documento scritto¹⁰⁵.

La tematica relativa alla forma della *stipulatio* emergerà ancora nelle pagine che seguono, allorché le singole problematiche di volta in volta affrontate presenteranno delle connessioni con quanto finora visto. Prima, però, di passare a trattare un diverso aspetto del nostro contratto, mi sembra sia opportuno dare conto di un'ultima questione. Ci si può cioè chiedere se oltre allo studio dogmatico della forma stipulatoria la dottrina di età giustiniana

gere dal rimando, effettuato dallo stesso Taleo, a C.I. 2.4.28.

¹⁰⁵) Faccio salvi, ovviamente, i passaggi delle *Istituzioni* imperiali e della *Parafraresi* teofilina sopra esaminati. Sul tema potrebbe in realtà offrire spunti di interesse anche C.I. 8.40.27, fonte a cui mi ripropongo di riservare uno specifico studio nel prossimo futuro.

avesse rivolto la propria attenzione anche alla nota clausola καὶ ἐπερωτηθεὶς ὁμολόγησα, tipica della prassi documentale dei *tabelliones*, considerata dalla romanistica contemporanea, come visto, il prodotto e l'emblema della degenerazione tardoantica della *stipulatio*.

Per fare luce sulla questione, uno scolio estremamente interessante è conservato in *Bas.* 11.1.7 (il numero 25 dell'edizione Scheltema):

Ἔθος τοῖς ταβελλίωσιν ἐκάστῳ τέλει συμβολαίου προσγράφειν οὕτως· καὶ ἐπερωτηθεὶς ὁ δεῖνα ὁμολόγησε· καὶ τοῦτο ἐν πάσιν ποιούσιν τοῖς συναλλάγμασιν, τουτέστι τοῖς πάκτοις τοῖς τίκτουσιν ἀγωγὴν ἢ παραγραφὴν οἶον, ὡς ἐπὶ θέματος ἐὰν μίσθωσις γένηται, δέον οὕτως εἰπεῖν, ὁ δεῖνα ἐμίσθωσε τόνδε τὸν ἀγρὸν διακείμενον ἐν τῷδε τῷ τόπῳ ἐπὶ ἐτησίῳ κανόνι νομισμάτων τοσῶνδε, προστίθῃσιν ἐν τῷ τέλει τοῦ συμβολαίου· καὶ πρὸς ταῦτα ἐπερωτηθεὶς ὁμολόγησεν, ὥστε <καὶ> ἐξιτιπυλάτο τίκτεσθαι δοκεῖν. Καλῶς εἶπον ἐξιτιπυλάτο τίκτεσθαι. Κὰν γὰρ ἐτέχθη ἐξ στιπουλάτο, οὐκ ἐνοβατεύθη ἢ λοκάτι εἰς τὴν ἐξιτιπυλάτο, καθὸ μὴ ἐπὶ νοβατίονα συνῆλθον, μήτε τοῦτο αὐτὸ ἐξεφώνησαν, ὡς ἔγνωσ ἐν τῷ κή. τιτ. τῆς γ'. τῶν Ἰνστιτούτων [3.29.3α]. Ταῦτα μὲν οὖν ἐπὶ τῆς μισθώσεως ποιούσιν οἱ ταβελλίωσιν. Εἰ δὲ καὶ τις ποιήσει τινὲ πάκτον ἔγγραφον, οὐκ ἀπαιτῶ σε τὸ χρέος, πάλιν κατὰ τὸ συνειθισμένον ὁ ταβελλίωσιν πρὸς τῷ τέλει τοῦ χάρτου προσγράφει· καὶ ἐπερωτηθεὶς ὁ δεῖνα ὁμολόγησε τὸ χρέος μὴ ἀπαιτεῖν, ἵνα ὁ τοῦ πάκτου τυχὼν σχοιῆ καὶ παραγραφὴν ἐναγόμενος, δυνῆθῃ δὲ καὶ τὴν ἐξ στιπουλάτο κινεῖν καὶ παρασκευάζειν τὸν πεποιηκότα αὐτῷ τὸ πάκτον ποιῆσαι αὐτῷ ἀκεπτιλατίονα. Ταῦτα οὖν τὰ τυπικὰ τῶν συμβολαίων ῥήματα τὰ λέγοντα, ὅτι καὶ ἐπερωτηθεὶς ὁ δεῖνα ὁμολόγησεν ἕκαστον, ἀκούλουθῶσιν οὐ τίκτει τὴν ἐξιτιπυλάτο, ἐὰν δειχθῇ τὸ ἐναντίον, ὅτι οὐκ ἔσχον διάθεσιν ἐπερωτώντων τε καὶ ἐπερωτωμένων οἱ πακτεύσαντες. Σημείωσαι οὖν αὐτὸ πάνυ ὄν θυμαστὸν καὶ εἰς πολλὰ σοὶ συμβαλλόμενον¹⁰⁶.

Attenendoci, ancora una volta, alla ricostruzione effettuata da Heimbach nel

¹⁰⁶) Traduzione Heimbach: «*Tabelliones in finem cuiuslibet instrumenti adscribere haec solent: et interrogatus ille promisit: idque in omnibus faciunt contractibus, id est, in pactis, quae actionem vel exceptionem gignunt: veluti hoc casu, si locatio facta sit, et dicendum sit: ille hunc agrum in hoc loco situm pro annua tot aureorum mercede locavit: in fine instrumenti tabellio addit: et de his interrogatus spondit, ita ut ex stipulatu actio nasci videatur. Recte dixi, ut ex stipulatu nasci actionem. Licet enim ex stipulatu actio nascatur, tamen locatio in actionem ex stipulatu novata non est, quum novandi causa non convenerint, nec hoc ipsum expresserint, ut tit. 28 lib. 3. Institutionum didicisti. Haec igitur in locatione tabelliones faciunt. Sed et si quis in scriptis cum aliquo pactus sit, se ab eo debitum non petiturum, rursus more suo tabellio in fine instrumenti adscribit: et interrogatus ille spondit, se debitum non petiturum: ita ut is, qui pactum impetravit, exceptionem habeat, si conveniatur, possit autem ex stipulatu quoque agere et efficere, ut ille, quocum pactus est, acceptam ei ferat pecuniam. Haec igitur verba in instrumentis sollemnia, ille interrogatus spondit, per consequentias actionem ex stipulatu non pariunt, si probetur contrarium, id est, paciscentes animum stipulantium et promittentium non habuisse. Nota igitur hoc valde admirabile et in multis tibi utile.*

suo *Manuale Basilicorum*, l'autore dello scolio potrebbe essere, anche in questo caso, l'*antecessor* Stefano. Si tratterebbe, quindi, di un testo volto all'insegnamento. Troveremmo, pertanto, un'attestazione particolarmente significativa del modo in cui i professori di diritto si facevano scrupolo di formare i propri allievi non solo sulle questioni teoriche connesse agli istituti giuridici esaminati, ma anche sulle ricadute pratiche di questi e sul conseguente adeguamento ad essi degli schemi negoziali privati. Al tempo stesso, mi sembra sia particolarmente indicativo della vitalità della clausola stipulatoria: anche ammettendo che essa si presenti di frequente in maniera inappropriata o imprecisa, la circostanza che nelle scuole di diritto si valutassero le conseguenze di diritto sostanziale derivanti dalla sua applicazione ai documenti dei *tabelliones* lascia trasparire come essa non solo non fosse certo considerata, a dispetto dell'idea diffusa presso la dottrina contemporanea, come un prodotto tralattizio privo di rilevanza giuridica, ma anche come fosse insufficiente a creare una presunzione di effettiva e corretta conclusione della *stipulatio* stessa, qualora la parte interessata (verosimilmente il debitore) fosse riuscita a dimostrare l'assenza dell'*animus stipulantium et promittentium*.

Venendo, più specificamente, ad esaminare il contenuto dello scolio, esso esordiva registrando il costume diffuso dei notai di apporre, al termine degli *instrumenta*, le parole καὶ ἐπερωτηθεὶς ὁ δεῖνα ὠμολόγησε. Ciò avveniva tanto nelle convenzioni in grado di generare un'azione (i contratti) quanto nei patti produttivi soltanto di un'eccezione. Si faceva quindi un esempio di entrambe le ipotesi, descrivendo gli effetti della clausola stipulatoria in ciascuna di esse. Come paradigma di contratto cui si soleva apporre la clausola, Stefano citava la locazione e spiegava che in tal modo si otteneva l'effetto di rendere esperibile l'*actio ex stipulatu* anche per le convenzioni già munite di una propria specifica tutela. In questo caso, l'*actio locati* non sarebbe venuta meno: Stefano ricordava infatti che non si sarebbe prodotta novazione dell'*obligatio locati* in obbligazione *ex stipulatu* se le parti non avessero convenuto espressamente in tal senso. Spiegava che tale regime era il frutto della riforma giustiniana della novazione¹⁰⁷. Nel caso, invece, di un patto, quale poteva essere un *pactum de non petendo*, l'apposizione della clausola stipulatoria avrebbe consentito di esperire l'*actio ex*

¹⁰⁷) Risulta degno di nota rilevare come Stefano, per riferirsi alla riforma giustiniana della novazione, non citasse direttamente C.I. 8.41.8 ma il passo delle *Istituzioni* in cui se ne dava brevemente conto (*Iust. inst.* 3.29.3a, erroneamente indicato come 3.28). Mi sembra che ciò sia dovuto alla natura didattica dell'opera: rivolgendosi a studenti che già avevano affrontato, nel corso del primo anno di studi, le *Istituzioni* giustiniane e che avrebbero solo in seguito proceduto a studiare il *Codex*, l'*antecessor* doveva ritenere didatticamente più appropriato richiamare una fonte già nota ai suoi allievi.

stipulatu anche per convenzioni che, di per sé, non sarebbero state provviste di tutela diretta, ma avrebbero dato luogo soltanto ad eccezione, con l'effetto di costringere il creditore a concludere una *acceptilatio*.

Stefano proseguiva, poi, con un'affermazione sulla rilevanza probatoria della clausola stipulatoria: in conseguenza della sua apposizione documentale sarebbe toccato al convenuto inficiarne il valore dimostrando che οὐκ ἔσχον διάθεσιν ἐπερωτώντων τε καὶ ἐπερωτωμένων οἱ πακτεύσαντες. Nella prospettiva dell'*antecessor*, pertanto, la clausola avrebbe consentito di predeterminare una sorta di parziale inversione dell'onere probatorio relativo al rapporto sottostante: in sua assenza sarebbe stato onere del creditore dimostrare il fondamento della pretesa, mentre tramite essa avrebbe ottenuto piena e rapida soddisfazione, a meno che il convenuto non dimostrasse che al momento della redazione del documento le parti non avevano l'*animus stipulantium*. Ci si può chiedere, a questo punto, se una simile affermazione contrasti in qualche modo con la presunzione giustiniana del 1° novembre 531, senz'altro nota a Stefano¹⁰⁸. Mi sembra che sia ipotizzabile che l'*antecessor* considerasse la presunzione di C.I. 8.37.14 applicabile al solo ambito della compresenza delle parti, e che non coprisse, per il resto, gli altri elementi della *stipulatio*. Ciò significa che l'*absentia* di una delle parti dal luogo di redazione del documento fosse la prova vincolata con cui poter inficiare il solo vizio della forma, fermo restando che il convenuto avrebbe potuto dimostrare la nullità del contratto per mancanza di uno degli altri elementi essenziali, primo fra tutti il consenso.

Infine, a chiusura del frammento troviamo la seguente indicazione: σημείωσαι οὖν αὐτὸ πᾶν ὃν θαυμαστὸν καὶ εἰς πολλὰ σοὶ συμβαλλόμενον. È possibile che si tratti di un'aggiunta posteriore al testo di Stefano, e che pertanto non sia opera dell'*antecessor* stesso. A prescindere, però, da tale questione, resta degno di nota come il suo autore abbia voluto sottolineare con forza la finalità e l'utilità eminentemente pratica delle indicazioni di Stefano, considerate quasi un «trucco del mestiere», dei concetti di livello medio-elevato provenienti dal mondo della prassi, in cui gli uditori dell'*antecessor* un giorno si sarebbero dovuti inserire.

Per concludere, ci si può dunque porre una domanda (cui si tenterà di dare risposta nello svolgimento del presente lavoro): le preziose informazioni ricavabili dallo scolio di Stefano rappresentano una concettualizzazione isolata di fenomeni in realtà meno sottili e raffinati o, al contrario, la concezione dell'*antecessor* stesso, emergente dall'annotazione di chiusura, può trovare riscontro in altre fonti?

¹⁰⁸) Cfr. le osservazioni svolte poco sopra in relazione allo *sch.* 7 a *Bas.* 14.1.32.

2.5. Alcuni aspetti della prassi documentale

Come segnalato, uno dei fenomeni che caratterizzano l'evoluzione tardoantica della *stipulatio*, e che viene sovente indicato come indice rivelatore e causa della sua degenerazione, è la diffusione della clausola stipulatoria καὶ ἐπερωτηθεὶς ὁμολόγησα. Le particolarità del suo impiego permettono tuttavia di delineare alcune sue singolarità che sembrerebbero contraddire l'assunto secondo cui la stessa sarebbe stata un mero prodotto tralatizio, privo di alcuna effettiva funzione giuridica.

Che l'esigenza di attestare la presenza delle parti alla redazione del documento fosse avvertita, in età giustiniana, come mezzo per rispettare il requisito dell'*unitas actus* tipico della *stipulatio* è dimostrato non solo dal testo di C.I. 8.37.14, ma anche dalle risultanze di alcune fonti papiracee. In alcuni documenti, infatti, troviamo una clausola stipulatoria particolarmente «rafforzata» in cui la presenza delle parti è sottolineata con grande enfasi. Disponiamo, a quanto mi risulta, di una ventina di papiri contenenti espressioni quali εἰς πρόσωπον ο κατὰ πρόσωπον per attestare la presenza delle parti all'atto¹⁰⁹. La circostanza che tale clausola sia attestata già in un'epoca precedente la *lex* del 531 esclude, ovviamente, che essa rappresenti un adeguamento della prassi alle disposizioni giustiniane. Potrebbe invece rappresentare proprio una di quelle peculiarità documentali che diedero origine alle controversie interpretative rappresentate all'imperatore dagli avvocati di Cesarea.

Tra simili documenti papiracei, alcuni presentano caratteristiche tali da meritare una specifica attenzione. In particolare, fra le clausole stipulatorie tradite dai papiri egizi, quelle di «SB.» 16.12516 (Ossirinco, 448) e «P. Col.» 8.244 (= «SB.» 6.9525; Arsinoe, VI secolo) presentano una struttura per certi versi simile, in quanto in entrambe si attesta l'intercorsa *stipulatio κατὰ [εἰς] πρόσωπον* relativa a ciascuna delle singole pattuizioni componenti il complesso rapporto obbligatorio instaurato (rispettivamente καὶ εἰς τὰ προγεγραμμένα πάντα καὶ εἰς ἕκα-

¹⁰⁹ «P. Oxy.» 63.4394 (494-500), «P. Oxy.» 16.1890 (508), «P. Ness.» 15 (512), «SB.» 1.5174 (512), «SB.» 1.5175 (512), «P. Cair. Masp.» 126 (541), «P. Oxy.» 63.4397 (545), «P. Lond.» 5.1723 (577), «P. Mon.» 4 + 5v (581), «P. Mon.» 9 (585), «P. Lond.» 1730 (585), «P. Lond.» 1731 (585), «P. Mon.» 10 (586), «P. Mon.» 11 (586), «P. Koln.» 3.157 (589), «P. Mon.» 13 (594), «P. Cair. Masp.» 1.67097 (VI sec.), «P. Lond.» 1.113 (VI sec.), «P. Col.» 8.244 = «SB.» 6.9525 (VI sec.), «P. Lond.» 1734 (tardo VI). A proposito di tale clausola si vedano TAUBENSCHLAG, *Greco-Roman Egypt*, cit., p. 397, PRINGSHEIM, *Stipulations-Klausel*, cit., p. 219, e SIMON, *Stipulationsklausel*, cit., p. 92 s.

στον αὐτῶν ἐπερωτηθεῖσα ὑπὸ σοῦ εἰς πρόσωπόν σοι ὁμολόγησα nel primo papiro e καὶ ἐπὶ τούτοις ἐπερωτηθεῖς ὁ ἀποδόμενος Φοιβάμμων ὑπὸ τῶ πριαμένῳ Παυλῷ εἰς ἕκαστον τῶν προγεγραμμένων κατὰ πρόσωπον ὁμολόγησα nel secondo).

«P. Mon.» 13, del 18 gennaio 594, poi, documenta una compravendita conclusa a Siene che desta interesse in quanto il contratto è redatto in greco, ma le venditrici dichiarano di conoscere solamente il copto. Questa circostanza suggerì all'estensore dell'atto di fare ricorso a una clausola stipulatoria assai dettagliata nel chiarire: 1) la presenza delle parti (καὶ ἐπερωτηθέντες κατὰ πρόσωπον εἰς προσωπου [sic] ὁμολογήσαμεν καὶ ἀπελύσαμεν); 2) la loro accettazione della convenzione con specifica menzione delle obbligazioni assunte (ταῦθ' οὕτως καλῶς ὀρθῶς δικαίως ἔχειν ποιεῖν δώσειν φυλάττειν ἐμμένειν διατηρεῖν εἰς πέρας ἄγειν καὶ εἰς τέλος συνελάσαι, φυλαχθῆναι ἡμεῖς τε καὶ οἱ μεθ' ἡμᾶς εἰς ἅπαντα); 3) l'avvenuta traduzione in lingua copta alla parte venditrice (ἀναγνωσθέντα καὶ ἐπιμνησθέντα ἡμῖν κατὰ αἰγυπτιακὴν γλῶττα καὶ ἀρεσθέντα ὁμολογήσαμεν καὶ ἀπελύσαμεν). La struttura dell'atto richiama quanto, come si è visto, dichiarava Ulpiano (seguendo Sabino) a proposito del perfezionamento della *stipulatio*, ove si arrivava ad accettare che le parti, non parlando la stessa lingua, concludessero il contratto per il tramite di un interprete (D. 45.1.1.6: *'et scriptura Sabini, sed et verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intellegat sive per se sive per verum interpretem'*). Possiamo ritenere, insomma, che il papiro egizio rappresenti un'applicazione concreta (ma non necessariamente consapevole) del precetto ulpiano e che l'estensore del documento abbia avvertito la necessità di precisare le modalità con cui l'accordo delle parti fu raggiunto a causa delle perplessità che la fattispecie occorsa poteva generare sull'effettività del consenso. Il ragionamento di Ulpiano e quello del notaio di «P. Mon.» 13 possono essere considerati analoghi, pur nella differenza delle finalità perseguite (da un lato, l'induzione dal caso concreto di un principio generale ripetibile ogni volta che si fosse riproposta la stessa problematica; dall'altro, l'adeguamento della specifica fattispecie alla disciplina generale) e del contesto storico e sociale in cui operarono.

Costituiscono poi un fenomeno curioso le modalità di utilizzazione della clausola stipulatoria nei documenti in copto di età araba. La lingua di loro redazione rappresenta un ostacolo per me insuperabile; mi limito pertanto in questa sede a prendere brevemente nota delle risultanze degli studi di chi se ne è potuto occupare con le adeguate competenze. Till, in un articolo del 1950¹¹⁰, aveva messo in evidenza un mutamento stilistico-grammaticale veri-

¹¹⁰) F.D.W. TILL, *Die Koptische Stipulationsklausel*, in «Orientalia», XIX, 1950, p. 81-87.

ficatosi nella seconda decade dell'ottavo secolo, allorché al perfetto si sostituì il congiuntivo per tradurre l'aoristo della clausola greca. Il cambiamento comportava anche una trasmutazione del significato della clausola stessa, che passava così a significare qualcosa traducibile come «se me lo chiedessero, riconoscerai». Till ne concludeva che in tale epoca non si comprendeva più la portata giuridica della clausola¹¹¹. Più recentemente, però, si è evidenziato come tale mutamento formale si fosse verificato contemporaneamente alla sostituzione dei funzionari copti con funzionari arabi. Dal momento che la prassi giudiziaria araba, a differenza di quella romano-bizantina, preferiva, di regola, la prova testimoniale a quella scritta, la variazione della clausola stipulatoria potrebbe essere ricondotta all'intento di adeguarla agli usi islamici¹¹².

Accettando simili ipotesi, se ne può forse ricavare qualche indicazione a proposito del periodo e dell'ordinamento che qui interessano. Se, infatti, da un lato sono corrette le conclusioni di Till in merito ad una minor comprensione del significato della clausola, dall'altro si può rilevare come, in un certo senso, la *stipulatio*, ormai del tutto trasformata rispetto alla sua natura originaria, abbia comunque mantenuto ancora in età araba una sua fondamentale caratteristica, ossia la capacità di sapersi flettere ed adeguare alle esigenze di volta in volta emergenti. Non solo: il mutamento occorso nell'ottavo secolo sembra contraddire l'idea di una clausola stipulatoria, già ai tempi dell'Egitto romano e bizantino, ridotta a prodotto tralatizio senza alcuna funzione né significato. Adeguarla alle esigenze della prassi islamica (al di là delle modalità con cui ciò fu fatto, che qui non interessano peculiarmente) implicava che nella concezione diffusa essa dovesse ancora assolvere ad una qualche fun-

¹¹¹) Condivide la stessa opinione anche A. STEINWENTER, *Das Recht der koptischen Urkunden*, München, 1955, p. 14: «Juristischen Wert scheint diese Stiländerung nicht zu haben; sie ist nur ein weiterer Beleg für die fortschreitende Degeneration der Stipulationsklausel, wie sie bekanntlich auch im Westen und im byzantinischen Kulturkreis nachweisbar ist».

¹¹²) Cfr. G. FRANTZ-MURPHY, *Arabic and Earlier Egyptian Contract Formularies*, in «Journal of Near Eastern Studies», XLIV, 1985, p. 101: «Arabic customary practice valued oral testimony over written evidence, and since Arabs were acting as the arbitrators and judges to whom the population would bring their contracts, which were written in Coptic, it perhaps became necessary that the seller would, in fact, have to restate his agreement orally before an Arab official in the event that a claim was brought against the property. Thus, it appears that Arab officials effected a subtle grammatical change in Coptic formulary so that it would adhere to Islamic jurisprudence»; cfr. anche EAD., *The Reinstitution of Courts in Early Islamic Egypt*, in «Société Archéologique d'Alexandrie», XLVII, 2003, p. 71-84, e T.S. RICHTER, *Koptische Rechtsurkunden als Quellen der Rechtspraxis im byzantinischen und frühislamischen Ägypten*, in «Quellen zur byzantinischen Rechtspraxis. Aspekte der Textüberlieferung, Paläographie und Diplomatik», Wien, 2010, p. 39-60.

zione giuridica, altrimenti non si spiegherebbe la necessità di correggerla e ridadattarla per mantenerla forzosamente in vita. Appare nel complesso più probabile che, se ad essa davvero la comunità avesse cessato di ricollegare qualsivoglia valore, con il subentrare del diritto islamico a quello romano essa sarebbe scomparsa dai documenti della prassi o, ancor più verosimilmente, sarebbe rimasta immutata continuando a «non servire a nulla».

III.

Stipulatio e azioni stipulatorie

1. Premessa

Nelle pagine che precedono si è cercato di dare conto di come la *stipulatio* non si fosse ridotta, in epoca tardoimperiale, a nulla più che una mera clausola di stile apposta ai documenti negoziali senza alcuna specifica rilevanza giuridica. Le attestazioni degli *scholia* ai *Basilici* sembrano suggerire come la vitalità dell'istituto vada soprattutto cercata nell'ambito processuale (o, forse, sarebbe meglio dire preprocessuale), poiché la *stipulatio* parrebbe aver costituito lo strumento privilegiato per la predeterminazione del regime processuale cui sottoporre eventuali future controversie relative a rapporti che, di per sé, sarebbero stati tutelati diversamente o non avrebbero trovato alcuna autonoma tutela.

Lo scolio di Stefano a *Bas.* 11.1.7, sopra esaminato¹¹³, introduceva una tematica, ampiamente dibattuta nelle opere degli *antecessores* quali ci sono pervenute per il tramite dei *Basilici*, che richiede ora qualche ulteriore approfondimento. Si tratta della questione relativa al ricorso alla *stipulatio* (e alla connessa apposizione della clausola stipulatoria negli *instrumenta* negoziali) ai fini dell'esperibilità di *condictio* ed *actio ex stipulatu*.

Tra le numerose attestazioni che in modo più o meno diretto fanno riferimento al fenomeno si cercherà, in questa sede, di isolare i frammenti che più specificamente affrontano la questione, con particolare riguardo a tre precise tematiche: la connessione esistente tra *stipulatio* e mutuo; il ricorso alla *stipulatio* per garantire l'azionabilità dei patti; il perfezionamento, a fini processuali, di un'obbligazione *verbis* in funzione accessoria rispetto ad altra già tutelata da azione tipica (specialmente di buona fede).

¹¹³) Cfr. *supra*, § 2.4.

3.2. Mutuo e stipulatio

3.2.1 *La disciplina classica: sintesi delle questioni rilevanti.* Le attestazioni della giurisprudenza classica e le risultanze documentali della prassi a noi note dimostrano come, fin da epoca risalente, fosse abituale, soprattutto nelle consuetudini del commercio, accompagnare la conclusione di un contratto di mutuo con una *stipulatio*. Il fenomeno è stato ampiamente studiato e dibattuto dalla dottrina romanistica, che si è soffermata con particolare attenzione sull'inquadramento dogmatico di un simile negozio complesso nonché sulle esigenze che possono averne determinato la genesi e la diffusione¹¹⁴.

Risulta, nel complesso, abbastanza pacifico identificare l'utilità pratica di una simile combinazione negoziale nei vantaggi offerti dal possibile contenuto della *stipulatio*, ben più ampio di quello del mutuo, tale da consentire, ad esempio, l'inclusione di elementi accidentali quali un termine o una condizione e, soprattutto, la possibilità di convenire la prestazione di interessi. Il mutuo, infatti, era in diritto romano, com'è noto, un contratto essenzialmente gratuito e la previsione di usurae ne avrebbe compromesso la struttura stessa, fondata sulla restituzione del *tantundem eiusdem generis ac qualitatis* rispetto a quanto consegnato dal creditore al debitore in sede di perfezionamento del contratto.

Inoltre la *stipulatio*, documentata in genere in un *instrumentum* negoziale¹¹⁵, poteva avere ad oggetto i soli interessi (venendo pertanto a costituire

¹¹⁴) In seno all'ampia letteratura dedicata all'argomento mi limito qui a segnalare le opere che più direttamente hanno indagato i profili di rilievo per lo sviluppo della presente ricerca, rimandando, per la letteratura più risalente, alla serrata analisi svolta negli studi più recenti. Mi sembra che siano da considerare essenziali, per lo svolgimento delle problematiche che qui interessano, in particolare A. D'ORS, *Re et verbis*, in «Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto. Verona», III, Milano, 1951, p. 285 ss., M. KASER, *Mutuum' und 'stipulatio'*, in «Eranion G.S. Maridakis», I, Α9ήνα, 1963, p. 155-182 (ora in ID., *Ausgewählte Schriften*, II, Camerino, 1976, p. 271-300), P. APATHY, *Animus novandi*, Wien - New York, 1975, p. 47 ss., G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, Napoli, 1989, p. 39 ss., M. TALAMANCA, *'Una verborum obligatio' e 'obligatio re et verbis contracta'*, in «Iura», L, 1999, p. 7-112, P. GRÖSCHLER, *Die Konzeption des 'mutuum cum stipulatione'*, in «I.», LXXIV, 2006, p. 261-287, e ID., *Il 'mutuum cum stipulatione' e il problema degli interessi*, in «Quaderni lupiensis di storia e diritto», 2009, p. 109-126.

¹¹⁵) La tendenza è ampiamente attestata, già per il I secolo d.C., dal cd. «archivio dei Sulpicii» in cui si annovera una decina di chirografi di *mutuum cum stipulatione*, ora editi in G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, Roma, 1999, n. 50-59, ed in J. G. WOLF, *Neue Rechtsurkunden aus Pompeji. Tabulae Pompeianae Novae*, Darmstadt, 2010, n. 56-60. Su tali documenti cfr. anche G. CAMODECA, *L'archivio puteolano dei Sulpicii*, Napoli, 1992, p. 165-197. Incerto se anche il n. 78 dell'edizione Camodeca (= «IP.» 13) possa essere considerato un esempio di mutuo stipulatorio: lo so-

un rapporto accessorio a quello derivante dal mutuo) oppure poteva ricomprendere in una promessa unitaria tanto il capitale quanto le *usurae*.

Una simile evenienza rappresenta l'ambito intorno al quale si è sviluppata l'altra questione cui si è fatto cenno, ossia quella, ben più dibattuta, relativa al corretto inquadramento dogmatico della fattispecie risultante da mutuo e *stipulatio*.

Le stesse fonti giurisprudenziali, del resto, attestano una progressiva evoluzione della nozione, che non è priva di ripercussioni sugli indirizzi maggioritari presso la romanistica contemporanea.

Si è autorevolmente sostenuto¹¹⁶ – ma la tesi non è pacificamente accolta¹¹⁷ – che in Sabino e Salvio Giuliano sarebbe sottesa la teoria del cd. «modello novatorio». Secondo tale inquadramento l'obbligazione *re* derivante dalla *numeratio* sarebbe stata novata in *obligatio verbis* dalla susseguente *stipulatio*. E' quanto si potrebbe ricavare da D. 46.2.7, in cui Pomponio, commentando Sabino, parrebbe implicitamente riferire a quest'ultimo una simile concezione dogmatica:

Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat, et magis implendae stipulationis gratia numeratio intellegenda est fieri¹¹⁸.

Ciò che, comunque, mi sembra sia indiscutibile, nel testo riportato, è che la

stiene H. ANKUM, *Tabula Pompeiana 13. Ein Seefrachtvertrag oder ein Darlehen?*, in «Iura», XXIX, 1978, p. 156-173, sulla base del rilievo che le parole ἔγρωσα ἀπέχτιν sarebbero la traduzione greca del latino 'scripsi me accepisse', con la possibilità, quindi, di ricondurre il negozio al *mutuum* di diritto romano. In senso contrario, lo stesso CAMODECA, 'Tabulae Pompeianae Sulpiciaorum', cit., p. 178 s., che, rifacendosi alla bibliografia precedente, ritiene che si tratti di una assicurazione marittima di matrice ellenistica per cui il *navicularius* avrebbe in realtà fornito una garanzia per il caso di mancata riconsegna del carico.

¹¹⁶) Tesi proposta da APATHY, *Animus novandi*, cit., p. 54 ss., e riproposta da CAMODECA, *L'archivio puteolano dei Sulpicii*, cit., p. 173.

¹¹⁷) TALAMANCA, 'Una verborum obligatio', cit., p. 32 ss. (e, in particolar modo, p. 39 ss.), e; GRÖSCHLER, *Die Konzeption des 'mutuum cum stipulatione'*, cit., p. 270 s.

¹¹⁸) Non meno problematico è il passo in cui si vorrebbe identificare un'adesione alla stessa concezione da parte di Salvio Giuliano. In esso (D. 45.3.1.2), infatti, la risposta negativa del giurista, come giustamente è stato fatto notare da TALAMANCA, 'Una verborum obligatio', cit., p. 43 ss., e da GRÖSCHLER, *Die Konzeption des 'mutuum cum stipulatione'*, cit., p. 270, non dipende tanto dall'inquadramento dogmatico della fattispecie quanto dalla circostanza che, trattandosi di *stipulatio servile*, l'effetto novatorio non può prodursi, in quanto comporterebbe un atto dispositivo del *servus* di diritti del *dominus*: 'Si servus communis meus et tuus ex peculio, quod ad te solum pertinebat, mutuum pecuniam dederit, obligationem tibi adquiret et, si eandem mihi nominatim stipulatus fuerit, debitorem a te non liberabit, sed uterque nostrum habebit actionem, ego ex stipulatu, tu quod pecunia tua numerata sit: debitor tamen me doli mali exceptione summovere poterit'.

teoria talvolta attribuita a Sabino è senz'altro respinta da Pomponio. Il giurista antoniniano sostiene infatti che il negozio fu concluso fin dal principio con l'intento delle parti di dare vita ad una sola *obligatio*, quella *verbis*, e che pertanto la *numeratio* non deve essere considerata una autonoma fonte di obbligazione, ma un passaggio procedurale finalizzato a predisporre il contenuto della *stipulatio* (*'implendae stipulationis gratia'*).

Il passo di Pomponio introduce quello che potremmo definire, con Apathy, lo «*einheitlicher Verbalkontrakt*»¹¹⁹. Si tratta, forse, dell'unica costruzione concettuale di sicuro manifestata dalla giurisprudenza classica. Essa trova infatti conferma anche in un passo di Paolo:

D. 45.1.126.2: (...)superest quaeramus, an ex numeratione ipse qui contraxit pecuniam creditam petere possit: nam quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum.

Anche per Paolo nel caso di concorso di *numeratio* e *stipulatio* (figura che la dottrina tedesca contemporanea suole qualificare «*Stipulationsdarlehen*») l'unica obbligazione valida ed efficace sarà quella *verbis*¹²⁰.

Ma se sulle fonti ad ora esaminate si può riscontrare, in linea di massima, una sostanziale omogeneità interpretativa da parte degli studiosi, altri frammenti contenuti nel *Digesto* hanno fatto scindere profondamente la dottrina in due orientamenti principali. Secondo alcuni sarebbe possibile identificare, oltre

¹¹⁹) APATHY, *Animus novandi*, cit., p. 61. Tale modello è definito, altrettanto incisivamente, «*Absorptionstheorie*» da GRÖSCHLER, *Die Konzeption des 'mutuum cum stipulatione'*, cit., p. 271.

¹²⁰) Per una serrata indagine delle conseguenze, secondo il diritto classico, di un'eventuale *inutilitas* della *stipulatio* nel contesto dei diversi modelli ricostruttivi proposti, cfr. TALAMANCA, *'Una verborum obligatio'*, cit., p. 38 ss. Un problema sollevato da una simile ricostruzione concerne le conseguenze di una eventuale *inutilitas* della *stipulatio*. Ci si può cioè chiedere se, stante la mancanza di un'*obligatio re*, il soggetto che avesse effettuato la *numeratio* potesse esperire la *condictio ob rem dati re non secuta* per la restituzione della somma versata. Approfondire la questione porterebbe ad allontanarsi eccessivamente dall'oggetto del presente studio; mi limito pertanto a riportare l'autorevole tesi di TALAMANCA, *'Una verborum obligatio'*, cit., p. 41 nt. 138 e 107 ss (alcuni cenni anche in ID., *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in «*BIDR*», CI-CII, 1998-1999, p. 1-39), secondo cui l'esperibilità di tale *condictio* sarebbe desumibile, in particolare da D. 12.1.9.4-7: *'numeravi tibi decem et haec alii stipulatus sum: nulla est stipulatio: an condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus intervenientibus, uno qui re factus est, id est numeratione, alio qui verbis, id est inutiliter, quoniam alii stipulari non potui? et puto posse. Idem erit, si a pupillo fuero sine tutoris auctoritate stipulatus, cui tutore auctore credidi: nam et tunc manebit mihi condictio ex numeratione. Item quaeri potest et si, quod tibi numeravi, sub impossibili conditione stipuler: cum enim nulla sit stipulatio, manebit condictio. Sed et si ei numeravero, cui postea bonis interdictum est, max ab eo stipuler, puto pupillum eum comparandum, quoniam et stipulando sibi adquiri'*.

al «modello novatorio» ed allo «*einheitlicher Verbalkontrakt*», una terza costruzione dogmatica dello «*Stipulationsdarlehen*», che si affiancherebbe all'ultima delineata e, rispetto ad essa, offrirebbe maggiori vantaggi nelle ricadute pratiche. Le fonti che permetterebbero questa terza via interpretativa sembrano sottintendere una situazione in cui la *numeratio* non verrebbe assorbita nella *stipulatio*, ma si affiancherebbe ad essa, generando un rapporto unitario regolato congiuntamente dalla disciplina delle due fattispecie:

D.12.1.9.3: Quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi conditio competit, sive re fuerit contractus factus, sive verbis sive coniunctim, referendae sunt nobis quaedam species, quae dignum habent tractatum, an haec actio ad petitionem eorum sufficiat.

D. 44.7.52.pr. e 3: Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato (...) 3. Re et verbis pariter obligamur, cum et res interrogationi intercedit, consentientes in aliquam rem.

I due passi, rispettivamente di Ulpiano e Modestino, configurano una fonte di obbligazioni consistente, *coniunctim, re e verbis*.

Una prima corrente dottrinale di sicuro spessore ritiene che la nozione di *obligatio re et verbis contracta* sia di matrice postclassica, e nega pertanto che dai frammenti in esame si possano desumere informazioni che vadano al di là di quanto già ricavabile dai passi precedentemente indicati ai fini dello studio dell'inquadramento dogmatico di età classica dello «*Stipulationsdarlehen*»¹²¹.

Vi è però una diversa opinione dottrinale che sostiene la classicità della nozione di *obligatio re et verbis*. In particolare, l'elaborazione consapevole ad opera della giurisprudenza romana classica di questo differente modello, che si potrebbe definire «combinatorio», è stata di recente riproposta da Gröschler¹²². Lo studioso basa la sua argomentazione sul rilievo che la teoria dell'«assorbimento» della *numeratio* nella *stipulatio* presupponeva, nei testi di

¹²¹) Per tutti siveda KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, cit., p. 370 nt. 9, con ulteriore bibliografia. Da ultimo la tesi è stata riproposta da TALAMANCA, 'Una verborum obligatio', cit., *passim*. Mi sembrano emblematiche dello scetticismo nei confronti del valore dogmatico della nozione di *re et verbis* le parole di A. DELL'ORO, *A proposito del regime classico e giustiniano della 'obligatio re et verbis'*, in «Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano», Milano, 1998, p. 106, che la qualifica: «un tentativo non troppo meditato dei giustiniani di generalizzare una formulazione esclusivamente empirica dei classici». A favore della classicità della nozione di *obligatio re et verbis* si vedano, tra gli altri, D'ORS, *Re et verbis*, cit., p. 285 ss., CANNATA, 'Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno', cit., § 6, p. 431, e, da ultimo, GRÖSCHLER, *Die Konzeption des 'mutuum cum stipulatione'*, cit., specialmente p. 285 s.

¹²²) GRÖSCHLER, *Die Konzeption des 'mutuum cum stipulatione'*, cit., p. 261 s.

riferimento (D. 46.2.7 e D. 45.1.126.2), una *stipulatio* causale, in cui si facesse menzione esplicita del mutuo quale fondamento della *stipulatio* stessa. E' opinione di Gröschler che secondo tale impostazione la *stipulatio* causale avrebbe fatto venir meno il vantaggio tipico del *mutuum cum stipulatione*. La *relatio* al mutuo avrebbe infatti introdotto, nella struttura della *stipulatio*, il requisito dell'effettività della dazione, con la conseguenza che, se le parti avessero convenuto la corresponsione di interessi ricomprendendoli nel capitale mutuato, il creditore non avrebbe potuto pretenderli in giudizio, poiché la *condictio* non sarebbe stata fondata nell'intero ammontare. Ciò sarebbe derivato dal fatto che «die teilweise Nichtauszahlung des Darlehens hätte ohne weiteres dazu geführt, dass auch die Stipulation teilweise unwirksam gewesen wäre»¹²³. All'azione intentata dal creditore, pertanto, il convenuto avrebbe potuto fondatamente opporre l'*exceptio doli*¹²⁴.

Ritiene Gröschler che la stessa giurisprudenza di età classica dovette in realtà aver presente una diversa e più efficace struttura negoziale, caratterizzata dal ricorso ad una *stipulatio* astratta. In tal modo, mancando uno specifico riferimento al mutuo, questo non avrebbe alterato il regime del rapporto *verbis*, ma si sarebbe prodotta, appunto, un'integrazione delle relative discipline. Si potrebbe interpretare in tal senso quanto affermato da Ulpiano in D. 46.2.6.1:

Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. idem erit dicendum et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit.

¹²³) GRÖSCHLER, *Die Konzeption des 'mutuum cum stipulatione'*, cit., p. 272.

¹²⁴) GRÖSCHLER, *Die Konzeption des 'mutuum cum stipulatione'*, cit., p. 272. In realtà mi sembra che Gröschler offra altrove gli strumenti per superare la sua stessa obiezione, laddove afferma, introducendo la questione generale sull'opponibilità dell'*exceptio doli* al creditore che avesse richiesto in giudizio la corresponsione delle *usurae*: «Hierzu müsste die klagweise Geltendmachung des kapitalisierten Zinsbetrags im Wege der *condictio* ein doloses Verhalten des Gläubigers darstellen. Allerdings darf der mit einer Klageerhebung begangene *dolus* nicht einfach mit Vorsatz gleichgesetzt werden, sondern ist im weiten Sinne der Treuwidrigkeit zu verstehen, das heißt als Gegenbegriff zu *bona fidesempio*. Eine solche Treuwidrigkeit ist im vorliegenden Fall jedoch gerade nicht anzunehmen» (p. 267). Va però detto che i dubbi che si possono – forse! – avanzare sull'efficacia dell'argomento a sfavore della teoria opposta non coinvolgono il valore della riflessione relativa al cd. «metodo combinatorio» e, in particolare, l'esegesi dei documenti della prassi di età classica, di cui si darà a breve conto nel testo. Per l'opponibilità dell'*exceptio doli* in età classica alla *stipulatio* fondata su un mutuo invalido (e per l'analisi della dottrina che ha affrontato la questione) cfr. CIMMA, '*De non numerata pecunia*', cit., p. 113 ss. Sui rapporti tra *exceptio doli generalis* ed *exceptio non numeratae pecuniae* cfr. A. BURDESE, *L'eccezione di dolo generale in rapporto alle altre eccezioni*, in «Diritto e Storia», V, 2006, § 5.

Tale passo, in genere ritenuto espressione della stessa concezione evidenziata da Pomponio e Paolo¹²⁵, potrebbe in realtà fare riferimento ad un fenomeno in cui si avrebbero due cause fondative della pretesa indipendenti l'una dall'altra, salvo che l'esperienza dell'azione sulla base di una di esse ne avrebbe precluso la riproposizione sulla base dell'altra¹²⁶.

Anche le testimonianze a noi pervenute della prassi negoziale di età classica sembrerebbero suffragare l'ipotesi sostenuta – da ultimo – da Gröschler. Tanto nei documenti dell'archivio dei Sulpici quanto nelle tavolette della Transilvania si possono infatti individuare delle fattispecie di *mutuum cum stipulatione* in cui la formula della *stipulatio* è senz'altro astratta e «*stehen mutuum und stipulatio offenbar gleichberechtigt nebeneinander*»¹²⁷.

Gröschler esamina, in particolare, «TPSulp.» 67 (= «TPN.» 58 = «TP.» 17)¹²⁸, un caso di *pecunia debita in stipulatum deducta* dell'anno 38, ed il documento dacico in «FIRA.» III, n. 122¹²⁹, di circa un secolo più recente (anno 162). Ne sottolinea corrispondenze redazionali tali da permettere di superare l'argomento con cui Talamanca negava particolare valore all'archivio dei Sulpicii, qualificandone il formulario come «una particolarità locale, che – in quanto tale – sarebbe potuta sfuggire all'attenzione dei giuristi»¹³⁰.

Al contrario, la diffusione di uno schema documentale che Gröschler considera analogo in aree geografiche così distanti e di cultura differente

¹²⁵ Cfr APATHY, *Animus novandi*, cit., p. 57 s., J.G. WOLF, *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: die Konditionen des C. Sulpicius Cinnamus*, in «SDHI», XLV, 1979, p. 167, SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, cit., p. 40, e TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., p. 30 s., 76 e 111.

¹²⁶ GRÖSCHLER, *Die Konzeption des 'mutuum cum stipulatione'*, cit., p. 278 s.

¹²⁷ GRÖSCHLER, *Die Konzeption des 'mutuum cum stipulatione'*, cit., p. 273.

¹²⁸ Tab. I, pag. 2: 'Ser(vio) Asinio Celere Sex(to) Nonio co(n)s(alibus) / IV k(alendas) Septeberes / C(aius) Novius E[un]nus scripssi me / debere H[es]uco C(aii) Cessaris Augusti / Germ[ani] ci se]r(v)o) Eueniano / sesterti[os] mile] centum triginta / numm[os], quos ab eo mutuos / su[p]ssi et [redam] ipssi aut / C(aio) Sulpicio [Fausto], cum petiari; / eosque sestertios mile cent(um)'. Tab. II, pag. 3: 'triginta nu[m]mos, q(ui) s(upra) s(cripti) s(unt), / proba (!) re[cte] da]ri stipulatus / ets He[s]ucus C(aii) C]essaris Augusti / Germ[anic]i ser(vus) Euenianu[s] / spepodi e [go C(aius) No]vius Eunnus'.

¹²⁹ '(Denarios) LX q(ua) d(ie) p(etierit) p(robos) r(ecte) d(ari) f(ide) rogavit Iul(ius) Alexander, dari f(ide) p(romisit) | Alexander Cari<cci> : et se eos (denarios) LX, q(ui) s(upra) s(cripti) s(unt), mutuos | numeratos accepisse et debere se dixit: | et eorum usuras ex hac die in dies XXXX (centesimas) (singulas) | dari Iul(io) Alexandro e(ius) a(d) q(uem) e(a) r(es) p(ertinebit) f(ide) r(ogavit) Iul(ius) Alexander. | dari f(ide) p(romisit) Alexander Carici. | | Id fide sua esse iussit Titius Primitius d(e) s(orte) s(upra) s(crupta) | c(um) u(suris) r(ecte) p(robe) s(olvenda). | Act(um) Alb(urno) maiori XIII k(alendas) Novembr(es) | Rustic(o) II et Aquilino c[on]s. | (Nomina signatorum:) | L. Vasilidii Vi[c]toris | . . . ctati .as. | Batonis Pr . . . ui | Tonetis. | Titius Prim[itius]. | Alexandri Carici i[p]s[us] debitori[s]'.
¹³⁰ TALAMANCA, *Una verborum obligatio*, cit., p. 27 nt. 94.

permetterebbe di ricavarne indizi sicuri sulla frequenza con cui si doveva ricorrere ad *instrumenta* in cui *stipulatio* e mutuo restavano entrambi operativi, senza che la prima «assorbisse» o novasse il secondo¹³¹.

Gröschler riconosce però che, laddove il contenuto della *stipulatio* avesse fatto riferimento all'*eadem pecunia* già dovuta in base al mutuo, la distinzione tra astrattezza o causalità dell'obbligazione verbale sarebbe stata una «questione di interpretazione» («Auslegungsfrage»), a seconda che nelle parole '*eadem pecunia*' si volesse scorgere l'indicazione della causa del debito oppure un mero riferimento alla cifra dovuta¹³². Dopo aver esaminato gli «Idealtypen» della *stipulatio* astratta e di quella causale ('*centum mihi dari spondes?*' e '*centum, quae ex mutuo mihi debes, dari spondes?*')¹³³ sostiene l'impossibilità di inquadrare con certezza quella relativa all'*eadem pecunia* nell'una piuttosto che nell'altra categoria, ritenendola intermedia¹³⁴.

In tal modo, supera l'ostacolo concettuale rappresentato dal fatto che la letteratura opposta (tra cui Apathy e Talamanca)¹³⁵ in genere riconosca nei documenti di '*eadem pecunia*' la conclusione di una *stipulatio* causale, in cui il riferimento al debito precedente rappresenterebbe una vera e propria *relatio* alla fonte dell'obbligazione e non solo un richiamo all'esatto ammontare del debito.

Gröschler conclude – a proposito degli aspetti qui rilevanti – che tanto i contratti dell'archivio dei Sulpici quanto «FIRA.» III, n. 122, andrebbero considerati relativi ad una *stipulatio* astratta. Il documento dacico, anzi, andrebbe addirittura considerato una «reazione» della prassi al diffondersi della costruzione dogmatica della teoria dell'assorbimento: prova ne sarebbe l'ordine redazionale, ove compare prima la *stipulatio* e quindi la *numeratio*, con un'inversione rispetto agli schemi consolidati, quasi a voler mantenere valida l'obbligazione astratta a prescindere dall'effettiva dazione della somma promessa¹³⁶.

¹³¹) GRÖSCHLER, *Die Konzeption des 'mutuum cum stipulatione'*, cit., p. 275.

¹³²) GRÖSCHLER, *Die Konzeption des 'mutuum cum stipulatione'*, cit., p. 275 s. In realtà, lo schema documentale di «TPSulp.» 67, in cui il debitore prima dichiara di dovere i sesterti in base ad un mutuo e quindi promette con *stipulatio eosque sestertios q.s.s.s.* sembrerebbe poter alludere anche ad un intento novatorio. Si potrebbero forse avanzare considerazioni analoghe anche in merito al documento dacico, per quanto il testo dello stesso sia meno indicativo in tal senso.

¹³³) A tali tematiche è dedicata l'opera J.G. WOLF, *Causa stipulationis*, Köln-Wien, 1970.

¹³⁴) GRÖSCHLER, *Die Konzeption des 'mutuum cum stipulatione'*, cit., p. 276.

¹³⁵) Cfr. APATHY, *Animus novandi*, cit., p. 50, e TALAMANCA, '*Una verborum obligatio*', cit., p. 21 nt. 72.

¹³⁶) GRÖSCHLER, *Die Konzeption des 'mutuum cum stipulatione'*, cit., p. 277 s.: «Sieht man den Sinn und Zweck des *mutuum cum stipulatione* gerade darin, zur Wirksamkeit der *stipulatio* unabhängig von der Auszahlung des Darlehensbetrags in voller Höhe und damit zur wirksamen Einbeziehung der Zinsen in das Darlehenskapital zu gelangen, so musste

La giurisprudenza dell'ultima età classica, infatti, se si fosse trovata a dover interpretare negozi come quello dacico, non avrebbe accolto l'impostazione della prassi. La tesi espressa in D. 12.1.30¹³⁷ lascia supporre che, se Paolo si fosse dovuto esprimere su «FIRA.» III, n. 122, lo avrebbe considerato una *stipulatio* causale¹³⁸.

La concezione combinatoria sarebbe in conclusione il primo modello elaborato dai Romani, destinato a venire gradualmente superato dalle teorie dell'assorbimento e della novazione fino alla sua definitiva assimilazione a queste ultime, avvenuta in età tardoclassica per mezzo dell'introduzione dell'*exceptio non numeratae pecuniae*.

3.2.2. *L'exceptio non numeratae pecuniae*. Sul finire dell'epoca classica nell'ordinamento giuridico romano apparve un istituto connesso con le tematiche qui brevemente delineate e destinato ad assumere, in età tardoantica e giustiniana, un rilievo centrale: la cd. *exceptio non numeratae pecuniae*. In dottrina è fortemente dibattuta la funzione originariamente svolta dall'eccezione ed il contesto processuale in cui essa fu introdotta ad opera della cancelleria imperiale. Secondo l'interpretazione prevalente e maggiormente condivisibile, l'eccezione avrebbe avuto origine nel contesto della procedura *extra ordinem* (essendo, quindi, figura estranea al processo formulare)¹³⁹ ed avrebbe svolto, in prima istanza, la funzione di tutelare il convenuto in situazioni che nel processo *per formulas* avrebbero trovato agevole soluzione in altro modo. Nel caso di documento di mutuo stipulatorio, infatti, il convenuto avrebbe potuto far valere in giudizio la mancata dazione della somma oggetto dell'*instrumentum* mediante un'*exceptio doli*¹⁴⁰; nei casi, invece, di documento di mutuo

einem kausalen Verständnis der Stipulation entgegengewirkt werden».

¹³⁷ D. 12.1.30: '*Qui pecuniam creditam accepturus spondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat*'.

¹³⁸ GRÖSCHLER, *Die Konzeption des 'mutuum cum stipulatione'*, cit., p. 278.

¹³⁹ Cfr. CIMMA, '*De non numerata pecunia*', cit., p. 59, C. CARRASCO GARCÍA, *Supuestos de hecho de la 'exceptio non numeratae pecuniae' en el derecho romano*, Madrid, 2000, p. 54-59, e M.T. GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGÓ, *La 'exceptio non numeratae pecuniae'*, Cáceres, 2001, p. 82 ss., opere cui si rimanda per più puntuali indicazioni ed analisi della bibliografia rilevante. Cfr. anche J.J. DE LOS MOZOS TOUYA, *La carga de la prueba de la 'causa stipulationis' y el concepto de causa*, in «Seminarios Complutenses de Derecho Romano», XX-XXI, 2007-2008, p. 303-323, ove la problematica qui rilevante viene brevemente esaminata nel più ampio contesto della questione relativa all'onere probatorio nei giudizi riguardanti pretese fondate su una *stipulatio*, con anche alcuni riferimenti agli sviluppi successivi fino al diritto vigente.

¹⁴⁰ Cfr. D. 44.4.2.3: '*Circa primam speciem, quibus ex causis exceptio haec locum habeat*,

non stipulatorio, allegare la mancata *numeratio* avrebbe comportato la negazione della pretesa dell'attore, su cui gravava l'onere di provarne il fondamento. Sarebbe stata del tutto superflua, in simili circostanze, l'opposizione di qualsivoglia eccezione¹⁴¹.

Nella prassi giuridica delle province orientali, secondo le parole di Cimma, «veniva attribuito lo stesso valore al documento attestante un contratto reale, o la conversione in mutuo di un negozio diverso, oppure anche un mutuo nel quale in realtà il versamento della somma non era avvenuto»¹⁴². Ciò determinò, nel periodo seguente alla *constitutio Antoniniana* del 212 d.C., l'insorgere di controversie in cui *instrumenta* redatti secondo la concezione ellenistica dovevano essere valutati in giudizio in conformità al diritto romano (per cui, ovviamente, non potevano accettarsi come piena prova di un contratto di mutuo senza che l'attore avesse dimostrato l'avvenuta *numeratio*). La realtà del *mutuum* veniva quindi a confliggere con la pretesa – di matrice ellenistica – di far valere la forza costitutiva del documento, rendendo necessario introdurre un mezzo, quale l'*exceptio non numeratae pecuniae*, che permettesse al convenuto di ripristinare il meccanismo processuale formulare, addossando all'attore l'onere probatorio relativo alla consegna della somma mutuata¹⁴³.

Secondo la dottrina prevalente si sarebbe quindi diffusa la prassi di rafforzare i documenti di mutuo con una clausola stipulatoria che rovesciasse nuovamente la situazione, tornando ad addossare al convenuto l'onere della prova della mancata *numeratio*, allorché si fosse difeso opponendo l'*exceptio doli* in un processo intentatogli sulla base della *stipulatio*¹⁴⁴.

Nota ancora Cimma che, proprio «per evitare che ci si potesse servire delle stesse norme del diritto romano per eluderne nella sostanza i principi», l'opponibilità della *exceptio non numeratae pecuniae* fu estesa anche alle risultanze

haec sunt, quae tractari possunt. Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit: licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiseri, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perserveret ex ea stipulatione petere: et si cum interponeretur, iustam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem?

¹⁴¹) CIMMA, 'De non numerata pecunia', cit., p. 93 s.

¹⁴²) CIMMA, 'De non numerata pecunia', cit., p. 94.

¹⁴³) CIMMA, 'De non numerata pecunia', cit., p. 93-97. Sulla questione cfr. anche A.M. BUSCA, *Ancora in tema di 'exceptio n.n.p.'*, in «SDHI», LI, 1985, p. 477-489, e GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGÓ, *La 'exceptio non numeratae pecuniae'*, cit., p. 82 ss.

¹⁴⁴) V. GIUFFRÉ, *La «datio mutui». Prospettive romane e moderne*, Napoli, 1989, p. 91-101, approfondisce il rapporto tra l'*actio certae creditae pecuniae* e le azioni nascenti dalla *stipulatio* (*condictio* o *actio ex stipulatu*) per mettere in luce gli aspetti che rendevano preferibile, in età classica, l'esperimento di queste ultime.

degli *instrumenta* muniti di clausola stipulatoria¹⁴⁵, prevedendo pertanto, anche in tali casi, che l'onere della prova dovesse gravare sull'attore anziché sul convenuto eccipiente.

Le tendenze della prassi che caratterizzarono gli ultimi decenni dell'età classica trovarono, poi, ancor maggior diffusione nel periodo tardoantico rendendo necessari numerosi interventi della cancelleria imperiale volti a dare regolamentazione giuridica al valore probatorio del documento feneratorio e reprimere pratiche di ricorso fraudolento all'*exceptio non numeratae pecuniae*. Si introdusse, in particolare, un limite temporale all'opponibilità dell'eccezione, dapprima fissato (probabilmente) in un anno ed innalzato quindi a cinque anni¹⁴⁶.

¹⁴⁵ CIMMA, '*De non numerata pecunia*', cit., p. 97. Il punto, però, non è del tutto pacifico in dottrina, soprattutto per quanto riguarda l'esatta collocazione cronologica dell'estensione dell'applicabilità dell'*exceptio* anche alle *cautiones stipulatorie*. Sul punto cfr. quanto scrive Cimma stessa alle p. 42 ss. (specialmente p. 54-57 a proposito della dottrina relativa a C.I. 4.30.3, costituzione di Caracalla del 215 che potrebbe far propendere per tale anno) e p. 98, ove avanza l'ipotesi che l'estensione sarebbe avvenuta nei decenni successivi alla *constitutio Antoniniana* non ad opera di uno specifico provvedimento normativo generale ma della prassi e dell'insieme delle pronunce della cancelleria imperiale verificatesi all'indomani dell'estensione della cittadinanza romana a tutti gli abitanti liberi dell'impero.

¹⁴⁶ Non è pacifica, in dottrina, l'individuazione dei provvedimenti che avrebbero sancito tali termini, ma si ritiene verosimile che il primo sia stato introdotto da Alessandro Severo nel 228 con C.I.4.30.8 e poi esteso da Diocleziano con C.I. 4.30.10 (di datazione incerta, forse del 293). Sul punto da ultimo si veda CIMMA, '*De non numerata pecunia*', cit., p. 101 ss. (con indicazione analitica di ulteriore bibliografia). Diversamente BUSCA, '*Exceptio n.n.p.*', cit., p. 485-489, secondo cui dalle parole '*Aurelius Alexio. ex cautione non numerata pecunia non anni sed quinquennium spatio deficere nuper censuimus. Scripta VII id. April. Sirmio Caesempio A. cos.*' di *Epit. C. Herm. Wis.* 1.1, si dovrebbe dedurre l'attribuzione a Marco Aurelio del provvedimento che estese a cinque anni la proponibilità dell'*exceptio non numeratae pecuniae*. Inoltre si ritiene, con argomenti generalmente condivisi, che le parole tradite '*ex cautione*' vadano emendate in '*exceptione*'. Già P.E. HUSCHKE, *Die Lehre des Römischen Rechts vom Darlehn und den dazu gehörigen Materien. Eine Civilistische Monographie*, Stuttgart, 1882, p. 103, seguito da C. FACELLI, '*L'exceptio non numeratae pecuniae in relazione col contratto letterale del diritto romano*', Torino, 1886, p. 72, dallo stesso BUSCA (*op. cit.*, p. 486) e da CIMMA (*op. cit.*, p. 101), sottolineava come l'emendazione fosse opera di Cuiacio (per cui cfr. J. CUJACIUS, *Opera*, II, Prato, 1836, p. 1144, ove la quinta nota a *Iust. inst.* 3.21 reca: «*L. 1. C. Hermog. de cau. et non num. pec. ubi vulgo male (ex cautione,) pro exceptionem*»). In realtà HUSCHKE (*loc. cit.*) sosteneva (convincentemente, a mio modesto avviso) che anche il testo visigotico potesse fare riferimento a Diocleziano, sia per ragioni formali ('*Aur.*', come compare nell'Epitome, sarebbe una corruzione di '*idem Augg.*') sia per il motivo che trattandosi di testo tratto dal codice Ermogeniano la paternità diocleziana del provvedimento appare senz'altro preferibile. Sul Codice Ermogeniano cfr. P.E. HUSCHKE, *Über den 'Gregorianus' und 'Hermogenianus Codex'*, in «ZSS.», VI, 1867, p. 279-331, Th. MOMMSEN, *Die Benennungen der Constitutionensammlungen*, in «ZSS.», X, 1889, p. 345-351, G. SCHERILLO, '*Codex Hermogenianus*', in «NNDI.», III, Torino, 1959, p. 380 ss., e A. CENDERELLI, *Ricer-*

Giustiniano modificò il regime dell'*exceptio*, limitandone il termine di opponibilità a soli due anni, con una costituzione imperiale del 1° luglio 528 (C.I. 4.30.14)¹⁴⁷. Il proemio della *lex* faceva generico riferimento ai documenti contrattuali in cui si attestasse che *pecuniae* o *aliae res* erano state *numerateae* o *datae*. Ciò rende dubbia l'individuazione dei tipi contrattuali per cui poteva trovare applicazione la disciplina della *pecunia non numerata*¹⁴⁸. Facendo poi riferimento alle sottigliezze dei *litigatores*, che avevano portato ad un ricorso all'*exceptio* ingiustificatamente ampio, Giustiniano ne escludeva espres-

che sul 'Codex Hermogenianus, Milano, 1965.

¹⁴⁷) *In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra quinquennium, quod antea constitutum erat, non numeratae pecuniae exceptionem obicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit, vel successor eius, sed intra solum biennium continuum, ut eo lapsu nullo modo querella non numeratae pecuniae introduci possit: his scilicet, qui propter aliquas causas specialiter legibus expressas etiam lapsu quinquennio in praeteritis temporibus adiuvabantur, etiam in posterum, licet biennium pro quinquennio statutum est, eodem auxilio potituris. 1. Sed quoniam securitatibus et instrumentis depositarum rerum vel pecuniarum talem exceptionem opponere litigatores conantur, iustum esse prospicimus huiusmodi potestatem in certis quidem casibus prorsus amputare, in aliis vero brevi tempore concludere. Ideoque sancimus instrumento quidem depositionis certarum rerum vel certae pecuniae securitatibusque publicarum functionum, sive in solidum sive ex parte solutae esse conscribantur, illis etiam securitatibus, quae post confectionem dotalium instrumentorum de soluta dote ex parte vel in solidum exponuntur, ullam exceptionem non numeratae pecuniae penitus opponi. 2. Super ceteris vero securitatibus, quae super privatis debitis a creditore conscribuntur partem debiti sortis vel usurarum nomine solutam esse significantes, vel adhuc feneratoria cautione apud creditorem manente, solidi tamen debiti solutionem factam esse demonstrantes, vel etiam futuram esse redditionem instrumenti feneratorii promittentes, vel si qua alterius cuiuscumque contractus gratia, in qua numeratio pecuniarum vel datio certarum specierum scripta est, securitas similiter data sit depensas esse pecunias vel alias res vel partem earum significans, intra triginta tantummodo dies post huiusmodi securitatis expositionem connumerandos exceptionem non numeratae pecuniae posse obici, ut si hi transacti fuerint, eadem securitas ab iudicantibus omnibus modis admittatur, nec liceat ei qui securitatem exposuit post excessum memoratum dierum non esse sibi solutus vel pecunias vel alias res dicere. 3. Illo videlicet observando, ut, in quibus non permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere vel ab initio vel post taxatum tempus elapsum, in his nec iniurandum offerri liceat. 4. In omni vero tempore, quod memoratae exceptio taxatum est, licebit ei, cui talis exceptio competit, vel denuntiationibus scripto missis querellam non numeratae pecuniae manifestare ei, qui numerasse eam vel alias res dedisse instrumento scriptus est, vel, si abesse eum his locis in quibus contractus factus est contigerit, in hac quidem alma urbe apud quemlibet ordinarium iudicem, in provinciis vero apud viros clarissimos rectores earum vel defensores locorum eandem querellam manifestare eoque modo perpetuam sibi exceptionem efficere. 5. Sed si praesens quidem sit, qui pecunias numerasse vel alias res dedisse scriptus est, aliquam vero administrationem vel in hac alma urbe vel in provinciis gerat, ut difficile esse videatur denuntiationem ei mittere, licentiam damus ei, qui memorata exceptione uti velit, alios indices adire vel in hac alma urbe vel in provinciis et per eos ei manifestare, cui exceptionem huiusmodi obicit, factam a se super non numerata pecunia querellam esse. 6. Quod si in provinciis vel non sit alius administrator civilis vel militaris, vel per aliquam causam difficile sit ei qui memoratam querellam opponit adire eum et ea quae dicta sunt facere, licentiam ei damus per virum reverentissimum episcopum eandem suam exceptionem creditori manifestare et ita tempus statutus interrumpere. Quae etiam in exceptione non numeratae dotis locum habere certum est'.*

¹⁴⁸) Sul punto cfr. *infra*, § 2.2.5.

samente l'opponibilità agli *instrumenta* di deposito di *certae res* o *certae pecuniae*, nonché alle *securitates* relative alla *solutio* integrale o parziale di tributi o di dazione della dote, se effettuata dopo la redazione degli strumenti dotali. Introduceva quindi un termine di trenta giorni per procedere alla proposizione dell'*exceptio* nei confronti delle ricevute di diverso tipo ed escludeva il deferimento del giuramento nei casi in cui non fosse stata ammissibile l'eccezione. La parte finale della costituzione è incentrata sulle modalità per proporre la *denuntiatio* della *querella non numeratae pecuniae*, l'espedito con cui il presunto debitore avrebbe potuto perpetuare il regime dell'*exceptio* anche in caso di inattività prolungata del creditore. Essendo, infatti, l'eccezione un rimedio che implica l'attività della controparte, cui si tenta di resistere, se non fosse stato previsto un mezzo alternativo di tutela del debitore, questi si sarebbe trovato alla mercé del creditore che avesse atteso il decorso del termine utile per la proposizione dell'*exceptio* per far valere in giudizio il documento. Per far fronte a tale evenienza, si riconosceva al debitore chirografario un mezzo per contestare immediatamente la veridicità del documento e non incorrere nella prescrizione dell'eccezione.

Giustiniano tornò a legiferare in materia di *exceptio non numeratae pecuniae*, disponendo – con due costituzioni forse facenti parte in origine dello stesso provvedimento di C.I. 4.30.14¹⁴⁹ – che di essa si potessero avvalere anche i creditori dell'emittente del documento¹⁵⁰ e che la si potesse opporre anche ai *dotalia instrumenta* attestanti la *datio* di una dote in realtà soltanto promessa, nel termine di un anno dallo scioglimento del matrimonio¹⁵¹ e, in un secondo

¹⁴⁹) Krüger, nella sua edizione del *Codex*, p. 170 nt. 6 a C.I. 4.30.14, ritiene che ad essa andrebbero ricollegate C.I. 5.13.3, C.I. 4.2.17, C.I. 4.20.18, C.I. 4.21.17 e C.I. 5.15.3. Sul punto cfr. G.G. ARCHI, *Studi sulla 'stipulatio'*, I. La *'querella non numeratae pecuniae'*, Milano, 1938 (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981, p. 617 ss.) e CIMMA, *'De non numerata pecunia'*, cit., p. 171 nt. 6, secondo cui anche C.I. 4.30.15 potrebbe essere stata parte dello stesso provvedimento.

¹⁵⁰) C.I. 4.30.15: *'Si cui non numeratae pecuniae competere possit exceptio, etiam eo superse-dente tali auxilio uti, vel praesente vel absente, creditores eius possint (sive ipsi conveniantur utpote res delinquentes, ab his qui debita eius exigunt, cui competit huiusmodi exceptio vel dotis vel alterius causae nomine, sive contra alios possidentes aliquam actionem ipsi moveant) possint in examinando negotio suis adversariis eandem non numeratae pecuniae exceptionem opponere nec eo prohibeantur, quod principalis debitor ea numquam usus est: ita tamen, ut neque principali debitori neque fideiussori eius aliquid prae-iudicium generetur, si is qui eam exceptionem opposuit victus fuit, sed possint illi postea, si conveniantur, intra statuta scilicet tempora eadem se exceptione tueri'* (a. 528-529).

¹⁵¹) C.I. 5.15.3: *'In dotibus, quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsequuta sit, liceat non numeratae pecuniae exceptionem oppo-nerere non solum marito contra uxorem vel heredes eius morte mulieris vel repudio dissoluto matrimonio, sed etiam heredibus mariti, cuius morte dissolutum est matrimonium, socero etiam vel eius heredibus, si cum filio suo dotem suscepisse dotalibus instrumentis scriptum sit, omnique personae, quam dotem susce-*

momento, sancendo la possibilità di opporre l'eccezione anche ai documenti contenenti una clausola di giuramento.

Ma anche una volta portata a termine l'opera di compilazione giuridica l'interesse di Giustiniano verso l'istituto non venne meno: con *Nov.* 136 del 535¹⁵² dettò una normativa organica dei contratti conclusi dagli *argentarii*, prevedendo, nello specifico, una disciplina particolare per l'esperibilità dell'eccezione, che non poteva opporsi ai cd. *συμβόλαια ἀγοραῖα* (probabilmente gli *instrumenta* tabellionici)¹⁵³ e che non si sarebbe potuto contestare il fondamento di un documento di credito *ex antecedente causa*; con *Nov.* 18.8 del 536 stabilì una sanzione del *duplum* per chi la avesse opposta pretestuosamente risultando poi soccombente; con *Nov.* 100 del 539, infine, modificò i termini di opponibilità dell'*exceptio non numeratae dotis* in funzione della durata del matrimonio e del soggetto convenuto in giudizio per la restituzione della dote.

3.2.3. *La litterarum obligatio nelle Istituzioni giustiniane.* Possiamo ricavare preziose informazioni sul regime dell'*exceptio non numeratae pecuniae* e sulla riforma del 528 da due passi delle *Istituzioni*. Se, infatti, nel testo della costituzione imperiale, quale ci è pervenuta per il tramite del *Codex*, non si fa alcuna menzione della *stipulatio*¹⁵⁴, non così avviene nelle *Institutiones*.

Un primo riferimento all'istituto è rinvenibile nella trattazione relativa alle fonti delle obbligazioni, allorché gli estensori del manuale danno brevemente conto dei contratti letterali:

Iust. inst. 3.21: Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit, quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est. Sic

pisce una cum marito conscribitur, et eius similiter heredibus, ita tamen, ut intra annum tantum continuum a morte mariti vel mulieris vel missione repudii computandum ea licentia detur?

¹⁵² Su *Nov.* 136 e, più in generale, sulla disciplina dei contratti conclusi dagli *argentarii*, cfr. M. BIANCHINI, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana*, in «Studi A. Biscardi», II, Milano, 1982, p. 389-426, (ora in EAD., *Tem e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino, 2008, p. 123-160).

¹⁵³ CIMMA, *De non numerata pecunia*, cit., p. 204-206.

¹⁵⁴ Nel testo di C.I. 4.30.14, in realtà, è presente un riferimento alla '*cautio feneratoria*', che però in tale sede è senz'altro da riferirsi al documento probatorio. Diventa pertanto difficile comprendere se il sintagma sia utilizzato in maniera tecnica per alludere alla valenza stipulatoria dello stesso o se, invece, sia adoperato in senso atecnico per alludere genericamente al documento di credito, a prescindere dalla fonte del credito stesso (come sembrerebbe preferibile alla luce della menzione dei '*privata debita*').

fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur: et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur.

Il passo, come il modello gaiano, menziona i *nomina transcripticia*, ma per ricordare come fossero un istituto ormai desueto.

Il giovane lettore del manuale imperiale avrebbe potuto pensare, a questo punto, che, con essi, dovesse venire meno l'intera categoria dell'*obligatio litteris* e, conseguentemente, la quadripartizione dei *genera contractus*. Proseguendo nella lettura, però, sarebbe stato esortato a considerare il caso di chi avesse emesso un documento per il riconoscimento del debito di quanto in realtà non gli venne *numeratum*: decorso inutilmente il termine dell'eccezione, costui avrebbe dovuto adempiere la prestazione indicata nell'*instrumentum* ed il fondamento del suo vincolo sarebbe consistito nel documento stesso.

Nella sede relativa alle eccezioni, poi, troviamo quanto segue:

Inst. inst. 4.13.2: Idem iuris est, si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit neque numeravit. Nam eam pecuniam a te petere posse eum certum est: dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis: sed quia iniquum est eo nomine te condemnari, placet exceptione pecuniae non numeratae te defendi debere, cuius tempora nos, secundum quod iam superioribus libris scriptum est, constitutione nostra coartavimus.

Sembra che la fattispecie qui affrontata sia diversa dalla precedente, trattandosi della situazione di chi abbia promesso, mediante una *stipulatio* perfezionata *credendi causa*, del denaro non consegnatogli. Anche in questo caso non si potrà parlare di *obligatio re*, non avendo avuto luogo la *numeratio pecuniae*, ma questa volta sussisterà un *dare oportere ex stipulatu*.

L'azione intentata dal creditore sarà legittima, ma iniqua. Conseguentemente, nel termine sancito dall'imperatore – due anni – sarà possibile paralizzare la pretesa mediante l'*exceptio non numeratae pecuniae* con cui si trasferirà all'attore (come sostiene il corrispondente passo della *Parafrasi* teofilina) l'onere della prova – di fatto impossibile, in quanto priva di riscontro nella realtà dei fatti – riguardo alla *datio mutui*.

I due passi necessitano di essere esaminati congiuntamente in quanto il loro raffronto, da un lato, permette di far luce su alcuni aspetti di ciascuno che rimarrebbero altrimenti in ombra, e, dall'altro lato, evidenzia delle incongruenze che richiedono di essere risolte.

Il primo brano ha generato diatribe ermeneutiche in relazione alla precisazione ‘*cessante scilicet verborum obligatione*’. Un primo orientamento consiste nel ritenere che la *stipulatio*, per quanto conclusa, debba considerarsi novata nel rapporto nascente *litteris*¹⁵⁵, una volta decorso il biennio di opponibilità dell’*exceptio*. L’interpretazione di sicuro prevalente¹⁵⁶ va però nel senso di considerare la *stipulatio* come mai conclusa: pertanto, la pretesa non potrebbe essere fondata su un’*obligatio verbis* mai contratta.

Si rende allora problematica la concordanza col secondo passo istituzionale, in cui l’*exceptio* viene presentata quale rimedio da opporre ad una *cautio* senza dubbio stipulatoria. La differenza non è di poco conto, anche per quanto riguarda l’oggetto della nostra indagine, ossia il regime della *stipulatio*. Infatti, quanti sostengono che *Iust. inst.* 3.21 faccia riferimento anche ai documenti stipulatorii finiscono, con toni più o meno espliciti, per fornire un valido argomento a riprova della «degenerazione» della *stipulatio* giustiniana in contratto letterale¹⁵⁷.

¹⁵⁵) Cfr. B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953, p. 307 s., LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht*, cit., p. 54 ss., DIÓSDI, *Giustiniano e la ‘stipulatio’*, cit., p. 48, e TALAMANCA, ‘*Conventio*’ e ‘*stipulatio*’ nel sistema dei contratti romani, in «Le droit romain et sa reception en Europe» (cur. H. Kupiszewski, W. Wolodkiewicz), Varsovie, 1978, p. 265.

¹⁵⁶) Cfr. FACELLI, L’*‘exceptio non numeratae pecuniae’*, cit., p. 48 ss., PRINGSHEIM, *Stipulations-Klausel*, cit., p. 207, e MACCORMACK, *Oral and Written Stipulation*, cit., p. 107 s.

¹⁵⁷) E’ quanto accade, in particolare, a DIÓSDI, *Giustiniano e la ‘stipulatio’*, cit., p. 49 s., secondo cui il documento stipulatorio, di cui si fosse riusciti a dimostrare la redazione senza il requisito della presenza delle parti, in base a quanto disposto da C.I. 8.37.14, sarebbe stato comunque valido, ma da considerarsi una *obligatio litteris*. La tesi non è convincente poiché non si chiarisce quale destino dovesse essere riservato al documento esteso senza il requisito della *praesentia* e contenente la clausola stipulatoria prima del decorso del biennio per l’*exceptio non numeratae pecuniae*, né, tantomeno, sembra trovare considerazione il fatto che l’*exceptio* era opponibile ai soli documenti relativi a *certa pecunia* o *certae res*. Come inquadrare, allora, i documenti stipulatorii relativi a prestazioni di *facere*, *praestare* o relativi a un *dare* non predeterminato nell’ammontare? In definitiva, sembra che l’autore operi una commistione non condivisibile tra le discipline di C.I. 4.30.14 e C.I. 8.37.14, relative a fattispecie in realtà differenti. Diósdì sostiene che «Se Giustiniano avesse voluto restaurare l’oralità della *stipulatio*, la conseguenza logica della provata assenza sarebbe stata la nullità del contratto. Ma invece si legge: *sed huiusmodi scripturae propter utilitatem contrahentium esse credendas*. Pertanto, il contratto rimaneva valido, anche se una delle parti non si fosse trovata nella città nel giorno della redazione del documento» (p. 49). In realtà, non mi sembra che il periodo stralciato dalla costituzione giustiniana vada considerato come introduttivo di una presunzione per i documenti di cui si sia provata l’assenza delle parti (che, al contrario, diventa proprio il mezzo per inficiare la presunzione relativa alla corretta forma stipulatoria), ma, al contrario, come una sorta di riepilogazione conclusiva del portato normativo della costituzione nella sua interezza, e da riferirsi, pertanto, ai documenti di cui non si sia riusciti a fornire la prova dell’assenza delle parti. Cfr. comunque anche quanto si dirà *infra* in relazione al passo corrispondente a *Iust.*

Può risultare di sicuro utile, per far luce sulla questione, un confronto tanto con il precedente gaiano di *Iust. inst.* 3.21, quanto con la *Parafrasi* greca di Teofilo.

Per quanto riguarda la prima delle fonti citate, è stato sottolineato¹⁵⁸ come, benché le Istituzioni giustiniane facciano in questa sede specifico riferimento a una realtà giuridica tardoimperiale e comunque posteriore all'opera gaiana, è comunque in quest'ultima che si può trovare, anche per il passo in questione, il modello di riferimento.

Scriveva infatti Gaio:

inst. 3.134: Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et sygraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat: ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est.

Si è già avuto modo di soffermarsi sul passo nelle pagine che precedono¹⁵⁹, sottolineando la contrapposizione introdotta tra il diritto romano e le consuetudini provinciali. I documenti di diritto ellenistico, nella concezione orientale costitutivi dell'obbligazione, nella prospettiva romana non avevano altra funzione che quella meramente probatoria, quali validi strumenti per il riconoscimento di debito, ove effettivamente sussistente, ma non fondativi di esso. Il precedente gaiano è lampante, in particolare, nella corrispondenza tra le espressioni di Gaio e Giustiniano: '*si quis debere se ... scribat / si quis debere se scripserit e scilicet si eo nomine stipulatio non fiat / cessante scilicet verborum obligatione*'.

La stretta aderenza al modello classico, a prima vista, sembrerebbe legittimare l'interpretazione di chi nell'ablativo assoluto '*cessante obligatione*' individua un riferimento alla mancanza *ab origine* della *stipulatio*. Tuttavia, mi sembra che l'argomento non sia decisivo, in quanto la scelta di discostarsi, nel solo verbo utilizzato per esprimere l'insussistenza dell'obbligazione verbale, da ciò che nel testo gaiano era inequivocabile ('*si scilicet stipulatio non fiat*') potrebbe anche essere inteso, al contrario, come indizio del tentativo dei compilatori di cercare un sintagma analogo, ma in grado di esprimere un concetto lievemente difforme, come la trasformazione del rapporto *verbis in litteris* solo col decorso del biennio.

inst. 3.21 della *Parafrasi* teofilina.

¹⁵⁸) Particolare attenzione alla questione è stata dedicata da F. MESSINA VITRANO, *La 'litterarum obligatio' nel diritto giustiniano*, in «AG.», LXXX, 1908, p. 103-107, che istituisce un serrato raffronto testuale dei due passi. Negava, al contrario, la derivazione gaiana di *Iust. inst.* 3.21 C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in «BIDR.», XIII, 1901, p. 178, secondo cui il passo sarebbe interamente giustiniano.

¹⁵⁹) Cfr. *supra*, § 2.1.

A favore della prima tesi, però, si è anche sottolineato, da parte di MacCormack, come il testo giustiniano riprenda, del modello gaiano, la menzione del solo chirografo (identificato nel documento ricognitivo di debito) e non la singrafe (contenente una promessa di pagamento)¹⁶⁰. Gli estensori giustiniani, pertanto, si riferirebbero, con l'espressione '*cessante scilicet verborum obligatione*', alla assenza completa di *stipulatio*.

Anche la *Parafraresi* di Teofilo offre numerosi spunti interessanti, in quanto in alcuni passi presenta un'esposizione più ricca rispetto al testo latino, fornendo agli studenti maggiori dettagli, che risultano oggi una fonte preziosa di informazioni.

A differenza della *Istituzioni*, infatti, che si limitavano a ricordare i *nomina transcripticia* per segnalarli come «non più in uso», Teofilo dà dettagliatamente conto del loro funzionamento, soffermandosi sulla novazione prodotta dalla scrittura:

Μετὰ τὴν ΠΕ καὶ τὴν ΥΕΒΙΣ εἶπωμεν περὶ τῆς ΛΙΤΤΕΡΙΣ. ἡ δὲ ΛΙΤΤΕΡΙΣ τὸ παλαιὸν τοιοῦτον ἐπερδέχετο ὄρον· ΛΙΤΤΕΡΙΣ ἐστὶ τὸ παλαιὸν χρῆος εἰς καινὸν δάνειον μετασχεματιζόμενον ῥήματι καὶ γράμματι τυπικῶ. εἰ γάρ τις ἐχρεώσεται μοι νομίσματα ἀπὸ ἀγορασίας ἢ μισθώσεως ἢ δανείσματος ἢ ἐπερωτήσεως (πολλὰ δὲ τῶν χρεῶν προφάσεις), ἡβουλόμην δὲ τοῦτον ὑπεύθυνον ποιῆσαι τῇ ΛΙΤΤΕΡΙΣ ἐνοχῆ, ἀνάγκη ἦν ταῦτα λέγειν καὶ γράφειν τὰ ῥήματα πρὸς αὐτὸν ὄν ἐνοχον ἡβουλόμην τῇ ΛΙΤΤΕΡΙΣ ποιῆσαι ἐνοχῆ. ἦν δὲ ταῦτα τὰ ῥήματα, ἅτινα καὶ ἐλέγετο καὶ ἐγράφετο· «CENTUM AUREOS QUOS MIHI EX CAUSA LOCATIONIS DEBES, EXPENSOS TIBI TULI»· εἶτα ἐν ἐγράφετο ὡς ἀπὸ τοῦ ἐνόχου ἤδη γενομένου ἐκ τῆς μισθώσεως ταῦτα τὰ ῥήματα· «EXPENSOS MIHI TULISTI». καὶ ἡ μὲν προτέρα ἦτις ἦν ἐνοχῆ ἀπεσβέννυτο, καινότερα δὲ ἐτίκτετο, τουτέστιν ἡ ΛΙΤΤΕΡΙΣ· αὕτη δὲ ἐκ τοῦ ἐν γράμμασιν εἶναι τὴν ὀνομασίαν ἐδέξατο. σήμερον δὲ ταῦτα οὐκ ἔστιν ἐν χρήσει¹⁶¹.

¹⁶⁰ MACCORMACK, *Oral and Written Stipulation*, cit., p. 107, che giunge a definire il raffronto con Gai., *inst.* 3.134, addirittura «illuminating».

¹⁶¹ Riporto la traduzione latina dell'edizione Ferrini, con la sola integrazione dell'ultimo periodo, da lui tralasciato: «Post verborum obligationem de litterarum dispiciamus. litterarum obligatio olim hanc definitionem recipiebat: litterarum obligatio est vetus debitum in novum mutuum adsimilatum verbis et scriptura formulatis. Si enim quis aureos decem mihi deberet ex emptione vel ex locatione vel mutuo vel stipulatione (plures enim sunt debendi causae), vellemque eum litterarum obligatione teneri, necesse erat hoc verba dicere et scribere ad eum, quem litteris obligari volebam. haec autem erant verba, quae dicenda scribendaque erant: «centum aureos, quos mihi ex causa locationis debes expensos tibi tuli»: deinde adscribebantur ab illo qui iam ex locatione antea obligatus erat haec verba: «expensos mihi tulisti», et prior quidem obligatio extinguebatur, nova autem gignebatur, idest litterarum. haec vero cum litteris conciperetur, inde appellationem duxit. [quae hodie non sunt in usu]».

In questa sede Teofilo si discosta parzialmente anche dal modello gaiano¹⁶²: in primo luogo menziona solo i *nomina* con *transcriptio a re in personam*; in secondo luogo, mentre il giurista sabiniano esemplificava facendo riferimento, quale fonte dell'obbligazione novata, soltanto a contratti consensuali¹⁶³, Teofilo aggiungeva ad essi anche il mutuo e la *stipulatio* chiarendo, con termini che parrebbero quasi polemici nei confronti di Gaio, πολλὰ δὲ τῶν χρεῶν προφάσεις. Questo desiderio di precisione dell'*antecessor* rende ancor più curioso l'ultimo profilo di discontinuità rispetto alle *Istituzioni* classiche, ossia l'indicazione (probabilmente erronea) della pronuncia di parole solenni accanto alla redazione documentale quale elemento costitutivo dell'obbligazione letterale (ἀνάγκη ἢ ταῦτα λέγειν καὶ γράφειν τὰ ῥήματα πρὸς αὐτὸν ὃν ἔνοχον ἢ βουλόμην τῇ LITTERIS ποιῆσαι ἐνοχῆ). Credo si possa ipotizzare che tale imprecisione del maestro bizantino sia dovuta alle sorti della *stipulatio* in epoca tardoantica, allorché la redazione dell'*instrumentum* era prassi consueta per quanto, dal punto di vista dogmatico, restasse pur sempre necessaria la forma *verbis*. Parrebbe che Teofilo, nel ricostruire la struttura dei *nomina transcripticia*, ormai caduti in desuetudine da secoli, sia stato più o meno consapevolmente condizionato dalla prassi della sua epoca. D'altra parte, notava Cannata che il testo dell'*expensilatio* proposto dalla *Parafrasi* è del tutto inattendibile in quanto il suo autore «pensa ad una scrittura effettuata in forma dialogica, il che in un libro contabile non ha senso alcuno». Teofilo «cercava solo di interpretare quanto trovava in Gaio, arrivando così a costruire l'*expensilatio* co-

¹⁶²) Gai., *inst.* 3.128-131: 'Litteris obligatio fit veluti in nominibus transcripticiis. fit autem nomen transcripticio duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam. A re in personam transcriptio fit, veluti si id quod tu ex emptio causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. A persona in personam transcriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi. Alia causa est eorum nomen, quae arcaria vocantur: in his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valet, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae rei facit obligationem. qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere'.

¹⁶³) E' in generale ammesso che Gaio, riferendosi soltanto a compravendita, locazione e società avesse un intento semplicemente esemplificativo, ma che qualsiasi obbligazione potesse essere novata mediante *transcriptio a re in personam* purché avesse ad oggetto una *certa pecunia*. In questo senso si vedano, ad esempio, TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 578 s., e C.A. CANNATA, *Qualche considerazione sui 'nomina transcripticia'*, in «Studi G. Nicosia», II, Milano, 2007, p. 174, nt. 11. Sembrerebbe invece orientata diversamente F. LA ROSA, *Appunti sui contratti «letterali» nel diritto romano*, in «AUCT.», IX, 2007-2008, p. 71 s. (e nt. 3), secondo cui l'obbligazione novata doveva derivare esclusivamente da un contratto consensuale, caratteristica da ricollegarsi o al periodo in cui i contratti consensuali non avevano una tutela processuale o alla preferenza, rispetto a quest'ultima, della *condictio*.

me una specie particolare di *stipulatio* (novatoria) scritta»¹⁶⁴.

La *Parafrasi* prosegue con l'indicazione della «nuova figura» di *obligatio litteris*, ossia quella derivante da un documento di credito non contestato tempestivamente con l'*exceptio non numeratae pecuniae*. I dubbi lasciati aperti dal latino '*cessante scilicet verborum obligatione*' vengono dissipati dal testo greco, in cui è inequivocabile il riferimento a *instrumenta* non stipulatori. Nell'esempio teofilino si insiste sul concetto che i γράμματα obbligano perché la *stipulatio* è stata conclusa senza la necessaria presenza delle parti (risultando, quindi, invalida) o non è stata conclusa affatto:

ἔστι δὲ εὐρεῖν, εἴ τις ἀκριβέστερον κατανοήσοι, καὶ σήμερον πολιτευομένην τὴν ΛΙΤΤΕΡΙΣ ἔνοχὴν καθ' ἕτερον σχῆμα. εἰ γὰρ τις βουλόμενος δανείσασθαι παρ' ἐμοῦ διελέχθη μοι περὶ τούτου, ἐγὼ δὲ ἐπέτρεψα αὐτῷ ποιῆσαι γραμματεῖον, καὶ διὰ καθ' ἑαυτὸν οὐ παρόντος ἐμοῦ τὸ γραμματεῖον ἐποίησεν, ἐν ᾧ εἶπεν ὅτι «ἔδανεισάμεν ἑγὼ κατὰ τὴν σήμερον ἡμέραν παρὰ τοῦδε καὶ ταῦτα ἐποφείλω», ἐπερώτησις δὲ οὐκ ἐτέθη ἤγουν καὶ ἐντεθείσα ἀχρηστος ἦν διὰ τὸ γεγενῆσθαι τὸ τοιοῦτον συμβόλαιον οὐ παρόντος τοῦ δανεισαμένου, ἐνταῦθα χρόνου παραδραμμόντος πολλοῦ ζητεῖται εἰ δυνατόν ἐνάγεσθαι τὸν τὸ εἰρημένον ἐκθέμενον γραμματεῖον. καὶ λέγομεν ὅτι οὐδὲ ἀπὸ τῆς PE δυνατόν ἐναχθῆναι τὸ παρὸν πρόσωπον (οὐ γὰρ γέγονεν ἀπαρίθμησις) οὐδὲ ἀπὸ τῆς UERBIS, ἐπειδὴ μὴ παρόντων τῶν δύο μερῶν γέγονεν ἡ ἐπερώτησις ἢ αὐτὸ τοῦτο οὐδὲ γέγονεν ἡ ἐπερώτησις. λείπεται οὖν ἀπὸ μόνον τῶν γραμμάτων ἔνοχος αὐτὸν γενέσθαι· καὶ ἰδοῦ, πότε καὶ σήμερον γίνεταί τις ἔνοχος τῇ ΛΙΤΤΕΡΙΣ¹⁶⁵.

Infine, nel dare conto della riforma giustiniana dei tempi di opponibilità dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, Teofilo sottolineava con enfasi due aspetti del relativo regime processuale: in primo luogo, il prodursi dell'inversione dell'onere della prova (tale per cui, mediante l'eccezione, il convenuto avrebbe detto all'attore: «prova di aver versato») e, in secondo luogo, l'inopponibilità assoluta una volta trascorso il biennio¹⁶⁶ (punto, questo, su cui si avrà

¹⁶⁴) CANNATA, *Qualche considerazione sui 'nomina transcripticia'*, cit., p. 172.

¹⁶⁵) Traduzione Ferrini: «Invenire autem licet, si quis diligentius inquirat, hodie quoque litterarum obligationem in usu esse quamvis plane sub alia forma. Nam si quis, qui a me mutuari velit, de hoc mihi loquatur, egoque mandem, ut instrumentum conficiat, me non praesente, hisce fere verbis: «mutuum accepi hodierna die ab illo, et haec illi debeo»; stipulatio vero non adscribatur (quinimo inutiliter adscriberetur, cum eiusmodi instrumentum non praesente creditore conficiatur) quaeritur an deinde, multo elapso tempore, conveniri possit, qui instrumentum conscripserit: et dicimus neque ex re conveniri eum posse (non enim numeratio facta est) neque ex verbis (cum me praesente quidem utraque parte stipulatio sit facta aut etiam omnino non sit facta): restat igitur ut litteris tantum teneatur, et ecce quomodo et hodie quis litteris teneri possit».

¹⁶⁶) Ὁ δὲ πολὺς χρόνος πάλαι μὲν εἰς πενταετίαν περιεστῆκει μετὰ γὰρ τοῦτον τὸν

modo di tornare in seguito)¹⁶⁷.

Se il raffronto con la *Parafraresi*, allora, lascia intendere come *Iust. inst.* 3.21 dovesse avere ad oggetto fattispecie documentali in cui non era intercorsa alcuna *stipulatio*, si rende necessario armonizzare il passo con quanto risulta dal già richiamato *Iust. inst.* 4.13.2¹⁶⁸, ove si tratta, senza alcun dubbio, dell'opponibilità dell'*exceptio non numeratae pecuniae* a documenti stipulatori. La fattispecie proposta, infatti, è proprio quella della *stipulatio* conclusa *credendi causa* in vista di una *numeratio* in realtà non avvenuta. Anche in questo caso le *Istituzioni* giustiniane sono modellate sul manuale gaiano, discostandosene però nella sostituzione della *exceptio non numeratae pecuniae* alla *exceptio doli mali* configurata in Gai., *inst.* 4.116a¹⁶⁹ quale mezzo per neutralizzare la pretesa dell'attore, fondata secondo *ius civile*, ma iniqua.

I due passi delle *Istituzioni* giustiniane sembrano quindi trovare coordinamento solo riconoscendo che l'*exceptio non numeratae pecuniae* era opponibile sia ai documenti di mutuo non muniti di clausola stipulatoria sia a quelli stipulatori; tuttavia, solo nel primo caso il decorso del biennio di opponibilità dell'*exceptio* avrebbe portato al sorgere della singolare figura della «nuova» *obligatio litteris*, mentre nel secondo l'obbligazione avrebbe continuato ad essere qualificabile *verbis*, salva l'impossibilità di fruire dell'eccezione. L'apparente contraddizione fra i due frammenti non si spiega, pertanto, sul piano dog-

χρόνον οὐκ ἦν ἀντιθέσθαι τὴν τῆς ἀναγυρίας παραγραφὴν, τούτεστι τὴν NON NUMERATAE PECUNIAE, καὶ λέγειν τῷ δανειστῇ «δεῖξον ὅτι ἀπρίθμησας» τοῦτο γὰρ πολλαῖς βασιλέων εἴρεται διατάξεσιν. ἐπειδὴ δὲ τοῦτο δυσχερὲς ἦν τοῖς CREDITOR SIN, ὁ ἡμέτερος βασιλεὺς, ἵνα μὴ πολλοῦ παραδραμιόντος χρόνου, τούτεστι τριετίας ἢ τετραετίας, μετὰ τοσοῦτον χρόνον οἱ CREDITORES ἀποδεικνύειν ἀπαιτούμενοι ὡς ὅτι ταῦτα ἀληθῆ ἔστι διὰ τὸ μῆκος τοῦ χρόνου τοῦ παρελθόντος εἰς δυσχέρειαν τῶν ἀποδείξεων ἐμπίπτειεν καὶ ἐντεῦθεν τῶν οἰκείων στεροῖντο χρημάτων, διάταξιν ἐποίησεν ἥτις τὴν πενταετίαν εἰς διετίαν περιέστηεν ὥστε οὖν εἴσω τοῦτου τοῦ χρόνου καλῶς ἢ τοιαύτη ἀντιτεθήσεται παραγραφὴ, μετὰ δὲ διετίαν οὐδὲ ὅλως (traduzione Ferrini: «multum autem tempus olim quidem ad quinquennium usque procedebat ac postea non poterat non numeratae pecuniae exceptio opponi aut creditorum dici: proba te numerasse: hoc enim pluribus principalibus constitutionibus cautum est. Cum hoc autem creditoribus difficile esset, imperator noster, ne, longo praeterito tempore (idest triennio vel quadriennio), creditores probare iussi vera esse quae essent adscripta, propter longitudinem elapsi temporis in difficultatem probationum inciderent, atque inde suis pecuniis defraudarentur, constitutionem scripsit, quae quinquennium in biennium coartavit; itaque intra hoc tempus recte eiusmodi opponeretur exceptio; post biennium vero, nullomodo»).

¹⁶⁷ Cfr. *infra*, § 3.2.5.

¹⁶⁸ In questo caso la *Parafraresi* di Teofilo non presenta, ai nostri fini, divergenze dal testo latino tali da richiedere un esame specifico.

¹⁶⁹ «*Veluti si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere*».

matico dell'*exceptio*, ma in considerazione del diverso ambito cui si riferiscono le due esemplificazioni: da un lato la trattazione delle fonti delle obbligazioni (*Iust. inst.* 3.21), dall'altro (*Iust. inst.* 4.13.2) il regime delle eccezioni.

Si è autorevolmente sostenuto che il mantenimento della *obligatio litteris* nel manuale giustiniano andrebbe spiegato con l'intento di conservare la quadripartizione gaiana delle fonti delle obbligazioni *ex contractu*¹⁷⁰. Messina Vitrano, in senso parzialmente difforme, segnalava però come nella fattispecie descritta da *Iust. inst.* 3.21 manchi una vera e propria *conventio* delle parti, al punto che saremmo di fronte, più che ad un'obbligazione letterale, ad una legale¹⁷¹.

Ciò però non deve indurre a ritenere il passo relativo alla *litterarum obligatio* una «erronea opinione» dei compilatori giustiniani¹⁷², quanto piuttosto una mera descrizione di una situazione di fatto. Ritengo, cioè, che si possa qui vedere un espediente didattico dell'*antecessor* piuttosto che una descrizione normativa del compilatore. L'autore del passo, mi sembra, non vuole fornire una descrizione di un istituto giuridico, quanto di una di quelle situazioni (per certi versi anche un po' paradossali) di difficile inquadramento giuridico determinate dall'oggettivo combinarsi di disposizioni differenti. Infatti, il discorso prende avvio, tanto nel testo istituzionale latino quanto nella sua parafrasi greca, dalla descrizione delle situazioni fattuali che danno origine all'*obligatio* e quest'ultima non è inquadrata come un istituto di cui lo studente debba avere consapevolezza dogmatica, quanto piuttosto come una problematica di cui il futuro giurista deve avere contezza.

3.2.4. *Mutuo e stipulatio nella riflessione degli antecessores*. I *Basilici* (e, in particolare, il libro 23 della compilazione bizantina) sono ricchi di *scholia* che offrono un quadro complesso e variegato della concezione presso gli *antecessores* delle tematiche che stiamo affrontando.

L'analisi dei passi rilevanti deve prendere le mosse da quelli più specificamente inerenti al rapporto tra *stipulatio* e *mutuum*, al fine di comprendere, preliminarmente, quale fosse l'inquadramento dogmatico che in età giustiniana si diede della questione, esaminata in precedenza a proposito dell'età

¹⁷⁰ In questo senso, ad esempio, M. AMELOTI, *Giustiniano maestro d'Istituzioni*, in «Annali Genova», V, 1966, p. 335 s. (= ID., *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione*², II, Torino, 1983, p. 92 s.), LUCETTI, *La legislazione imperiale*, cit., p. 426, e LA ROSA, *Appunti sui contratti «letterali»*, cit., p. 74.

¹⁷¹ MESSINA VITRANO, *La 'litterarum obligatio'*, cit., p. 123 s., con indicazione, p. 123 nt. 3, di precedente conforme bibliografia.

¹⁷² Così MESSINA VITRANO, *op. cit.*, alle pagine indicate nella nota precedente.

tardoclassica e postclassica, relativa alla cd. *obligatio re et verbis*. Va subito detto che non è facile isolare un unico indirizzo costantemente seguito dalle attestazioni che ci sono pervenute ma che, anzi, queste ci offrono un quadro abbastanza magmatico. Se, in generale, sembra emergere l'idea diffusa per cui, come in precedenza, nonostante la possibilità concettuale di distinguere i due momenti contrattuali, la *obligatio verborum* riassorbiva la *numeratio*, in alcuni passi sembra emergere un concetto ancora più radicale, secondo cui il mutuo non sarebbe stato valido senza la conclusione di una *stipulatio*.

Analizziamo dapprima un frammento attribuibile a Stefano (così Heimbach nel suo *Manuale Basilicorum*, p. 253):

Εἰ γὰρ ἀτόκος, φαίνεται κατὰ πρόληψιν, ὅτι ἐξουσιαστικῶς ταῦτα ἐποίησε, καὶ λοιπὸν ἀνατρέπεται τὸ συνάλλαγμα καὶ ἀπαιτεῖται πᾶν διάφορον, οὐ μὴν τόκοι· τόκοι γὰρ ἀνεπερώτητοι οὐκ ἀπαιτοῦνται¹⁷³.

L'*antecessor* commentava D. 12.1.34, in cui Paolo sosteneva che al *praeses provinciae* era consentito soltanto '*mutuam pecuniam faenebrem sumere*', per quanto i suoi *officiales* potessero '*mutuam pecuniam dare et faenebrem exercere*'¹⁷⁴. Stefano spiegava la limitazione sostenendo che, se il governatore avesse ricevuto a mutuo senza la corresponsione di interessi, si sarebbe presunta la pressione dovuta all'influenza della carica rivestita. Di conseguenza, doveva ritenersi che il contratto fosse invalido ed il mutuatario fosse tenuto alla restituzione della *sors* (per quanto non affermato esplicitamente, si può supporre che ciò fosse considerato un obbligo di restituzione dell'indebito), ma non delle *usurae*, poiché queste non possono essere pretese se non dedotte in apposita *stipulatio*. La soluzione di Stefano può lasciare insoddisfatti nella prospettiva della politica legislativa, in quanto descrive una norma priva di effettiva sanzione, ma dal punto di vista della costruzione dogmatica dei rapporti tra mutuo e *stipulatio* appare impeccabile, facendo salva l'essenziale gratuità del primo con la conseguente necessità di ricorrere alla seconda per la valida pattuizione degli interessi.

Ancora, possiamo considerare valido esempio di una chiara ricostruzione dogmatica il breve scolio 3 a *Bas.* 23.1.53¹⁷⁵:

¹⁷³) Scolio 5 dell'edizione Scheltema a *Bas.* 23.1.34 (traduzione Heimbach: «Si enim sine usuris pecuniam acceperit, ex praesumptione vi potestatis videtur accepisse, ac per hoc contractus rescindetur, et sors petetur: nec vero usurae: usurae enim in stipulationem non deductae non petuntur»).

¹⁷⁴) D.12.1.34: '*Praesidis provinciae officiales, quia perpetui sunt, mutuam pecuniam dare et faenebrem exercere possunt. Praeses provinciae mutuam pecuniam faenebrem sumere non prohibetur*'.

¹⁷⁵) Va però segnalato che con tutta probabilità siamo di fronte, in questo caso, ad

ζῆται κεφ. μζ'. καὶ νδ'. ὅσον ἐπὶ τῷ μὴ ἔχειν ἐ[περώτ]ησιν. Οὐ γὰρ ἐστὶ ψιλὸν ἔχον δόσιν· καὶ οὕτως οὐκ ἔστι ψιλὸν σύμφωνον ἔχον δόσιν¹⁷⁶.

La validità del mutuo è qui riconosciuta per quanto esso sia *nudum* (ψιλὸν), privo cioè di *stipulatio*. L'autore del passo riafferma la validità del *mutuum sine stipulatione* negando che esso vada considerato un nudo patto allorché si sia verificata la *datio*, unico requisito contrattuale (insieme all'accordo delle parti, ma questo lo possiamo ritenere implicito nel testo).

Il testo *in scholio* risulta difficilmente databile, ma possiamo rilevare che anche l'*index* della costituzione, forse di Taleo, si fonda, per quanto in maniera indiretta, sullo stesso rilievo¹⁷⁷:

Ἀλέξανδρος τις καὶ Σύντροφος ἐδάνεισάν τι φανερόν χρυσίου σταθμὸν καὶ ἀργύριον φανερόν ἐπὶ ταῦτα δοθῆναι ἐν τῇ Ῥομῇ μετὰ ταῦτα ὁ Ἀλέξανδρος βούλεται εἰς ὀλόκληρον τὰ δανεισθέντα ἀπαιτεῖν. φησὶ τοίνυν ἡ διάταξις, ὅτι εἰ μὲν δύο ἀντίδικοι ἐπερωτῶντες γέγονατε, ἢ οὐ γέγονεν ἐπερώτησις, ἀλλὰ ψιλὸν δάνειον συμφώνου γενομένου, ὥστε τὸν χρεώστην ἐκάστω ὑμῶν εἰς ὀλόκληρον κατέχεσθαι, ἔξεις παρηρησίαν τὸ πᾶν αὐτὸν ἀπαιτεῖν. εἰ μὲντοι οὐδὲν τούτων παρηκολούθησε, τὸ ἥμισυ μέρος τῶν δανεισθέντων μόνον ἐξέσται σοι ἀπαιτεῖν τὸν χρεώστην· εἰ μὴ ἄρα οἱ κληρονόμοι τοῦ Συντρόφου ἐξεχώρησαν τὴν ἀγωγὴν, ποιήσαντες ὡς ἐν πράγματι ἰδιῶ φροντιστὴν εἰς τὸ μέρος τὸ ἀμιόζον τῷ Συντρόφῳ¹⁷⁸.

Nel caso di una situazione contrattuale contraddistinta dalla presenza di due mutuanti, l'*index* (sulla scorta della costituzione imperiale diocleziana) di-

uno *scholium novum* (successivo, cioè, alla redazione dei *Basilici*), in considerazione dell'abbreviazione κεφ.

¹⁷⁶) Traduzione Heimbach: «Quaere cap. 47. et 54. Quatenus stipulatio subiecta non est. Non enim nudum est, quod dationem continet. Etenim nudum pactum non est, quod dationem habet».

¹⁷⁷) Credo si possa qui prescindere dall'analisi di C.I. 4.2.9, del 293 d. C., in quanto, da un lato, la fattispecie esaminata nella costituzione non riveste specifico rilievo ai fini del presente lavoro e, d'altro lato, non si può dubitare che sul finire del III secolo la ricostruzione dogmatica del *mutuum* non dovesse ancora originare le problematiche che si affronteranno a breve nel testo.

¹⁷⁸) Traduzione Heimbach: «Alexander quidam et Syntrophus certum auri pondus certamque pecuniae quantitatem cuidam mutuo dederunt, ut Romae solveretur. Postea Alexander mutuo data in solidum petere vult. Ait igitur constitutio: si quidem duo rei stipulandi constituti estis, aut stipulatio facta non est, sed nudum mutuum contractum est, pacto interposito, ut debitor utrique vestrum in solidum teneretur, solidum ab eo petere potes. Quodsi nihil eorum secutum sit, partem dimidiam tantum eorum, quae mutuo data sunt, a debitore petere tibi licebit: nisi heredes Syntrophiactionem cesserint, procuratorem te in rem tuam facientes pro parte Syntropho competentem».

chiara che la solidarietà elettiva attiva si può verificare solo al ricorrere dello schema negoziale dei *duo rei stipulandi* o di uno specifico patto che contempli tale facoltà (ovvero ancora nel caso di cessione dell'azione da parte di un creditore, o dei suoi eredi, all'altro). Ciò che ora importa rilevare è come si riconosca la validità dello *ψιλὸν δάνειον*, ossia il mutuo contratto senza l'accessione di alcuna *stipulatio*.

Ma a fronte di simili esempi troviamo, come detto, enunciati ben meno lineari. In primo luogo segnaliamo casi in cui la struttura stessa del *mutuum* sembra compromessa. E' quanto avviene, ad esempio, nel frammento di Teodoro¹⁷⁹ contenuto nel primo scolio a *Bas.* 23.1.54:

Θεοδώρου. Δύνανται καὶ πολλοὶ χρεῶσται ἐν ἐνὶ συμβολαίῳ τὸ ἴδιον χρέος ἕκαστος ὁμολογεῖν. Κὰν ἀργύρια δανείσῃ τις, δύναται συμφωνεῖν ἄλλο εἶδος λαβεῖν ἀντ' αὐτῶν, καὶ μένει δάνειον τὸ συνάλλαγμα· δεσπάζει γὰρ τοῦ ληφθέντος ἢ τοῦ διδομένου αὐτῶ ἀντὶ τῶν νομισμάτων κατὰ τὸ σύμφωνον ὃ δανειστής, ὡς εἶρηται βιβ. ζ'. τίτ. οα'. διατ. δ'.¹⁸⁰

Spunto della riflessione di Teodoro è la costituzione C.I. 4.2.10 di Diocleziano del 294. In essa si esaminava un caso in cui un'obbligazione pecuniaria derivante da mutuo veniva novata tramite *stipulatio* in altra avente ad oggetto una quantità di vino¹⁸¹.

Teodoro giunge ad affermare la liceità di una pattuizione con cui si cambia l'oggetto del contratto e sostiene che, in tal caso, rimane comunque da qualificare come mutuo (μένει δάνειον τὸ συνάλλαγμα). La contrarietà dell'affermazione ai principii di diritto classico è palese. In esso non sarebbe certo stato possibile mutare così radicalmente un contratto *stricti iuris* mediante un patto (anzi, quest'ultimo non avrebbe in alcun modo potuto accedere a simili tipologie contrattuali). Mi sembra che l'errore di Teodoro vada identificato proprio nell'aver sostituito la *stipulatio* novatoria del rescritto diocleziano con un patto¹⁸². In questo caso la scarsa precisione concettuale

¹⁷⁹) A proposito di Teodoro si veda VAN DER WAL, LOKIN, *Delineatio*, cit., p. 57 ss.

¹⁸⁰) Traduzione Heimbach: «Theodori. Possunt etiam multi debitores in uno instrumento proprium debitum singuli promittere. Licet mutuum pecuniam quis dederit, potest pacisci, ut pro ea aliam speciem accipiat, et in suo statu manet mutui contractus: creditor enim dominus fit eius, quod accepit, vel eius, quod ei pro pecunia secundum pactum datum est, ut dicitur lib. 7. tit. 71. const. 4».

¹⁸¹) C.I. 4.2.10: «Eo, quod a multis proprii debiti singulorum obligationis uno tantum instrumento probatio continetur, exactio non interpelletur. nam si pro pecunia quam mutuo dedisti tibi vinum stipulanti qui debuerant sponponderunt, negotii gesti paenitentia contractum habitum recte non constituit irritum».

¹⁸²) E' difficile comprendere, dal tenore del testo, se con ciò Teodoro intendesse applicare, al caso in questione, la teoria del patto accompagnato da dazione (e quindi non

dell'operatività e dei reciproci effetti di *mutuum* e *stipulatio* non può trovare giustificazione.

In altri casi, però, sembra che il diverso inquadramento delle due fattispecie nasca da un'elaborazione del tutto nuova, che porta sì a conseguenze difformi rispetto a quelle prospettabili per diritto classico, ma non per questo necessariamente prive di una propria coerenza interna.

Come anticipato, alcuni scolii sembrano presupporre un legame così stretto tra *mutuum* e *stipulatio* da rendere inscindibile non solo il rapporto che ne deriva (come già per il diritto classico) ma anche lo stesso perfezionamento della fattispecie complessa. O, più correttamente, da rendere la conclusione della *stipulatio* un presupposto essenziale perché l'obbligazione scaturente possa essere considerata valida.

Si può ritenere paradigmatico di tale atteggiamento il passo di Taleleo contenuto nello scolio 2 a *Bas.* 23.1.67:

Θαλελαίου. Οὐ μόνον ἐπὶ δανείου, ἀλλὰ καὶ ἐπὶ προικὸς καὶ ἐπὶ χρέους καταβολῆς καὶ ἐπὶ ἄλλων πολλῶν δύναται ἀντιτίθεσθαι ἡ ἀναργυρία. Ἐν πάσαις δὲ ταῖς διατάξεσι τοῦτου τοῦ τίτλου θεματίζει, ὅτι ἐπερώτησις γέγονεν· ἐὰν γὰρ μὴ γέγονεν ἡ ἐπερώτησις, [[αὐτῇ]] οὐδὲ συνέστη οὐδεμία ἐνοχὴ. Καὶ ποῦ δεόμεθα παραγραφῆς κατὰ ἐνοχῆς ἀνυποστάτου;¹⁸³

Taleleo enumera qui le fattispecie cui può opporsi l'*exceptio non numeratae pecuniae*, indicando il mutuo, la dote, le quietanze di pagamento e chiudendo l'elenco con una generica menzione di altri casi.

Il commento a C.I. 4.30.5, costituzione su cui avremo modo di tornare a breve, interessa ora per la sua notazione finale, ove si sostiene che in tutte le costituzioni relative all'opponibilità dell'*exceptio non numeratae pecuniae* si deve supporre avvenuta la *stipulatio*.

Lo strumento tecnico con cui l'*antecessor* introduce la precisazione è un θεματισμός, ossia la proposizione di un caso ipotetico utilizzato, a fini didattici, per chiarire norme formulate in maniera poco chiara e comprensibile¹⁸⁴.

nudo) oppure se considerasse qui la *stipulatio* come una specie di patto e la riconducesse pertanto alla disciplina di quest'ultimo.

¹⁸³) Traduzione Heimbach: «Thalelei. Non solum in mutuo, sed et in dote, et in debiti solutione, et in pluribus aliis exceptio non numeratae pecuniae opponi potest. In omnibus autem constitutionibus huius tituli pone, factam esse stipulationem: nam si stipulatio facta non sit, nulla obligatio contracta est. Et quomodo necessaria nobis est exceptio adversus obligationem invalidam?».

¹⁸⁴) A proposito del ricorso, da parte degli *antecessores*, al θεματισμός, cfr. VAN DER WAL, LOKIN, *Delineatio*, cit., p. 22, e J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione - educazione - purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai Basilica cum scholiis*, in «Introduzione

E' difficile valutare, oggi, quanta efficacia didattica possa aver dimostrato l'esempio in oggetto allorché Taleleo lo propose al suo uditorio; mi sembra, però, che si possa dire che esso introduce, per il lettore del XXI secolo, più dubbi di quanti ne riesca a dipanare.

L'affermazione in oggetto legittima almeno tre diverse interpretazioni.

Potremmo, in primo luogo (secondo un'esegesi a mio avviso aderente al tenore del testo, ma da respingere), considerare l'enunciato di Taleleo ricomprensivo di tutto quanto precedentemente affermato, e che pertanto la *stipulatio* debba ritenersi un presupposto essenziale per tutte le possibili fattispecie di operatività dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, quindi anche per la principale di esse, ossia il mutuo. Quest'ultimo, a tal punto, verrebbe presentato come implicitamente fondato sull'esistenza di una *stipulatio*, che ne rappresenterebbe un requisito di perfezionamento¹⁸⁵. Tale esegesi si scontra però con la difficoltà di immaginare che Taleleo abbia potuto davvero fondare sulla conclusione di una *stipulatio* la sussistenza dei diversi rapporti indicati. Si tratterebbe di un enunciato così radicalmente contrario a quanto ci potremmo aspettare secondo i canoni di un corretto inquadramento dogmatico delle fattispecie coinvolte, che si rende necessario verificare se il senso del discorso dell'*antecessor* non possa essere almeno in parte diverso.

Si potrebbe allora ritenere che, per Taleleo, nei diversi casi di opponibilità della *exceptio non numeratae pecuniae* (mutuo, dote, quietanze di pagamento etc.) si dovesse immaginare, ai fini della sola comprensione dell'eccezione stessa, che la fattispecie di volta in volta considerata dalle costituzioni imperiali del titolo del *Codex* in commento potesse essere equiparata a quella stipulatoria. Lo studente, cioè, sarebbe stato invitato dal docente, al solo fine della comprensione dei testi, ad ipotizzare di trovarsi di fronte ad un caso di *stipulatio* (e non di mutuo, dote etc.).

L'istituzione di un simile parallelo avrebbe la funzione di spiegare l'operatività dell'*exceptio non numeratae pecuniae* in quelle situazioni in cui, a fondamento della pretesa dell'attore, non vi fosse un negozio incentrato, come il mutuo, sulla consegna della quantità di denaro ai fini della sussistenza stessa dell'obbligazione.

ne al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici» – cur. J.H.A. Lokin, B.H. Stolte –, Pavia, 2011, p. 125 s.

¹⁸⁵ Secondo tale interpretazione, il brano potrebbe essere così tradotto: «non solo per il mutuo, ma anche per la dote ed il pagamento del debito e molti altri [rapporti] può essere opposta l'*exceptio non numeratae pecuniae*. In tutte le costituzioni di questo titolo ipotizza che sia avvenuta la *stipulatio*. Se infatti non fosse intercorsa la *stipulatio*, non sussisterebbe nemmeno alcuna obbligazione. E che bisogno ci sarebbe di un'eccezione contro un'obbligazione insussistente?».

Mi sembra che questa linea interpretativa sia quella che vanta le maggiori probabilità di intuire l'effettivo senso delle parole dell'*antecessor*, benché non del tutto immune da profili di dubbio, in quanto Taleo afferma che il $\theta\epsilon\mu\alpha\tau\iota\sigma\mu\acute{o}\varsigma$ dovrebbe trovare applicazione in tutte le costituzione del titolo 4.30 del *Codex*, che però è per lo più incentrato su questioni relative al solo mutuo.

Ritengo che, discostandosi leggermente dal tenore strettamente letterale del brano, se ne possa forse proporre una lettura (solo in parte) difforme, di cui si darà conto nel prossimo paragrafo, dopo aver esaminato alcune altre fonti rilevanti.

3.2.5. *L'exceptio non numeratae pecuniae nella dottrina giustiniana.* Lo scolio di Taleo, appena esaminato, introduce la questione relativa alle fattispecie cui era opponibile l'*exceptio non numeratae pecuniae*. La problematica, già delineata brevemente in relazione alla riforma giustiniana operata con C.I. 4.30.14 ed al rapporto tra *Iust. inst.* 3.21 e *Iust. inst.* 4.13.2, è affrontata con vivace interesse dagli *antecessores* nei testi pervenuti tramite i *Basilici*.

Troviamo una specifica attenzione alla materia, in primo luogo, proprio negli *scholia* riportati a commento di *Bas.* 23.1.67, che, nel testo, riprende C.I. 4.30.5 di Alessandro Severo (senza data), su cui si è sviluppato l'interesse della dottrina giustiniana.

Adversus petitiones adversarii si quid iuris habes, uti eo potes. Ignorare autem non debes non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur, cum autem ex praecedenti causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiri, an tunc cum cavebatur numerata sit, sed an iusta causa debiti praecesserit.

Il rescritto era volto a chiarire che non ogni documento di debito doveva essere considerato alla stessa stregua. Infatti, solo al chirografo relativo ad un effettivo contratto di mutuo si sarebbe potuta opporre l'*exceptio non numeratae pecuniae*. Se, invece, l'attestazione fosse stata relativa ad una diversa (e precedente) fonte di obbligazione, si sarebbe dovuto verificare esclusivamente il fondamento di quest'ultima, senza alcuno spazio per indagini su *numeratio* e relativa eccezione. Ciò sta a significare che, indipendentemente dalla qualificazione documentale utilizzata dalle parti, si sarebbe in ogni caso dovuta verificare l'effettività della *causa debendi*: nel caso del mutuo tale indagine avrebbe riguardato la dazione della cosa poiché essa costituiva un elemento di validità del contratto; se, invece, il debito fosse derivato da un diverso rapporto, si sarebbe dovuto verificare la sussistenza degli elementi costitutivi per esso

previsti dall'ordinamento.

Del rescritto di Alessandro Severo si è occupato Archi¹⁸⁶, che ha chiarito come la cancelleria imperiale facesse qui una distinzione, non effettuata dal richiedente, tra il caso di *datio pecuniae* a scopo di mutuo e conversione in mutuo di una somma di denaro dovuta *ex praecedenti causa debiti*. Avremmo, in questo caso, l'attestazione della diversa percezione della fattispecie ad opera della cancelleria imperiale e delle prassi provinciali. Queste ultime avrebbero dimostrato la tendenza a ritenere che l'obbligo di adempiere nascesse dalla sola dichiarazione di aver ricevuto contenuta nel documento, tale per cui si sarebbe potuto ottenere la liberazione dal vincolo invalidando la dichiarazione documentale mediante l'*exceptio non numeratae pecuniae*. La cancelleria imperiale, invece, avrebbe tenuto ferma l'impostazione dogmatica di diritto classico, ritenendo pertanto che la *stipulatio* avesse efficacia novatoria, con la conseguenza di rendere non necessaria la *numeratio* ai fini della validità dell'obbligazione.

Come detto, disponiamo di diversi *scholia* in materia. Non solo Taleleo, infatti, si è occupato della questione, ma anche Teodoro.

Quest'ultimo teneva senza dubbio presente la normazione del 528 introdotta con C.I. 4.30.14 e le successive riforme avvenute nel 535 con *Nov.* 136 e nel 539 con *Nov.* 100, che vengono espressamente citate:

Θεοδώρου. Ἐπὶ μόνου δανείου χάραν ἔχει ἡ νονούμερατάε πεκουνιάε παραγραφὴ ἔάν γάρ ἐπὶ ἄλλῃ αἰτία, προλαβούση δηλονότι, χειρογραφῆσθαι τις, κἂν μηδὲν αὐτῶ κατεβλήθῃ, οὐκ ἔχει παραγραφὴν, ὡς φησιν ἡ ιγ'. διατ. τοῦ παρόντος τιτ. Πλὴν ὄρκον δύναται ἐπάγειν τῶ λεγομένῳ χρεωστεῖσθαι παρ' αὐτοῦ, εἴσω μένοιγε τοῦ χρόνου τῆς ἀναργυρίας κατὰ τὴν ρλζ'. νεαράν. Ὁμοίως ἔγνωσ ἐν τῇ γ'. <διατ.> τοῦ κη'. τιτ. τοῦ παρόντος βιβ. ἐπὶ τῆς τοῦ Μακεδόνοσ παραγραφῆσ, ὅτι καὶ αὐτῆ ἐπὶ μόνου δανείου ἀρμόζει. Ανάγνωθι δὲ βιβ. η'. τιτ. λθ'. διατ. λ', καὶ ἴσθι, ὅτι ἀρμόζει ἡ τῆς ἀναργυρίας παραγραφὴ καὶ ἐπὶ προικός, ὡς φησιν ἡ ιε'. διατ. Τοῦ παρόντος τιτ. καὶ ἡ ρ'. νεαρά. Μέμνησο τῆς γ'. διατ. Τοῦ ζ'. τιτ. τοῦ β'. βιβ., ἐξ ἧς ἔγνωσ, ὅτι δίδοται καὶ ἐπὶ τῶν χρεωστουμένων τινὶ ἀπὸ συνηγορίας ἡ προκειμένη παραγραφὴ. Μέμνησο τῆς ε'. διατ. Τοῦ β'. τιτ. τοῦ παρόντος βιβ. εἰπούσης, ὅτι ἡ παρούσα παραγραφὴ ἐπὶ ἀργυρίου ἀρμόττει¹⁸⁷

¹⁸⁶) ARCHI, *Studi sulla 'stipulatio'*, I, cit., p. 82 ss.

¹⁸⁷) *Sch.* 1 (edizione Scheltema) a *Bas.* 23.1.67 (traduzione Heimbach: «Theodori. In solo mutuo locum habet non numeratae pecuniae exceptio: nam si ex alia causa praecedente scilicet quis cautionem exposuerit, licet nihil ei numeratum sit, exceptionem non habet, ut ait constit. 13. huius tit. seu cap. 73. Verum iusurandum deferre potest ei, qui ab eo sibi deberi dicit: intra tempus tamen exceptionis non numeratae pecuniae secundum Novellam 136. seu cap. ult. tit. 4 huius libri. Similiter didicisti in constit. 2. tit. 28. huius libri de exceptione Senatusconsulti Macedoniani, eam quoque in solo mutuo com-

Il discorso di Teodoro si apre con l'affermazione che l'*exceptio* non è opponibile ad altri rapporti che al mutuo. A tale regola segue però una lunga serie di eccezioni, ricordando le costituzioni imperiali che via via le introdussero nell'ordinamento. Vengono così menzionate *Nov.* 136, a proposito della deferibilità del *iusiurandum*, il caso della dote (C.I. 4.30.15 e *Nov.* 100) e quello dei crediti sorti in virtù di un rapporto di *advocatio* (C.I. 2.6.3).

Ma, al di là delle singole situazioni di operatività dell'eccezione, ciò che assume ora particolare rilievo è il periodo ἐὰν γὰρ ἐπὶ ἄλλῃ αἰτίᾳ, προλαβούσῃ δηλονότι, χειρογραφήσῃ τις, κἄν μηδὲν αὐτῷ κατεβλήθῃ, οὐκ ἔχει παραγραφὴν. Riprendendo l'enunciato della costituzione di Severo Alessandro si afferma che, se il chirografo fu emesso per una causa (αἰτία) precedente, diversa dal mutuo, non si potrà fare ricorso all'*exceptio non numeratae pecuniae*, anche se non avvenne alcuna *numeratio*. Il principio potrebbe apparire, ad una prima lettura, come una specificazione del periodo di esordio del testo, che immediatamente precede, e in cui, come visto, si dichiara l'opponibilità al solo mutuo. Tuttavia la circostanza che l'*antecessor* abbia avvertito la necessità di approfondire la questione lascia aperto l'interrogativo che in realtà il passo ora in commento non debba essere considerato una semplice riproposizione «speculare» dello stesso concetto (come sarebbe intendendo: 1. opponibilità al solo documento di mutuo; 2. inopponibilità ai chirografi relativi ad altre fattispecie obbligatorie), ma abbia in realtà inteso ampliare il ragionamento, apportandovi elementi ulteriori.

Mi sembra che per chiarire con maggiore precisione l'esatta portata della riflessione di Teodoro, verificando, in particolare, la sua fedeltà al modello di C.I. 4.30.15, possa essere utile riconsiderare l'attestazione di Taleleo, confrontandola con altro suo passo pervenuto nella stessa sede. Nello scolio sopra riportato Taleleo considerava l'*exceptio* come un rimedio da poter far valere contro i documenti di mutuo, di dote, le quietanze di pagamento e ἐπὶ ἄλλων πολλῶν.

In altro scolio dello stesso Taleleo troviamo il seguente testo:

Θαλελαίου. Τουτέστι μὴ χρῆσι μὲν τῇ ἀναγκυρία, εἰ δὲ τινα νομίζῃς ἔχειν αἰτίαν κατὰ τῆς ἐνοχῆς, ταύτη κέρρησο, τυχὸν ὅτι ἀπὸ ληγάτου ἰνδεβίτου γέγονεν ἢ ἐπε-

petere. Lege et lib. 5. const. 3. et scito, exceptionem non numeratae pecuniae etiam dotis nomine competere, ut ait constitutio 15. huius tituli, et Novella 100. Memineris autem constitutionis 3. tit. 6. lib. 2. seu lib. 8. tit. 1. cap. 13. ex qua didicisti, propositam exceptionem dari etiam eorum nomine, quae alicui ex causa advocacionis debentur. Memineris constit. 5. tit. 2. huius libri, dicentis, hanc exceptionem competere in pecunia»).

ρώτησις αὐτῆ ἢ ἀπὸ ἀγορασίας μὴ συστάσης γέγονεν ἢ ἐπερώτησις αὐτῆ· τὸ γὰρ λέγειν, ὅτι ἀρίθμησις οὐκ ἐγένετο, οὐκ ἔστιν ἰσχυρὸν κατὰ τῆς διηγηματικῆς ὁμολογίας. Ἔρα δὲ ταύτης τῆς παραγραφῆς ἀντιτεθείσης τίς βαρύνεται ταῖς ἀποδείξεσι, μάνθανε. Εἴρηται ἐν τῷ κβ'. βιβ. ἐν τῷ γ'. τιτ. ἐν τῷ κε'. διγ. πρὸς τῷ τέλει λοιπὸν τοῦ διγ., ὅτι ὁ ἐναγόμενος ἀναγκάζεται ἀποδείξει διὰ φανερῶν ἀποδείξεων ἐγγράφων, ὅτι ἰνδεβίτως ἐπηγγέλαιτο. Πρόκριμα γὰρ αὐτῷ ποιεῖ τὸ διηγηματικὴν γίνεσθαι τὴν ὁμολογίαν. Ταῦτα δὲ νόσον, ἐὰν ἰδικῶς ἐν τῇ ὁμολογίᾳ τέθεικε τὴν αἰτίαν, ἐξ ἧς ἐχρέωστησεν. Ἐὰν γὰρ ἀπλούστερον ἢ ὁμολογία συνετάγη, ὁ ἐνάγων ἀναγκάζεται δεῖξαι τὰς αἰτίας, ἐξ ὧν συνετέθησαν αἱ ὁμολογίαι¹⁸⁸.

Qui il maestro bizantino allarga il ragionamento del rescritto imperiale proponendo due esempi di possibili *causae* indicate nell'*instrumentum*: la *stipulatio* per un legato indebitato¹⁸⁹ o per il prezzo di una compravendita invalida. In tali casi il debitore chirografario non potrà fare ricorso all'*exceptio non numeratae pecuniae*, ma sarà tenuto a fornire la prova dell'invalidità del rapporto sottostante. Se, al contrario, il debitore avesse emesso, per le stesse cause, un documento astratto (ἐὰν γὰρ ἀπλούστερον ἢ ὁμολογία συνετάγη), l'onere di provarne il fondamento graverebbe sull'attore.

Degno di nota è che la *stipulatio* appare qui implicitamente considerata lo strumento per sottoporre alla disciplina dell'*exceptio non numeratae pecuniae* anche crediti derivanti da rapporti obbligatori di diverso tipo, purché non si facesse espresso riferimento alla precedente *causa debendi*. Lo scolio di Taleleo potrebbe allora fornire una valida chiave di lettura per meglio comprendere quanto affermato da Teodoro allorché sosteneva l'inopponibilità dell'*exceptio* ai chirografi relativi a una precedente αἰτία e, più in generale, l'interpretazione bizantina del principio espresso da C.I. 4.30.15. Tale diverso fondamento doveva essere espresso nel documento, altrimenti l'attore avrebbe do-

¹⁸⁸) Sch. 5 (edizione Scheltema) a *Bas.* 23.1.67 (Traduzione Heimbach: «Thalelei. Id est, non uteris quidem exceptione non numeratae pecuniae. Sed si quam causam adversus priorem obligationem te habere putas, ea utere: puta, stipulationem factam esse ex causa legati indebiti, vel ex causa emtionis invalidae: dicere enim, pecuniam non esse numeratam, non est satis firma defensio adversus confessionem, in qua causa specialiter expressa est. Cui autem opposita hac exceptione onus probationis incumbat, disce. Dicitur lib. 22. Dig. tit. 3. dig. 25. seu lib. 22. tit. 1. cap. 25. them. 2. circa finem, reum compelli, manifestis probationibus in scriptis habitis ostendere, sese haec indebite promississe. Praejudicium enim ei fit ex eo, quod in cautione causa specialiter expressa est. Hoc autem intellige, si in cautione causam specialiter expresserit, ex qua debebat. Nam si cautio simpliciter exposita sit, actor probare cogitur causas, pro quibus cautiones interpositae sunt»).

¹⁸⁹) Non è semplice capire a cosa alludesse, di preciso, con l'espressione ἀπὸ λεγάτου ἰνδεβίτου: forse potrebbe trattarsi del legato di una somma di denaro necessaria per estinguere un debito in realtà non sussistente oppure, più probabilmente, dell'obbligazione di restituzione di quanto versato in forza di un legato invalido.

vuto, a fronte dell'opposizione dell'eccezione da parte del convenuto, dimostrare la *numeratio* o la sussistenza di una diversa fonte di credito.

Abbiamo numerose attestazioni, nei testi pervenuti quali scolii ai *Basilici* (soprattutto nel libro 23), della concezione di età giustiniana relativa alla trasformazione in credito *ex mutuo* di obbligazioni derivanti da altre fonti. In taluni casi si tratta della riproposizione dei risultati cui era già pervenuta la giurisprudenza classica, in altri dell'armonizzazione di consolidate prassi di ambito ellenistico con i principi del diritto romano.

Rappresenta un esempio della prima categoria lo scolio 7 a *Bas.* 23.1.15¹⁹⁰, che riporta un passo di Stefano in tema di mandato, ove leggiamo, tra l'altro:

Στεφάνου. Τοῦτό ἐστὶν τὸ θαυμαστὸν καὶ δοκοῦν ὡς περὰ κανόνα, ὅτι μὴδὲ ἀπαριθμήσεως γενομένης ἐπὶ δανείῳ μὴδὲ ἐπερωτήσεως κατὰ νοβατίονα τίκτεται ὁ κονδικτικίος ἦτοι ἡ μανδάτι ἀναδουμένη τοῦ κονδικτικίου τὴν φύσιν, ὡς ὁ Ἀφρικανὸς ἐν τῷ ζ'. βιβ. τοῦ παρόντος συντάγματος τιτ. α'. διγ. λδ'. φησίν. Τίς δὲ ἡ διαφορὰ; Ὅτι ἡ μανδάτι βοναφίδε τυγχάνουσα καὶ τὸν ἀπὸ συμφώνου δύναται τόκον ἀπαιτεῖν [...] Ἐνταῦθα δὲ οὐ μετετέθη δεσποτεία τῶν ἐποφειλομένων ἀπὸ τοῦ μανδάτου· παρ' αὐτῶ γὰρ ἦν καὶ πρῶην τῶ ἐνταλθέντι. Καὶ εἰκότως δεσποτείας μὴ μετενεχθείσης μένει μὲν μανδάτι, ἀναδύεται δὲ τοῦ κονδικτικίου τὴν φύσιν διὰ τὸ συνδόξαι ταῦτα ὡς ἀπὸ δανείου εἶναι παρὰ τῶ ἐποφλήσαντι καὶ δοκεῖν ὡς περ λαβεῖν μὲν τὰ νομίματα τὸν ἐντειλάμενον, αὐθις δὲ αὐτὸν παρασχεῖν τῶ πρῶην ἐνταλθέντι, οὐ μὴν ταῖς ἀληθείαις μετενηχθῆναι, ὡς ἐπὶ τοῦ δεποσίτου¹⁹¹.

Stefano commenta un passo di Ulpiano in cui si affermava la validità del mutuo in talune situazioni di dubbia configurabilità, quale, ad esempio, la sua costituzione sulla *pecunia* dovuta dal mandatario al mandante in forza del contratto consensuale¹⁹². L'*antecessor* cerca una spiegazione per la circostanza che

¹⁹⁰) Mi sembra che possano essere considerati esempi della stessa tipologia di frammenti anche gli *scholia* 3 a *Bas.* 23.1.11 e 7 a *Bas.* 14.1.34.

¹⁹¹) Traduzione Heimbach: «Stephani. Hoc mirabile est, videturque quasi contra regulam, quod nec facta numeratione, nec stipulatione novandi animo, nascatur conditio, seu actio mandati, quae assumit naturam conditionis, ut ait Africanus lib. 17. tit. 1. dig. 34. [seu lib. 14]. Quenam autem differentia est? Quod mandati actio, quae bonae fidei est, usuras etiam ex pacto petere potest, ut ait Africanus in eodem dig. 34. [...] Hoc autem loco non est dominium translatum eorum, quae ex causa mandati debebantur: erat enim et primum penes mandatarium. Et merito dominium non translato manet quidem mandati actio, assumit autem naturam conditionis, quod convenerit, ut ex causa mutui esset apud debitorem, et quod videatur mandator nummos quidem recepisse, rursus autem pristino mandatario tradidisse, non revera transtulisse, ut in deposito».

¹⁹²) D. 12.1.15: «*Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi de-*

da un rapporto di buona fede, quale il mandato, possa sorgere la *condictio* a prescindere dalla *numeratio* del denaro o da una *stipulatio* novatoria. Un simile meccanismo risulta infatti contrario ai principii informativi della disciplina del mutuo, secondo cui il mutuante deve effettuare la consegna dei beni oggetto del contratto e questi, in tale momento, devono essere di proprietà del *dans*.

Stefano dimostra di tenere costantemente presente il corretto inquadramento giuridico del mutuo, e si sforza di fornire un'esegesi del passo ulpiano in grado di conciliare la realtà del contratto con le eccezioni ammesse, in alcuni casi-limite, dalla giurisprudenza classica con pronunce che l'*antecessor* considera τὸ θάυμαστὸν καὶ δοκοῦν ὡσπερ παρὰ κανόνα. Nel caso di specie, individua una giustificazione per la soluzione ulpiana in un espediente piuttosto artificioso: sostiene, infatti, che in tal caso non nasca tanto la *condictio* quanto piuttosto che sia l'*actio mandati* ad assumere la *natura condictiois* (ἡ μανδάτι ἀναδυομένη τοῦ κονδικτικίου τὴν φύσιν). Tecnicamente, pertanto, non si tratterebbe della trasformazione dell'istituto di diritto sostanziale, con novazione della causa del debito dal mandato al mutuo, ma di un adeguamento della sola tutela processuale.

In altri passi, come detto, sembra che la configurazione come *obligatio mutui* di rapporti diversi trovi la propria matrice nella tradizione ellenistica delle province orientali più che nei brani della giurisprudenza classica. Consideriamo, ad esempio, *Bas.* 23.1.50:

Ἐὰν ἀπὸ τιμήματός <τις> χρεωστῶν δι' ἐπερωτήσεως μετέθηκε τὸ χρέως ὡσανεὶ δανείου προηγησαμένου, ἐπρωτήθη δὲ καὶ τόκους, καλῶς ἢ ἐπὶ τοῦτοις συμφωνία καὶ τὸ κεφάλαιον ἀπαιτεῖ καὶ τοὺς τόκους. Εἰ δὲ ἐπερωτήσις οὐ γέγονεν, ἐνεγράφη δὲ μόνον ἐν τῷ συμβολαίῳ τὸ δάνειον καὶ συνεφωνήθη καὶ τόκος, οὐκ ἐνήλλακται ἢ ἀρχαία ἀγωγή, ἀλλὰ μένει ἢ ἐπὶ τοῖς τιμήμασιν ἀγωγή κινουμένη¹⁹³.

Il frammento ripropone C.I. 4.2.6, riscritto diocleziano del 293¹⁹⁴. Il testo greco dei *Basilici* non sembra discostarsi eccessivamente da quello latino. Vi si

beas, et conveniret, ut crediti nomine eam retineas, videatur tibi data pecunia et a me ad te profecta'.

¹⁹³) Traduzione Heimbach: «Si debitor pretii per stipulationem debitum novaverit, quasi mutuum praecesserit, idemque usuras stipulanti promiserit, recte ex eiusmodi conventionem tam sors, quam usurae peti possunt. Si vero stipulatio interposita non sit, sed tantum mutuum datam pecuniam in instrumento conscriptum sit, et eius praestari usuras conveniret, non mutatur vetus actio, sed salva manet actio de pretio».

¹⁹⁴) C.I. 4.2.6: 'Si ex pretio debitae quantitatis facta novatione per stipulationem usuras licitas contra quem supplicis stipulatus es, falsa mutuae datae quantitatis demonstratio praemissa, cum obligationis non defecerat substantia, quominus usque ad modum placitum usurae possint exigi, nihil nocet. Si vero citra vinculum stipulationis tantum mutuum pecuniam datam conscriptum est et eius praestari jenus convenit, simulatis pro infectis habitis huiusmodi placitum nihil de praecedenti mutavit obligatione'.

afferma che tramite una *stipulatio* si può novare l'*obligatio pretii* con la previsione di interessi e sottoponendola alla disciplina del mutuo, ma se, al contrario, ci si limitasse ad emettere un documento di debito a titolo di mutuo senza la conclusione di una apposita *stipulatio* non si otterrà alcun effetto novatorio.

A commento di tale rescritto troviamo alcuni scolii, di cui uno di Teodoro, due sicuramente di Taleleo ed altri che non recano il nome dell'autore ma, con Heimbach (*Manuale Basilicorum*, p. 362), si possono ritenere opera dello stesso Taleleo.

Teodoro (scolio 1) così commentava il provvedimento diocleziano:

Θεοδῶρου. Δυνατὸν νοβατεύεσθαι δι' ἐπερωτήσεως εἰς δάνειον τὰ χρεωστούμενα ἀπὸ ἄλλης ἀγωγῆς, καὶ ἐὰν ἐπερωτηθῇ τόκος, τίκεται ἡ ἐξσιπουλάτου· εἰ δὲ μόνον συμφωνηθῇ, διὰ τῆς πρωτοτύπου ἀγωγῆς μεθοδεύεται. Ἀνάγνωθι τὴν γ'. καὶ δ'. καὶ ια'. διτάξιν τοῦ λβ'. τιτ. τοῦ παρόντος δ'. βιβ. καὶ μαθήση τὰ περὶ τῶν συμφωνηθέντων τόκων. ἰστέον δέ, ὡς κεῖται ἐν βιβ. ζ'. τιτ. νς'. διατ. β', ὅτι καὶ ἡ ἰουδικάτι νοβατεύεται εἰς ἐπερώτησιν¹⁹⁵.

Mentre la cancelleria diocleziana intendeva regolare un caso concreto sottoposto alla sua attenzione, Teodoro sembra volerne astrarre un principio che difficilmente troveremmo espresso in tali termini generalizzanti in una fonte di età epiclassica.

Diocleziano reagiva alle prassi provinciali, riconducendo entro gli schemi del diritto romano gli usi di matrice ellenistica. Nel caso sottoposto alla sua attenzione le parti avevano redatto un documento secondo le pratiche del diritto locale, indicando come dovuto in base ad un mutuo il prezzo non ancora corrisposto di una compravendita ed avevano al contempo previsto la maturazione di interessi. Appare probabile che si tratti di un caso di vendita a credito, fattispecie in cui il trasferimento della proprietà della merce precede il saldo del prezzo¹⁹⁶. Ci troviamo di fronte, in sostanza, ad un esempio della reazione della cancelleria imperiale alla pretesa funzione costi-

¹⁹⁵) Traduzione Heimbach: «Theodori. Quae debentur ex alia obligatione, per stipulationem in causam mutui transferri et novari possunt: et si usurae in stipulationem deductae sint, nascitur actio ex stipulatu. Si vero nudum pactum interpositum sit, principali actione convenitur. Lege constit. 3. et 4. et 12. tit. 32. huius libri 4. seu tit. 3. huius libri, cap. 52. 53. et 59. et disces ea, quae pertinent ad usuras in stipulationem deductas. Sciendum autem est, ut habetur lib. 7. tit. 53. const. 2. seu lib. 9. tit. 3. cap. 78. etiam causam iudicati in stipulationem novari posse».

¹⁹⁶) Per l'esame delle fonti papiracee attestanti simili forme negoziali e l'indicazione della bibliografia di riferimento cfr. H.-A. RUPPRECHT, *Kleine Einführung in die Papyruskunde*, Darmstadt, 1994, trad. it. – *Introduzione alla Papirologia* –, cur. L. MIGLIARDI ZINGALE, Torino, 1999 – p. 118 ss.

tutiva del documento, tipica della concezione delle province orientali. La cancelleria imperiale sembra porre l'accento più sulla seconda parte del rescritto che sulla prima: il provvedimento appare destinato a ribadire l'inefficacia del documento a costituire un'obbligazione in mancanza di *stipulatio* piuttosto che a sottolineare la possibilità di far ricorso a quest'ultima per determinare la novazione. Che la *stipulatio* potesse avere effetti novatori, infatti, doveva risultare a dir poco scontato a un cittadino romano con un'elementare cognizione giuridica.

I termini allora appaiono addirittura rovesciati nel commentario di Teodoro, ove da un lato la prospettiva diviene processuale (si ragiona infatti di azione spettante a seconda del contratto concluso) e dall'altro si giunge a sostenere che mediante la *stipulatio* si potrà operare una novazione *in causam mutui* (νοβατεύεσθαι δι' ἐπερωτήσεως εἰς δάνειον).

La cancelleria diocleziana non arrivava affatto ad affermare che la *stipulatio* potesse costituire un'*obligatio mutui*, ma sosteneva, molto più semplicemente, che, nonostante la mancata *numeratio* (proprio perché la *causa mutui* era falsa), l'obbligazione sarebbe rimasta comunque valida in quanto fondata sulla *stipulatio* stessa. Pertanto, si riconosceva la sussistenza di un'*obligatio verbis* e non certo *re contracta*. Va però notato che anche nel discorso di Teodoro l'azione riconosciuta al creditore dell'obbligazione novata *in causam mutui* veniva identificata (non nella *condictio ex mutuo*, ma) nella ἐξστρουλάτου.

In termini simili a quelli di Teodoro si esprime anche Taleleo. A lui, infatti, possiamo attribuire, con maggiore o minor certezza, i seguenti scolii (rispettivamente, i numeri 5, 2 e 7 dell'edizione Scheltema):

Κἄν γὰρ οὐκ ἐγένετο δάνειον, ὅμως ἡ πράσις γενομένη ἦν, καὶ ὁ χειρογραφηθῆναι ὡς ἀπὸ δανείου οὐκ ἀνεῖλε τὸ τῆς πράσεως χρέος, ἵνα εἴπωμεν, ὅτι κάκεῖνο ἀνηρέθη, καὶ τὸ χειρόγραφον οὐ γέγονεν ἰκανὸν δάνειον συστήσασθαι. Σημείωσαι δὲ ὅ φησιν· εἰ σύμφωνον γέγονε μόνον, οὐ μὴν ἐπερωτήσις· ἀπὸ συμφώνου γὰρ τόκος ἐπὶ τῶν στρίκτων οὐκ ἔστιν. Ἄλλ' οὐδὲ ὡς ἀπὸ βοναφίδε ἀγωγῆς δύναται ἐνταῦθα ὁ ἀπὸ συμφώνου τόκος χάραν λαβεῖν, ἐπειδὴ δανείου γέγονε μνήμη. Σημείωσαι τὸν κανόνα κείμενον πολλαχοῦ, ὅτι τὰ εἰκονικῶς γινόμενα οὕτως εἰσὶν ὡσανεὶ μηδὲ ὅλως γινόμενα¹⁹⁷.

¹⁹⁷) Traduzione Heimbach: «Licet enim mutuum contractum non fuisset, tamen venditio celebrata fuerat: et quod scriptum sit, quasi ex mutuo deberetur, non perimit debitum ex causa venditionis, ut illud quoque peremtum dicamus: et chirographum per se non poterat mutuum constituere. Nota autem, quod ait, si pactum duntaxat factum sit, nec vero stipulatio. Ex pacto enim usurae in strictis iudiciis non debentur. Sed nec quasi ex bonae fidei iudicio usurae hoc loco ex pacto deberi possunt, quia mutui mentio facta est. Nota regulam, quae passim extat, ea, quae imaginarie et simulate fiunt, pro infectis haberi».

Θαλελαίου. Χωρίς γὰρ ἐπερωτήσεως οὐκ ἐνδέχεται γενέσθαι νοβατίονα¹⁹⁸.

Μόνη καὶ ἀργεῖ τὸ δάνειον ὡς ἀριθμήσεως μὴ γενομένης, ὅτε συνηλλάττετο τὸ δάνειον¹⁹⁹.

Il primo scolio lascerebbe pensare, a prima vista, che la concezione del suo autore si discosti meno dalle intenzioni della cancelleria diocleziana rispetto alle considerazioni di Teodoro. Vi si afferma infatti che la sola redazione del chirografo in cui si dichiarasse avvenuta la *numeratio* non sarebbe sufficiente a costituire un contratto di mutuo. L'eventuale obbligazione resterebbe pertanto a titolo di compravendita. Taleleo si affretta però a chiarire che ciò vale fintantoché non sia stata conclusa una *stipulatio*, ma soltanto un nudo patto (Σημείωσαι δὲ ὁ φησιν· εἰ σύμφωνον γέγονε μόνον, οὐ μὴν ἐπερώτησις). Negli altri due passi riportati, poi, afferma che la novazione si può produrre solo tramite *stipulatio* (scolio 2) e che per agire in base al mutuo anziché in base alla vendita occorre la *numeratio* (scolio 7).

In definitiva, anche per Taleleo, perché si possa applicare la disciplina del mutuo, risulta necessario il compimento della dazione ovvero la conclusione della *stipulatio* novatoria. Al contrario di Teodoro, però, Taleleo non giunge ad affermare (almeno, non espressamente) che la novazione operata dalla *stipulatio* avvenga *in causam mutui*. Mi sembra, d'altro canto, che non si limiti nemmeno a sostenere che in presenza della *stipulatio* si ha comunque una valida obbligazione e l'indicazione di una causa falsa non compromette quella vera. E' quanto credo si possa ricavare, *a contrariis*, dall'affermazione, contenuta nello scolio 5, secondo cui nel caso di un chirografo indicante la *causa mutui* per un debito sorto in realtà da compravendita non sarebbe stata ammissibile la richiesta in giudizio degli interessi, proprio a causa della menzione del mutuo nel documento (Ἀλλ' οὐδὲ ὡς ἀπὸ βοναφίδε ἀγωγῆς δύναται ἐνταῦθα ὁ ἀπὸ συμφώνου τόκος χάραν λαβεῖν, ἐπειδὴ δανείου γέγονε μνήμη).

Possiamo quindi notare come, in toni più o meno espliciti, sia Teodoro sia Taleleo considerino la *stipulatio* lo strumento tecnico per far ricadere nella disciplina del mutuo una precedente obbligazione. Ciò, credo, va posto in relazione con la prassi ellenistica del δάνειον, in cui il documento di debito era considerato costitutivo a prescindere dalla *numeratio*. I maestri bizantini mostrano il tentativo di ricomprendere in seno al diritto romano (giustinia-

¹⁹⁸) Traduzione Heimbach: «Thalelai. Nam citra stipulationem novatio fieri non potest».

¹⁹⁹) Traduzione Heimbach: «Sola: et cessat mutuum, quod nulla numeratio secuta sit, cum mutuum contraheretur».

neo) le prassi consolidate. Si tratta, però, di un meccanismo concettuale parzialmente diverso rispetto a quello della cancelleria diocleziana evidenziato da C.I. 4.2.6. Ora, infatti, l'apertura verso la prassi sembra maggiore. Se teniamo presente la disciplina della forma stipulatoria nel diritto giustiniano, quale si è cercato di delineare nel capitolo precedente, possiamo ricavare che sarà stato senz'altro più semplice, per un interprete del VI secolo, riconoscere la validità della *stipulatio*. Per quanto siano venuti meno, con la costituzione di Leone, gli stretti requisiti verbali del contratto e sia stata riconosciuta, con Giustiniano, la centralità della *voluntas* ai fini della valida costituzione del rapporto (salvo, ovviamente, il requisito della presenza delle parti), gli *antecessores* non pervengono ad ammettere la funzione costitutiva del documento relativo ad uno «Stipulationsdarlehen». Possiamo però ritenere che – in base a quanto visto in precedenza – la preminenza assunta dal documento nella gerarchia delle prove e, in particolare, il regime introdotto per l'*instrumentum* stipulatorio, dovettero portare la dottrina giuridica (e, ancor più, la prassi forense) ad ammettere l'effettiva sussistenza di una *stipulatio* ove il documento avesse contenuto la relativa clausola.

Oltre a ciò, mentre Diocleziano, nel caso di novazione del debito derivante da una compravendita, riconosceva la validità della *obligatio verbis*, con Teodoro (e, forse, già con Taleleo) la *stipulatio* diviene il mezzo per trasferire il debito direttamente *in causam mutui*.

Mi sembra che a questo punto si possa tentare di proporre una diversa lettura dello scolio di Taleleo in *Bas.* 23.1.67 (il numero 2 dell'edizione Scheltema), esaminato nel precedente paragrafo. Abbiamo segnalato come l'esegesi più verosimile del passo consista nel ritenere che il richiamo alla *stipulatio* fosse una semplice esemplificazione, che non implicava di ritenere il contratto verbale essenziale ai fini della validità del mutuo stesso e delle altre fattispecie contemplate.

Seguendo la strada lusingata dai testi ora esaminati, possiamo ipotizzare, pur con tutte le cautele imposte dal tenore dei passi, che il θεματισμός volesse riferirsi alle sole ipotesi ulteriori al mutuo contemplate nell'esordio del brano. L'*antecessor*, cioè, potrebbe aver invitato i suoi uditori ad ipotizzare, per tali fattispecie, che fosse stata conclusa una *stipulatio* volta a ricondurle alla disciplina del mutuo.

Accanto ad una forma «pura» di mutuo, che di per sé non necessiterebbe della *stipulatio* se non per i fini già evidenziati dalla giurisprudenza classica, ne potremmo riscontrare una seconda, che trae la propria origine dal δάνειον ellenistico, per cui la *stipulatio* avrebbe la funzione di sottoporre alla disciplina (soprattutto processuale) del mutuo obbligazioni sorte in base ad altri rap-

porti, in particolare quelli di buona fede.

Mi sembra, dunque, che si possa così brevemente riassumere l'ambito di applicazione dell'*exceptio non numeratae pecuniae*:

– salve alcune specifiche fattispecie tassativamente indicate dalle costituzioni imperiali (ad esempio, il documento dotale), essa può essere opposta al solo documento di mutuo, per contestare la mancanza di *numeratio*;

– può essere fatta valere anche contro un documento relativo ad una *stipulatio* di mutuo, in cui si dichiara che essa è avvenuta *credendi causa* (*Iust. inst.* 4.13.2);

– nel caso di documento stipulatorio non di mutuo si deve verificare se esso sia astratto o se indichi una precedente causa dell'obbligazione;

– nel primo caso la costituzione generica di un credito pecuniario astratto comporterà l'applicabilità dell'eccezione. In conseguenza, il creditore sarà tenuto a dare prova della *numeratio* (C.I. 4.30.14) ovvero della sussistenza di altra diversa *causa debendi* (ad esempio, un contratto di *emptio venditio*. Si vedano gli *scholia* di Teodoro e Taleleo a *Bas.* 23.1.67);

– qualora il documento indichi una precedente fonte d'obbligazione diversa dal mutuo, sarà onere del convenuto dimostrare l'insussistenza di tale diversa αἰτία, senza poter opporre l'*exceptio non numeratae pecuniae* (si vedano, anche in questo caso, gli *scholia* di Teodoro e Taleleo a *Bas.* 23.1.67).

Questa ricostruzione, a mio avviso, non consente di seguire – almeno per gli sviluppi di età giustiniana – l'opinione di Gröschler, allorché afferma che, una volta introdotta nell'ordinamento romano l'*exceptio non numeratae pecuniae*, «für das *mutuum cum stipulatione* spielte es daher nun keine Rolle mehr, ob man die Stipulation als abstraktes oder kausales Rechtsgeschäft verstand»²⁰⁰, ma, al contrario, proprio in funzione della astrattezza ovvero dell'indicazione della *causa stipulationis* nel relativo documento, discendeva un diverso regime di opponibilità dell'*exceptio*.

3.3. *Pactum e stipulatio*

La dogmatica bizantina dei *pacta* è materia vasta e in parte ancora inesplorata, che affonda le proprie radici nel lascito culturale della giurisprudenza classica, ma che non si limita a una sterile riproposizione della stessa in chiave attualizzante.

Gli *scholia* pervenuti, soprattutto dell'*antecessor* Stefano, mostrano una cura scrupolosa nel rielaborare il patrimonio giurisprudenziale trådito nel *Digesto*

²⁰⁰) GRÖSCHLER, *Die Konzeption des 'mutuum cum stipulatione'*, cit., p. 278.

con l'intento di armonizzarlo appieno con il mutato ordinamento privatistico di età giustiniana. La *stipulatio*, come ed ancor più che in età classica, diviene – in tale contesto – la pietra di paragone dell'elaborazione dottrinale della dogmatica del patto.

Abbiamo, innanzitutto, una serie di scolii che ripropongono in modo dettagliato la dottrina classica del *pactum*, descrivendone l'efficacia tanto nei iudicia *stricta* quanto in quelli *bonae fidei*, a seconda che siano conclusi *in continenti* o *ex intervallo* e che operino *pro actore* oppure *pro reo*²⁰¹.

Ciò che qui più rileva approfondire, però, è la sola questione relativa al rapporto tra *pactum* e *stipulatio*.

Innanzitutto, uno scolio contenente un passo di Taleleo ci informa che, come era prassi riversare in una *stipulatio* il contenuto di un patto per renderlo azionabile, allo stesso modo si doveva ritenere valido il patto immediatamente successivo ad una *stipulatio*, con un procedimento, pertanto, che andava ad invertire l'ordinaria dinamica del meccanismo con cui si rendeva azionabile il *pactum*²⁰².

²⁰¹ Si vedano, in particolare, gli *scholia* ad *Bas.* 11.1.7, (su uno dei quali si tornerà a breve nel corpo del testo; di particolare chiarezza espositiva lo *sch.* 4 dell'edizione Scheltema, che però Heimbach considerava uno degli *scholia* recenziatori). Per uno studio specifico della dogmatica bizantina dei patti resta tuttora un imprescindibile punto di riferimento G. ROTONDI, 'Natura contractus', in «BIDR.», XXIV, 1912, p. 5-115 (ora in ID., *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, II, Milano, 1922, p. 159-267: ai nostri fini cfr. specialmente p. 228 ss.). Cfr. anche G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei 'bonae fidei iudicia'*, in «Studi Urbinati», I, 3-4, 1927, p. 29-69, e II, 1-2, 1928, p. 1-33 (ora in ID., *Scritti storico giuridici*, III, Torino, 2001, p. 1-73), e ID., *Efficiacia dei patti nei 'bonae fidei iudicia'. Patti e contratti*, in «Memorie dell'Istituto Giuridico della Regia Università di Torino», 2^a s., III, 1928, p. 3-42 (ora in ID., *Scritti storico giuridici*, III, cit., p. 84-123).

²⁰² *Sch.* 1 a B.11.1.88: Θαλελαίου. Τὸ κατὰ πόδας. Σημείωσαι, ὅτι, ὡς περ πακτεύοντες πρότερον καλῶς ἐπιφέρομεν εἰς ἀσφάλειαν τῶν πάκτων ἐπερώτησιν, οὕτω δυνάμεθα καὶ προτάττειν τῶν συμφῶνων τὴν ἐπερώτησιν, καὶ μετὰ ταῦτα ὑποτάττειν αὐτῇ τὰ σύμφωνα. Μήμησο οὖν, ὅτι, ὡς περ κυροῖ τὰ προηγησάμενα σύμφωνα ἢ ἐπιφερομένη ἐπερώτησις, οὕτω δύνανται καὶ τὰ μετ' αὐτὴν ὑποτεταγμένα σύμφωνα περιλαμβάνειν καὶ ἀσφαλίζεσθαι ἢ προηγησάμενη ἐπερώτησις (traduzione Heimbach: «Thalelaci. Τὸ κατὰ πόδας. Nota, sicut antea paciscentes recte pactorum servandorum causa stipulationem adiciimus, sic etiam stipulationem pactis praepone, eique pacta subiicere nos posse. Memineris igitur, sicuti pacta praecedentia stipulatione adiecta firmentur, sic etiam stipulatione praecedente pacta post eam subiecta contineri et firmari»). La questione, in realtà, è già pienamente affrontata nella costituzione di Diocleziano del 294 di cui lo scolio riporterebbe il *κατὰ πόδας* (C.I. 2.3.27: '*Petens ex stipulatione, quae placiti servandi causa secuta est, seu antecessit pactum seu post statim interpositum sit, recte secundum se ferri sententiam postulat*'). Mi sembra, però, che si possa individuare una difformità degna di nota nella circostanza che la costituzione di Diocleziano precisava come la *stipulatio* fosse conclusa '*placiti servandi causa*'. In tale contesto, pertanto, il patto diveniva parte integrante del negozio, in quanto già individuato al momento della conclusione della *stipulatio* stessa quale referente per la determinazione della prestazione oggetto del

Un noto frammento di Stefano, poi, conservato a margine di *Bas.* 11.1.7, approfondisce le *conventiones* ἰουρισγεντίον, riproponendo e attualizzando il passo di Ulpiano contenuto in *D.* 2.14.7²⁰³. Nella parte che qui rileva del corposo scolio Μαθὼν l'*antecessor* spiega che tali *conventiones* possono generare un'azione o un'eccezione. Quelle del primo tipo passano dal *genus conventio* ad uno speciale *nomen contractus* (ad esempio l'*emptio-venditio*, la *locatio-conductio*, la *societas*, il *commodatum* od il *depositum*). Nella stessa categoria, però si trovano anche convenzioni che, pur non assumendo una propria qualificazione tipica, generano comunque un'azione purché sussista una causa commutativa del tipo *do ut facias*, *facio ut facias*, *do ut des*, *facio ut des*. Simili convenzioni sono tutelate dalla *civilis actio praescriptis verbis*; non assumono una denominazione tipica ma passano a quella generica di *contractus*. Fin qui il testo bizantino non sembra discostarsi significativamente dal modello ulpiano. Poco oltre nel testo troviamo un tentativo di definizione del *nudum pactum*: secondo Stefano non è possibile darne una definizione positiva, ma si deve fare ricorso ad una «negativa», come avviene per il concetto di *pater familias*, che, a suo dire, si può comprendere appieno solo facendo ricorso alla nozione di *filius familias*. Il nudo patto, allora, diviene una sorta di categoria residuale, che identifica le *conventiones* che non assumono una denominazione tipica e che non rientrano nello schema dei contratti innominati²⁰⁴.

contratto. Il testo di Taleleo, almeno all'apparenza, sembrerebbe dapprima riprendere il portato della costituzione diocleziana, e quindi ampliarlo, ammettendo in genere la possibilità che il *pactum* segua la *stipulatio*. Si può ancora notare come dal tenore letterale del testo non risulti chiaramente se Taleleo facesse riferimento, con il termine ἐπερώτησις, alla *stipulatio* o alla relativa clausola documentale.

²⁰³) Il passo di Ulpiano è stato in tempi relativamente recenti riconsiderato da G. ROMANO, *Note a margine di Ulp. 26 'ad ed.' D. 12.4.3.3-4*, in «AUPA.», LII, 2007-2008, p. 177-211, cui si rimanda anche per l'ampia bibliografia citata.

²⁰⁴) (...) καὶ νῦν οὖν μαθὼν τὴν κοινῆν τὴν τίκτουσαν ἀγωγὴν, τουτέστι τὴν ἰδικῶς ὑπὸ νόμου κυρουμένην, καὶ τὴν εἰς ἰδικὸν μεταπίπτουσαν ὄνομα συναλλάγματος, καὶ τὴν ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ γένους ἰσταμένην, ἐφ' ἧ καὶ πρᾶεσκριπτίς βέρβις παρέχεται, δόσεως ἢ ποιήσεως ἡγησαμένης ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ ποιήσει, ἔγνωσεν καὶ τὸ νοῦδον πάκτον. Ἐὰν οὖν ἐρωτήσῃ τις, τί ἐστὶ τὸ νοῦδον πάκτον, εἰπέ, ὅτι νοῦδόν ἐστὶ πάκτον τὸ μὴ ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος εὐρούμενον ἰδικόν, τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν μεταπίπτον ὄνομα συναλλάγματος, τὸ μὴ ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ γένους ἰστάμενον, ἡγησαμένης πρότερον δόσεως ἢ ποιήσεως ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ ποιήσει, εὐλόγου τοῖς συναρέσασιν ὑποκειμένης αἰτίας. Τοῦτό ἐστιν νοῦδον πάκτον (traduzione Heimbach: «(...) Et sane quum igitur cognitam habeas conventionem, quae actionem parit, id est, eam, quae lege specialiter confirmatur, et quae in speciale nomen contractus transit, eamque, quae in eodem genere manet, in qua et praescriptis verbis actio datur, quum datio vel factum praecesserit ad dandum aliquid vel faciendum, nosti etiam, quid sit nudum pactum. Si quis igitur quaesiverit, quid sit nudum pactum, dic, nudum pactum esse, quod neque in speciale nomen contractus transeat, neque in eodem genere maneat, quum praecesserit datio vel factum ad dandum aliquid vel faciendum et iusta causa placitis subsit. Hoc est nudum pactum»).

Fra la descrizione dei contratti e quella dei nudi patti troviamo una notazione molto significativa, che di recente ha richiamato fortemente l'attenzione della dottrina romanistica²⁰⁵.

Dopo aver dato conto dei contratti innominati e della loro struttura giuridica, Stefano si sofferma sull'*actio civilis praescriptis verbis* offrendone una breve descrizione. Nel passo corrispondente, Ulpiano in D. 2.14.7.2 citava Mauriciano che, in contrasto con Giuliano, riteneva che la tutela per le convenzioni del tipo *do ut des* o *do ut facias* non dovesse essere un'azione pretoria *in factum* ma una *civilis incerti*²⁰⁶.

L'*antecessor* bizantino non si sottrae ad un esame di tale passaggio, che – anzi – non si limita solo a parafrasare, ma arricchisce di notazioni che vanno ben al di là del testo classico e forniscono preziose informazioni per la ricostruzione della formula dell'*actio praescriptis verbis*:

Καὶ ὁ μὲν Ἰουλιανός, ἔχω, φησὶν, τὴν ἰμφάκτουμ τὴν πραιτωρίαν· καὶ τοῦτο γὰρ τὸ πραεσκρίπτις βέρβις. Ὁ δὲ Μαρκιανὸς πρὸς αὐτόν· οὐ καλῶς ὀρίσω τὴν ἰμφάκτουμ τὴν πραιτωρίαν. Καὶ τοῦτο γὰρ τὸ πραχθὲν μεταξὺ ἡμῶν, ἐμοῦ καὶ σοῦ, κἂν μὴ μετέπεσεν εἰς ἰδικὸν ὄνομα συναλλάγματος, ὅμως συνάλλαγμα καλεῖται. Ἐπὶ δὲ τῶν συναλλαγμάτων οὐ πραιτωρία ἰμφάκτουμ, ἀλλὰ πολιτικὴ δίδοται ἀγωγή. Διὸ δίδομι τὴν ἰγκέρταν, τουτέστι τὴν πραεσκρίπτις βέρβις, ἥτις διηγεῖται μὲν ὡς ἐν δεμονστρατίωνι τὸ πρᾶγμα, μετέρχεται δὲ εἰς ἰντετίονα ἰγκέρταν, καὶ καταλλήγει λοιπὸν εἰς τὸ κοινὸν τέλος, τουτέστι τὴν συνήθη κονδεμνατίωνα²⁰⁷.

Stefano cerca in primo luogo di trovare le argomentazioni che dovettero guidare Mauriciano nel discostarsi dall'opinione di Giuliano, e le identifica nel fatto che nel caso di specie, per quanto non si tratti di figura tipica, si ha co-

²⁰⁵) Cfr. quanto si dirà *infra*, nel corso del presente capitolo.

²⁰⁶) D. 2.14.7.2: '*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, cid est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio*'.

²⁰⁷) Traduzione Heimbach: «Et Iulianus quidem, habeo, inquit, praetoriam in factum actionem: Marcianus autem ad eum notat: non recte in factum praetoriam actionem tribuisti: hoc enim, quod inter nos, me et te, actum est, licet in speciale nomen contractus non transeat, tamen contractus vocatur. Nam in contractibus non praetoria in factum, sed civilis actio datur. Ideo incertam tribuo, id est, praescriptis verbis actionem, quae rem quasi demonstrationis causa enarrat, in intentionem incertam transit, et in fine communi, id est, in condemnatione consueta desinit». La dottrina non ha mancato di sottolineare come nello scolio il nome di Mauriciano diventi Marciano (da ultimo cfr. C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, in «Iura», LVII, 2008-2009, p. 18). La questione, in realtà, non mi sembra di specifico rilievo ai fini del presente studio.

munque a che fare con una fattispecie appartenente al *genus contractus* e pertanto la tutela deve essere un'azione civile e non pretoria. Tale azione civile viene poi identificata nella *praescriptis verbis* della cui struttura l'*antecessor* fornisce una sommaria descrizione: essa espone la fattispecie concreta «come nella *demonstratio*», passa ad una *intentio incerta* e finisce con una *condemnatio* che non si discosta in nulla dalla sua struttura abituale.

Come detto, la dottrina romanistica ha registrato, negli ultimi anni, un rinnovato interesse intorno al passo in questione. Di fondo, una problematica che divide gli studiosi è rappresentata dall'attendibilità della testimonianza di Stefano per l'età che lo precede. Secondo un primo orientamento, già risalente a De Francisci²⁰⁸ e cui di recente ha aderito Pellecchi²⁰⁹, l'*antecessor* non potrebbe essere preso in considerazione poiché doveva aver ben scarsa conoscenza di un processo, quello formulare, ormai da tempo caduto in disuetudine nell'epoca in cui operava.

Secondo l'orientamento risalente a Ferrini²¹⁰, cui di recente hanno aderito Artner²¹¹, Varvaro²¹² e Cannata²¹³, Stefano doveva invece avere a disposizione dei commentari (a noi non pervenuti) all'opera ulpiana *ad edictum* che riportassero fedelmente la struttura dell'*actio praescriptis verbis*.

Ma anche tra chi ammette l'attendibilità dello scolio si creano poi dissensi sul portato dell'attestazione. Una prima questione riguarda infatti l'inciso ἦτις διηγείται μὲν ὡς ἐν δεμονστρατίῳ τὸ πρᾶγμα, che secondo alcuni dovrebbe considerarsi un riferimento alla *demonstratio* quale sede dell'esposizione dei fatti da cui trarrebbe fondamento l'esperibilità in concreto dell'azione²¹⁴, mentre secondo altri dovrebbe considerarsi un riferimento ad una vera e propria *praescriptio*²¹⁵.

Credo meriti una particolare attenzione il recente studio di Cannata.

²⁰⁸ P. DE FRANCISCI, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia, 1916, p. 24-33.

²⁰⁹ L. PELLECCHI, *rec.* a M. VARVARO, *Ricerche sulla 'praescriptio'*, cit., in «Iura» LVII, 2008-2009, p. 491 s. Del resto già L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'*, Padova, 2003, pur trattando gli argomenti in esame, non faceva praticamente alcun impiego dello scolio, ritenuto evidentemente fonte non attendibile.

²¹⁰ C. FERRINI, *Sull'esistenza della formula proibitoria nell'albo pretorio*, in «Studi giuridici e storici pubblicati per l'VIII centenario dell'Università di Bologna», Roma, 1888, p. 83-100 (ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1929, p. 145 ss.).

²¹¹ A. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, Berlin, 2002, p. 48 nt. 217.

²¹² M. VARVARO, *Ricerche sulla 'praescriptio'*, Torino, 2008, p. 138 ss., e ID., *'Praescriptio' e pregiudizio*, in «Iuris Antiqui Historia», II, 2010, p. 184 ss.

²¹³ CANNATA, *L' 'actio in factum civilis'*, cit., p. 18 ss.

²¹⁴ CANNATA, *L' 'actio in factum civilis'*, cit., p. 20.

²¹⁵ Così VARVARO, *Ricerche*, cit., p. 138-143, e ID., *'Praescriptio'*, cit., p. 186.

L'eminente studioso dimostra come l'*actio in factum civilis* o *praescriptis verbis* di cui si tratta, tra le altre fonti, in D. 19.5.1, fosse un'azione contrattuale generale sussidiaria, esperibile tanto nel caso dei cd. contratti innominati, quanto per quelle fattispecie che di sicuro potevano essere ricondotte ad una figura contrattuale tipica, ma per cui – data la complessità della situazione fattuale – era dubbio il preciso *nomen contractus* (e, di conseguenza, l'azione tipica) di riferimento. Esaminando il passo di Stefano, Cannata sosteneva che esso «presenta una formula dell'*actio in factum civilis* (o *praescriptis verbis*) che è esattamente quella che ci attenderemmo dopo avere determinato la funzione dell'azione stessa»²¹⁶.

In realtà mi sembra che lo scolio di Stefano si discosti leggermente dalla ricostruzione della formula dell'*actio praescriptis verbis* proposta dallo stesso Cannata poco oltre:

Titius iudex esto. Quod Aulus Agerius Numerio Negidio servum Stichum dedit ut Numerius Negidius servum Pamphilum manumitteret, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius Titius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvido.

Cannata, infatti, aderisce all'opinione secondo cui l'*actio praescriptis verbis* sarebbe stata in ogni caso un'azione incentrata sulla *fides bona* (elemento di cui non si parla affatto nel testo di Stefano). Come noto, la questione non è pacifica presso la scienza romanistica. La nostra fonte principale per ricostruirne, sotto questo profilo, la struttura è il noto elenco delle azioni di buona fede, quale compare nelle *Istituzioni giustinianee*:

4.6.28: Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio²¹⁷.

²¹⁶) CANNATA, L' '*actio in factum civilis*', cit., p. 20.

²¹⁷) Conforme la *Parafraasi* teofilina nel brano corrispondente: Τῶν ἀγωγῶν αἱ μὲν εἰσι BONA FIDE, αἱ δὲ STRICTAE. αἱ δὲ BONA FIDE εἰσὶν αὐταί· EX EMPTO UENDITO, LOCATI CONDUCTI, NEGOTIORUM GESTORUM, MANDATI, DEPOSITI, PRO SOCIO, TUTELAE, COMMODATI, PIGNERATICIA, FAMILIAE ERCISCUNDAE, COMMUNI DIUIDUNDO, PRAESCRIPTIS UERBIS ἢ λεγομένη AESTIMATORIA (χώρα δὲ αὐτῆ ἐστὶν ἠνίκα διατιμησάμενος πρᾶγμα, οἶον κόσμιον ἢ ἕτερόν τι τοιοῦτον, παράσχω σοι ἐπὶ τῷ πολλῆσαι εἰπών· «ἢ φέρε μοι ἑκατὸν νομίσματα ἢ αὐτὸ τὸ πρᾶγμα»), καὶ ἡ ἕτερα PRAESCRIPTIS UERBIS, ἧτις ἀρμόζει ἐπὶ τῆς PERMUTATIONOS (traduzione Ferrini: «Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam strictae. bonae fidei sunt haec:

La menzione dell'*actio praescriptis verbis* a tutela di *aestimatum* e permuta non è di semplice interpretazione. Da un lato la si potrebbe ritenere meramente paradigmatica: considerando l'*agere praescriptis verbis* come una modalità processuale più che come uno specifico tipo formulare²¹⁸, si sarebbe reso necessario, per i compilatori, concretare la fattispecie in esempi chiarificatori. D'altro lato, però, il tenore del frammento si può anche ritenere suggestivo di una elencazione tassativa: in seno alla casistica relativa ai *praescripta verba*, la buona fede sarebbe elemento caratterizzante i soli giudizi specificamente indicati²¹⁹. Personalmente ritengo (ma qui non si va al di là dell'ambito del convincimento individuale, quale si può formare dalla lettura di un testo che, di per sé, si presta ad interpretazioni divergenti) che questa seconda lettura sia più soddisfacente alla luce di un *agere praescriptis verbis* indicativo dello schema processuale generale a tutela delle fattispecie contrattuali. Se veramente si trattasse, più che di un'azione tipica, della qualificazione di una procedura cui fare ricorso in una pluralità di situazioni tra loro non omogenee, ben sembra ipotizzabile che tale procedura si colorasse o meno delle tonalità della buona fede a seconda degli impieghi di volta in volta necessari.

Questo permetterebbe di spiegare la circostanza per cui, nello scolio di Stefano, non si trovi alcuna menzione della buona fede nella descrizione della formula dell'*actio praescriptis verbis*. Del resto, proprio nella sede in cui è inserito l'inciso in commento, l'*antecessor* esaminava l'operatività del *pactum* nei giudizi di buona fede ed in quelli di stretto diritto. Risulterebbe piuttosto singolare che in un simile contesto non abbia ritenuto necessario precisare la presenza della *fides bona* nell'*actio civilis in factum*.

Ma si possono avanzare, forse, riflessioni ulteriori a proposito dello scolio in esame. Come anticipato, a partire da Ferrini coloro che ne hanno ri-

ex empto uendito, locati conducti, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi diuidundo, praescriptis uerbis, quae aestimatoria uocatur. Locus autem ei est, cum rem aestimatam, ueluti ornamentum uel aliud quidlibet eiusmodi, tibi uendendam tradam dicens: aut C aureos aut rem ipsam mihi restituas. Est alia quoque actio praescriptis uerbis, quae ex permutatione competit»).

²¹⁸) In tal senso cfr. C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano e classico*, in «Iura», XXI, 1970, p. 65.

²¹⁹) Si tratterebbe, in sostanza, di un'indicazione paragonabile a quella contenuta nel successivo *Iust. inst.* 4.6.29 a proposito dell'*actio ex stipulatu* per la restituzione della dote: *'Fuerat antea et rei uxoriae actio ex bonae fidei iudiciis: sed cum pleniorum esse ex stipulatu actionem inuenientes omne ius, quod res uxoriae ante habebat, cum multis divisionibus in ex stipulatu actionem, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus, merito rei uxoriae actione sublata ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei iudicii tantum in exactionem dotis meruit, ut bonae fidei sit'*.

conosciuto il valore ai fini della ricostruzione della struttura formulare classica dell'*actio praescriptis verbis* hanno aderito (apertamente, o implicitamente, non giustificando diversamente la scelta) alla tesi di Ferrini stesso secondo cui l'*antecessor* avrebbe fatto ricorso ad un'opera pregiustiniana di matrice scolastica di commento ai libri *ad edictum* di Ulpiano che riportasse testualmente lo schema dell'azione *praescriptis verbis*. Tale opera, a noi non pervenuta, avrebbe costituito il materiale cui Stefano avrebbe fatto riferimento per la descrizione della formula, di cui non avrebbe certo potuto avere conoscenza diretta, operando in un'età in cui il processo formulare era stato da tempo soppiantato dalla procedura *extra ordinem*.

Mi sembrano però condivisibili quegli studi che hanno messo in luce la corrispondenza tra il brano dell'*antecessor* ed il frammento di Gaio relativo all'*actio incerti ex stipulatu*²²⁰.

Trattando della *praescriptio* Gaio esponeva la formula dell'azione posta a tutela della *stipulatio* avente ad oggetto un *incertum*:

inst. 4.136: Item admonendi sumus, si cum ipso agamus qui incertum promise-rit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis hoc modo 'iudex esto. Quod A. Agerius de N. Negidio incertum stipulatus est, cuius rei dies fuit, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet' et reliqua.

Si è sottolineato, in particolare, come Stefano non collocasse la descrizione della fattispecie concreta sottesa all'azione nella *demonstratio*, ma si riferisse ad una formula che descrive la fattispecie come nella *demonstratio* (ὡς ἐν δεμονστρατίωνι). L'espressione richiama quanto troviamo in Gaio, ove la *praescriptio* risulta inserita *formulae loco demonstrationis*²²¹. Il parallelo tra i due frammenti non si esaurisce qui. Dopo la precisazione relativa alla descrizione del *factum*, Stefano avverte che la formula proseguiva con un'*intentio incerta*. In Gaio, nel periodo corrispondente, troviamo riportata parzialmente la formula

²²⁰ Cfr. A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in «Atti del Seminario sulla Problematica Contrattuale in Diritto Romano», I, Milano, 1988, p. 34 s., ed E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento, 2011, p. 369 ss.

²²¹ L'espressione gaiana ha suscitato perplessità relative alla possibilità di considerarla indicativa di una *praescriptio* collocata nella sede abituale della *demonstratio*, e quindi all'interno della formula, oppure che assume la funzione della *demonstratio*, pur restando anteposta alla formula in senso tecnico. A tal proposito cfr. la ricostruzione della questione (questione che ai nostri fini non riveste specifico rilievo) di PELLECCHI, *La 'praescriptio'*, cit., 273 ss., con ampia analisi della letteratura rilevante, e, da ultimo, l'altrettanto ricco contributo di SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio*, cit., p. 153 ss.

dell'*actio incerti ex stipulatu*, che si interrompe subito dopo l'*intentio*. L'inciso dell'*antecessor* termina avvertendo che la formula si chiudeva nel modo «usuale», ossia con la consueta *condemnatio*, quasi ad indicare una *pars formulae* su cui non occorra soffermarsi eccessivamente, cosa che puntualmente avveniva in Gai., *inst.* 4.136 in cui il rinvio alla *condemnatio* veniva fatto con le parole '*et reliqua*'.

Si potrebbe ipotizzare, a questo punto, che la fonte di età classica che Stefano doveva avere presente allorché propose la sua descrizione dell'*actio civilis in factum* non dovesse necessariamente essere un testo di cui nulla sappiamo, ma che potesse essere il manuale gaiano: del resto, se si considerano la natura e le finalità del commentario di Stefano, ossia un'opera rivolta alla didattica nelle scuole giuridiche del VI secolo, ben possiamo ipotizzare che Gaio fosse uno strumento di frequente consultazione da parte dell'*antecessor*. Va segnalato che, al tempo in cui Stefano era operativo (dopo il 542 d.C.), ai sensi della costituzione *Tanta* il manuale di Gaio non poteva più essere utilizzato. Tale rilievo, però, non sembra costituire un vero ostacolo alla ricostruzione proposta, dacché Stefano ben avrebbe potuto conoscerlo da un'epoca più risalente al detto divieto che, del resto, avrebbe dovuto riguardare anche i *commentarii ad edictum* e le relative interpretazioni e traduzioni scolastiche.

In questa sede l'impostazione della ricerca storico-giuridica va, in un certo senso, capovolta rispetto al modo tradizionale di avvicinarsi allo scolio di Stefano. L'interesse non è volto a ricostruire la realtà di età classica filtrando le informazioni offerte dalle testimonianze posteriori, ma a comprendere il contesto culturale in cui quelle attestazioni sono state prodotte, al fine di valutare quale rilievo potessero ancora avere in epoca giustiniana notazioni che, a prima vista, potrebbero apparire come semplici curiosità erudite²²². Con ciò cadiamo senza dubbio nell'ambito delle ipotesi, di cui non si potrà mai dare un'argomentazione immune da possibili critiche, ma mi sembra che non sia meno fondato che dover ipotizzare il contenuto di opere a noi ignote e supporre la conoscenza da parte di una figura sulla cui formazione, allo stato degli studi, sappiamo ben poco.

Si tratta, a questo punto, di passare dal profilo formale a quello sostanziale del raffronto tra il brano gaiano e quello di Stefano. Perché quest'ultimo

²²²) Si veda ad esempio quanto scrive CANNATA, *L'actio in factum civilis*, cit., p. 19 s., ove, confutando le opinioni di chi riteneva l'*actio praescriptis verbis* frutto delle interpolazioni giustiniane, criticava «l'assurdità dell'idea che guidava quei critici, quando in buona sostanza venivano a pensare che un giurista bizantino, parlando di un'azione che presentava come risalente ai giuristi classici (ed evidentemente, per coloro che quell'idea professavano, consapevole che essa non lo fosse), dovesse anche indugiare ad inventarne la formula, quando al suo tempo la formula non serviva comunque più».

avrebbe dovuto, nel descrivere l'azione *praescriptis verbis*, fare riferimento al passo in cui Gaio descriveva quella *incerti ex stipulatu*? Credo che una risposta a tale quesito possa essere individuata nella funzione svolta, ai tempi di Stefano, dalle azioni nascenti dalla *stipulatio*.

La dottrina romanistica ha più volte profilato la funzione dell'*agere praescriptis verbis*, in età classica, come tutela contrattuale generale e sussidiaria²²³. Se, come è mia opinione, ai tempi di Stefano le azioni derivanti dalla *stipulatio* venivano ormai considerate come procedimenti aventi analoghe finalità, una prima soluzione potrebbe essere individuata nella volontà dell'*antecessor* di descrivere l'*actio civilis in factum*, nozione generale che avrebbe potuto indicare sia l'azione stipulatoria sia quella *praescriptis verbis*, col rischio, però, di ingenerare confusione tra le stesse. Mi sembra, in realtà, che ciò significherebbe addossare a Stefano una imprecisione abbastanza significativa.

Si potrebbe forse ipotizzare, allora, che nella prospettiva bizantina *actio ex stipulatu* ed *agere praescriptis verbis* fossero nozioni destinate ad un facile accostamento (ma non ad una più radicale identificazione)²²⁴.

Credo che siano di grande interesse e rilievo le riflessioni di recente avanzate da Sciandrello a proposito della tutela approntata *ad aestimatum* e *permutatio* in età classica²²⁵. Prendendo avvio da *Iust. inst.* 4.6.28 (sopra riportato), ove per entrambi i contratti si riconosce un'azione imperniata sui *praescripta verba*, egli ricostruisce l'evoluzione storica della tutela approntata per ciascuno di essi, arrivando alla conclusione che, mentre per l'*aestimatum* si dovette riconoscere da subito una specifica formula di buona fede, per la *permutatio* si sarebbe registrata un'evoluzione ben diversa e del tutto singolare.

Le *dubitaciones* relative al corretto inquadramento dogmatico del contratto avrebbero avuto delle ripercussioni di non poco momento anche sul regime dell'azione ad esso riconosciuta. Le affinità intercorrenti con l'*emptio-venditio* avrebbero determinato la concessione di azioni modellate su quelle previste nell'editto pretorio a tutela della compravendita stessa, con una formula caratterizzata pertanto dalla buona fede. La teoria aristoniana sulle *conventiones sine nomine* avrebbe invece portato a sottolineare i caratteri differen-

²²³) Da ultimo cfr. CANNATA, *L' 'actio in factum civilis'*, cit., p. 20.

²²⁴) Si possono del resto considerare, a titolo puramente esemplificativo, gli *scholia* 2 e 5 a *Bas.* 23.1.1, entrambi di Stefano, nei quali, rispettivamente, l'*actio praescriptis verbis* e la *condictio certi* vengono definite '*generalis actio*' con una valutazione che presenta profonde affinità.

²²⁵) SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio*, cit., specialmente p. 379-386. Cfr. anche le relative recensioni di P. LAMBRINI in «Seminarios Complutenses de derecho romano», XXV, 2012, p. 512-522, di C.A. CANNATA in «Jura», LX, 2012, p. 314-348, e R. SCEVOLA in «ZSS.», CXXXII, 2015, p. 625-639.

ziali rispetto all'*emptio venditio*, con la conseguenza di considerare la permuta un contratto innominato del tipo *do ut des*, da tutelare con un'*actio civilis incerti*. Le due azioni avrebbero avuto struttura affine (*praescripta verba* ed *intentio incerta*) con la significativa differenza, però, che solo la prima, e non la seconda, sarebbe stata di buona fede. Per quest'ultima Sciandrello suppone una struttura simile a quella dell'*actio incerti ex stipulatu*, aggiungendo poi: «abbiamo parlato di 'somiglianza', anziché di 'identità', in quanto la formula dell'*actio civilis incerti* non faceva certo riferimento alla *stipulatio*, richiamata invece nel programma di giudizio dell'*actio incerti ex stipulatu* per attestare la formalizzazione dell'accordo concluso dalle parti»²²⁶. Ancora, riflettendo sulle costituzioni imperiali in tema di permuta emesse dalla cancelleria diocleziana, Sciandrello sottolinea come vi si noti di frequente un ricorso alternativo all'azione stipulatoria o ad un'*actio (civilis incerti) praescriptis verbis* a seconda della conclusione o meno di una *stipulatio* di chiusura della fattispecie. In ciò si potrebbe scorgere, sostiene ancora Sciandrello, un indizio della concezione della cancelleria diocleziana tendente ad accostare i due procedimenti, in considerazione del fatto che da un lato la prassi relativa alla clausola stipulatoria rendeva sempre più frequente l'esperibilità dell'*actio ex stipulatu* a fronte di convenzioni che già avrebbero goduto di una diversa tutela processuale; dall'altro, in mancanza del ricorso alla *stipulatio* (e relativa clausola documentale) si sarebbe potuto agire con un'azione assai simile all'*actio incerti ex stipulatu*²²⁷.

Credo che nel frammento di Stefano si possa forse considerare sotteso un analogo procedimento logico. L'*antecessor* aveva ben presente la distinzione tra le azioni derivanti dalla *stipulatio* e quelle a tutela della convenzioni atipiche, ma l'identità di funzioni e, probabilmente, di struttura potrebbe averlo indotto ad utilizzare il brano gaiano relativo all'*actio incerti ex stipulatu* per la descrizione dell'*actio civilis incerti*, quasi avesse considerato la prima come una specie del più ampio genere costituito dalla seconda. Si tratta, ora, di meglio precisare la concezione della dottrina bizantina relativa alla funzione generale e sussidiaria delle azioni stipulatorie.

3.4. *Condictio* ed *actio ex stipulatu* quali azioni «generali»

Per meglio comprendere la considerazione del rapporto intercorrente tra *actio praescriptis verbis* ed *actio ex stipulatu* nel contesto del diritto giustiniano mi

²²⁶) SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio*, cit., p. 374.

²²⁷) SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio*, cit., p. 376 s.

sembra particolarmente indicativo un passo attribuibile a Taleleo, riportato *in scholio* a Bas. 11.1.68, a commento di C.I. 2.3.7, costituzione di Caracalla dell'anno 213:

Ἐάν ἡ πίστις τοῦ συμφώνου, φησίν, μὴ φυλαχθῆιη, τότε κινηθήσεται ἐκ σtipουλᾶτου, εἰ γέγονεν ἐπερώτησις: μὴ γενομένης δὲ οὕτως ἐπερωτήσεως ἡ πραεσκρίπτις βέρβις ὁμολογουμένης ἤρμοζεν²²⁸.

Nel provvedimento imperiale²²⁹, Caracalla statuiva su una questione successoria in cui un certo Massimo era stato istituito erede del proprio debitore. Citato in giudizio e risultato vincitore della causa (non ci è dato sapere, dal tenore della pronuncia imperiale, l'esatta materia del contendere), aveva concluso un patto col suo avversario in base al quale avrebbe consegnato a costui il patrimonio ereditario con la clausola che la controparte si facesse carico dei debiti ereditari, compreso quello nei propri confronti. In tal modo, avrebbe potuto vantare gli stessi diritti di cui avrebbe goduto se non si fosse verificata confusione delle posizioni debitoria e creditoria in seguito all'accettazione dell'eredità.

L'imperatore riconosceva la *pacti conventionisque fides* come meritevole di tutela, precisando che Massimo avrebbe potuto agire *ex stipulatu* contro il suo avversario se costui fosse venuto meno a tale *fides*, purché fosse stata conclusa un'apposita *stipulatio*.

Taleleo arricchiva il tenore della costituzione, sostenendo che senza dubbio se non fosse intercorsa la *stipulatio* si sarebbe potuta riconoscere l'*actio praescriptis verbis*²³⁰. Mi sembra che le parole di Taleleo siano indicative della concezione di età giustiniana relativa al rapporto tra le due azioni. Entrambe sono viste come azioni generali, che si diversificano nei presupposti: la stessa convenzione può essere tutelata con l'una o con l'altra a seconda che sia intercorsa o meno la *stipulatio*. Sembra quasi che le premesse del diritto classico,

²²⁸) Traduzione Heimbach: «Si fides pacti, inquit, non servatur, tunc ex stipulatu agitur, si stipulatio facta sit: si vero stipulatio ita interposita non sit, praescriptis verbis actio haud dubie competit».

²²⁹) C.I. 2.3.7: 'Debitori tuo si heres extitisti, actio, quam contra eum habuisti, adita hereditate confusa est. Sed si eam hereditatem, posteaquam in iudicio obtinuisti, ei tradidisti, quem sententia superaveras, ea condicione pactoque, ut tam ceteris creditoribus quam tibi in eo, quod tibi deberetur, si eam hereditatem non adisses, satisfaceret, pacti conventionisque fides servanda est. Quae si non servatur, ex stipulatu, si modo pacto subiecta est, actio dabitur'.

²³⁰) Alcuni risalenti editori del *Codex* hanno utilizzato il commentario di Taleleo per integrare la costituzione di Caracalla nella parte relativa all'*actio praescriptis verbis*. Non mi sembra però, che tale integrazione possa considerarsi corretta. Ben hanno fatto gli editori più recenti, tra cui Krüger, a non riproporla.

ancora una volta, vengano portate alle estreme conseguenze. Infatti, già in epoca classica era senz'altro ammissibile che una convenzione atipica potesse ricevere una tutela tipica tramite la conclusione di una *stipulatio* in cui si riversassero gli accordi informali. Nelle opere dei maestri bizantini, però, sembra emergere una concezione diffusa per cui la garanzia di tutela offerta dalla *stipulatio* è avvertita in maniera così forte da divenire un elemento costante del traffico giuridico.

Nelle parole del maestro bizantino, ancor più di quanto già doveva valere nel diritto classico, sembra avvertita come una circostanza assolutamente inconsueta e problematica l'eventualità che le parti, al termine del processo, potessero aver perfezionato la transazione senza ricorrere anche ad una *stipulatio*. La pronuncia di Caracalla pare indirizzata a riconoscere la meritevolezza di tutela della specifica *stipulatio* intercorsa tra le parti del giudizio, mentre Taleleo sembrerebbe dare ormai per scontato che in una simile fattispecie si possa agire con l'*actio ex stipulatu* e cerca pertanto di arricchire il ragionamento introducendo una riflessione relativa ai casi di mancata *stipulatio*, concludendo per l'esperibilità dell'*actio praescriptis verbis*.

Quanto nello scolio appena esaminato resta ancora parzialmente in ombra, poiché sottinteso ad un discorso di cui troviamo solo le conclusioni senza il dettaglio del percorso logico che ha condotto il giurista ad esse, trova piena esplicitazione in un frammento in cui Taleleo²³¹ stesso «polemizza» con un'opinione espressa dall'*heros* Patrizio.

Il brano commenta C.I. 2.4.6²³², la cui fattispecie presenta numerose analogie con quella che portò alla pronuncia di Caracalla. Nell'anno 230 l'imperatore Alessandro Severo fu adito dagli eredi di una donna che aveva concluso una transazione in virtù della quale si vedeva riconosciuta dalla controparte una *pars bonorum*, a tacitazione delle pretese che intendeva far valere in giudizio sperando la *querella inofficiosi testamenti*. L'imperatore negava ai successori della donna il diritto di riassumere il processo, riconoscendo però loro il diritto di agire per l'*id quod interest* nel caso la controparte non avesse adempiuto agli obblighi assunti con la transazione. La cancelleria imperiale è molto chiara nel precisare che l'azione esperibile sarà l'*actio ex stipulatu* nel ca-

²³¹) Così HEIMBACH, *Manuale Basilicorum*, cit., p. 351.

²³²) C.I. 2.4.6: '*Cum mota inofficiosi querella matrem vestram cum diversa parte transegisse ita, ut partem bonorum susciperet et a lite discederet, proponatis, instaurari quidem semel omissam querellam per vos, qui matri heredes extitistis, iuris ratio non sinit. Verum si fides placitis praestita non est, in id quod interest diversam partem recte convenietis: aut enim, si stipulatio conventioni subdita est, ex stipulatu actio competit, aut, si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est*'.

so di conclusione della *stipulatio* oppure, ‘*si omissa verborum obligatio est*’, una ‘*utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat*’.

Segnaliamo, innanzitutto, che una autorevole corrente interpretativa identifica nell’*actio utilis* del rescritto un’azione modellata sull’*actio ex stipulatu* in cui la *praescriptio*, anziché contenere il riferimento alla *stipulatio incerti*, descriverebbe la *rem gestam*²³³.

Come detto, però, disponiamo anche dell’attestazione di un interessante contrasto di opinioni risalente agli interpreti che nel sesto secolo si trovarono a commentare il rescritto in questione (scolio 5 dell’edizione Scheltema a *Bas.* 11.2.23)²³⁴:

Ὁ μὲν τῆς περιφανοῦς μνήμης Πατρικίος τὸ εἰς διαφέρον ἐνάγεσθαι τοὺς διαλυσαμένους καὶ μὴ πληροῦντας, ἃ ἐπηγγείλαντο, πρὸς μόνην τὴν πραεσκριπτικὴν βέρβρις ἐνόησεν, ὡς τῆς ἐξιτιουλάτο μὴ δυναμένης εἰς τὸ διαφέρον κινεῖσθαι, ἀλλὰ πάντως ῥητὴν ποσότητα ἀπαιτούσης. Ἐγὼ δὲ λέγω, ὅτι, ἡνίκα καὶ τῶν ἰν δάνδο ἐστὶν ἡ ἐπερώτησις καὶ κέρταν ἔχει ποσότητα, τότε οὐ δύναται πρὸς τὸ διαφέρον κινεῖσθαι, ἀλλ’ ὁ κέρτος κονδικτικός ἐξ αὐτῆς κινούμενος τὴν ἐγκειμένην ἐν τῇ ἐπερωτήσῃ ῥητὴν ποσότητα ἀπαιτεῖ. Ἡνίκα δὲ τῶν ἰνφακιένδο ἐστὶν ἡ ἐπερώτησις, ἢ ἰν δάνδο οὐσα ἰγκέρταν περιέχει ποσότητα, τότε ἡ ἐξιτιουλάτο ἰγκέρτα κινουμένη πάντως τὸ διαφέρον ἀπαιτεῖ. Καὶ ἐνταῦθα τοίνυν χρὴ θεματίσαι μετὰ τὰ περὶ τῆς διαλύσεως σύμφωνα ἰγκέρταν καὶ γενικὴν ἐπερώτησιν ἐπενηνέχθαι συμφωνήσαντες γὰρ μέρος ῥητὸν δοθῆναι τῇ γυναικὶ πολλακίς ὑπέταξαν ἐπερώτησιν ἔχουσαν οὕτως· καὶ ὠμολόγησεν ὁ δεῖνα πάντα ποιῆσαι τὰ προγεγραμμένα· καὶ διὰ τὸ ποιῆσαι ῥῆμα ἰγκέρτα ἦν ἡ ἐξιτιουλάτο. Ἡ πολλακίς ἐπερωτηθεὶς οὕτως, ὁμολογῶ, εἴτι προσυμπεφώνηται, δίδονται· Καὶ τοῦτο ἰγκέρταν ποιεῖ τὴν ἐπερώτησιν, ἐπειδὴ οὔτε ὄνοματι οἰκείῳ οὔτε δεμοστρατίονι τάξιν ὄνοματος ἐπεχούσῃ ἐσαφήνισεν ὁ ἐπερωτηθεὶς· ὅτι δὲ πᾶσα ἰγκέρτα ἐπερώτησις εἰς τὸ διαφέρον ἔχει τὴν καταδίκην, ἐσήμανεν ἐν τοῖς Ἰνστιτούτοις ἐν τῇ γ’. Οὕτως οὖν χρὴ θεματίσαι, ὅτι οὐκ ἦν ἐν δάνδο κέρτα ἐπερώτησις, καὶ διὰ τοῦτο εἰς τὸ διαφέρον εἶπεν αὐτὴν κινεῖσθαι ἡ διατ. Ὅτι δὲ ἐστὶν ἰγκέρτα ἡ ἐπερώτησις, εἴρηται βιβ. μὲ. τιτ. α’. διγ. οε’. Ὅτι δὲ, κἂν ἐν μέρει τῆς ἐπερωτήσεως κέρτον τί ποτε κεῖται, ἐν μέρει δὲ ἰγκερτον, τὸ ἰγκερτον

²³³) In tal senso si vedano E. VALIÑO, ‘*Acciones utiles*’, Pamplona, 1976, p. 257, F. GALLO, *Synallagma e ‘conventio’ nel contratto*, II, Torino, 1995, p. 143 ss, e SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio*, cit., p. 352 ss.

²³⁴) Questo scolio, congiuntamente a *sch.* 2 a *Bas.* 11.1.71 e *sch.* 2 a *Bas.* 47.1.72 è stato in tempi risalenti utilizzato da A. E. GIFFARD, *Les maîtres de Beyrouth et l’action ‘praescriptis verbis’*, in «*Mnemosyna D.P. Pappoulias*», Athenai, 1934, p. 143-153, per sostenere che l’*actio praescriptis verbis* di cui parlano i maestri di Berito dovrebbe identificarsi con la *condictio incerti* di tarda età classica. In tal modo Giffard ritiene di poter escludere la classicità dell’*actio praescriptis verbis* e di doverne collocare l’elaborazione in età successiva a Diocleziano e comunque precedente a Giustiniano. Nelle *leges* giustinianee, infatti, essa ha definitivamente perso la caratteristica di essere ‘*utilis*’ ed è divenuta (in base ad una consolidazione risalente, ma difficile da datare) un rimedio contrattuale tipico.

ὡς ἴκερτον θεωρεῖται, δῆλον ἐκ τοῦ αὐτοῦ διγ. τοῦ αὐτοῦ τιτ. Πρὸς γὰρ τῷ τέλει τοῦ διγ. εἴρηται, ὅτι δεῖ τοῖς ῥήμασι προσέχειν ἐπὶ τῶν ἐπερωτήσεων²³⁵.

Il frammento, piuttosto corposo, è stato riportato per intero poiché in ogni sua parte è ricco di informazioni assai utili per il discorso che si sta svolgendo.

In apertura viene riferita l'opinione di Patrizio. Non sappiamo quanto fedelmente ci sia dato conto di essa; all'apparenza risulta piuttosto scorretta, dal momento che l'*heros* sosteneva che l'*id quod interest* (εἰς τὸ διαφέρειν)²³⁶ si potesse richiedere solo con la *praescriptis verbis*, e non con l'*actio ex stipulatu* (ἐξτιπουλάτο), con cui si sarebbe potuto agire solo per pretese fondate su un *certum*. La contrarietà alla distinzione classica tra *condictio* ed *actio ex stipulatu* per la pretesa, rispettivamente, di un *certum* o di un *incertum* è lampante. Taleleo non manca pertanto di correggere l'opinione di Patrizio, limitando l'impossibilità di agire per l'*id quod interest* alla sola *stipulatio* costituente l'obbligazione di dare un *certum*, per cui si sarebbe dovuto fare ricorso alla *condictio certi*. Al contrario, sostiene Taleleo, quando la *stipulatio* genera un'obbligazione di un *facere* oppure di *dare una incerta res*, si potrà esperire l'*actio ex stipulatu* per l'*id quod interest*. Di conseguenza, nel caso sottoposto all'attenzione di Alessandro Severo si deve presumere che le parti, ai fini dell'esperibilità dell'*actio ex stipulatu*, avessero concluso una *stipulatio* incerta e generale (ἰκέρταν καὶ γενικὴν ἐπερωτήσιν). Taleleo ci for-

²³⁵) Traduzione Heimbach: «Patricius quidem insignis memoriae, de eo, quod interest, convenire eos, qui transegerint nec promissa praestiterint, de sola praescriptis verbis actione intellexit, cum ex stipulatu actio in id, quod interest, moveri nequeat, sed certam omnino quantitatem petat. Ego vero contendo, et quum in dando consistat stipulatio et certam quantitatem contineat, non posse ex stipulatu in id, quod interest, agi, sed certi conditione ex stipulatione quantitatem stipulatione comprehensam peti. Quum autem in faciendo stipulatio consistit, vel in dando quidem, incertum autem quid continet, tunc actione incerti ex stipulatu id, quod interest, petitur. Hic igitur quoque fingendum est, post transactionis placitum incertam et generalem stipulationem esse adiectam. Nam quum paciscuntur de certa parte mulieri praestanda, saepe stipulationem in hunc modum conceptam subiiciunt: et spondit ille, omnia quae antea scripta sunt, se facturum: et propter verbum facere incerti erat actio ex stipulatu. Vel si quis interrogatus sponderit, quae antea convenerint, se daturum, sic quoque stipulationem incertam facit, quum nec nomine, nec demonstratione vicem nominis obtinente promissor usus sit. Omnem autem incertam stipulationem in id, quod interest, condemnationem continere, lib. 3. Institutionum ostensum est. Fingendum igitur est, non fuisse stipulationem in dando certam: ideoque dixit constitutio, in id, quod interest, ex stipulatu agi. Incertam esse stipulationem lib. 45. tit. 1. dig. 75. dictum est. Verum si parte stipulationis certum quid, partem incertum continetur, tunc incertum pro incerto haberi, ex eodem digesto eiusdem tit. manifestum est. In fine enim dig. dicitur, verba in stipulationibus spectari debere».

²³⁶) A proposito del criterio dell'*id quod interest* per la valutazione della condanna derivante da inadempimento di obbligazioni sorte da *stipulatio incerti* cfr. D. MEDICUS, *Id quod interest*. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes, Köln-Graz, 1962, p. 212 ss.

nisce poi un'informazione particolarmente interessante: la probabilità che le parti avessero effettivamente contratto una simile *obligatio verbis* è rafforzata dal fatto che nelle convenzioni relative all'obbligazione di dare un *certum* era (almeno ai suoi tempi) prassi consueta far accedere una *stipulatio* incerta e generale «di chiusura» in cui il debitore, con un rimando *per relationem* all'obbligazione già assunta, si impegnavo con clausole del tipo «ha promesso di fare tutto quanto sopra contenuto» (καὶ ὁμολόγησεν ὁ δεῖνα πάντα ποιῆσαι τὰ προγεγραμμένα). Il ricorso del verbo 'facere' (ποιῆσαι) avrebbe reso incerta la *stipulatio*, con la conseguenza di poter agire per l'*id quod interest*. Non solo. Se anche la *conceptio verborum* non avesse contemplato il verbo 'facere', ma ci si fosse obbligati genericamente a «dare quanto precedentemente convenuto» (ὁμολογῶ, εἴ τι προσυμπεφώνηται, διδόναι), non si sarebbe dovuto riconoscere al creditore la possibilità di agire con la *condictio certi* ma con l'*actio ex stipulatu*, in quanto il *promissor* non avrebbe espresso il '*nomen proprium*' (ὀνόματι οἰκεῖ) della fattispecie né avrebbe fatto ricorso ad una *demonstratio* in luogo del *nomen* stesso (δemonstratio τῶν ὀνόματων ἐπεχούση), rendendo pertanto il contratto comunque *incertum*²³⁷.

Ancora una volta segnaliamo, in primo luogo, l'attenzione della dottrina giuridica bizantina verso la prassi negoziale. L'apposizione della clausola stipulatoria non viene considerata, a differenza di quanto in genere avviene presso la scienza romanistica contemporanea, quale un mero prodotto tralattizio privo di riscontro giuridico, ma si riconosce, al contrario, una specificità

²³⁷) Altrettanto interessante l'opinione di Teodoro riportata come scolio a *Bas.* 11.2.54 (n. 1), che immagina una transazione riversata in una *stipulatio* con una promessa di «non fare nulla contro la transazione, e, nel caso si facesse qualcosa in contrario, pagare una penale». In tal caso, sostiene Teodoro, la penale sarà dovuta sia nel caso di inadempimento degli obblighi assunti con la transazione, sia nel caso si mettesse in atto un comportamento volto a *ἀνατρέπειν* la transazione stessa: Θεοδώρου. Ὁ παραβαίνων διάλυσιν, ἐν ἧ πρόστιμον ὁμολόγησεν, δίδωσι τὸ πρόστιμον, καὶ μένει ἐρρωμένως ἡ διάλυσις, ἐὰν περὶ καταβολῆν μόνον ἀγνωμόνησιν. Ἀνάγνωθι τὴν μ'. διατ. τοῦ παρόντος τίτ. καὶ ἴσθι, ὅτι ἔρρωται ἐπὶ τοῖς ἐπερωτηθεῖσιν ἀπὸ διαλύσεως καὶ ἰγκέρτα ἐπερωτήσις, ὡς εἴρηται βιβ. η'. τίτ. λζ'. διατ. ζ'. Σημείωσαι δὲ ἀναγκαῖον κατὰ τῶν ἀγνωμόνων σημείωσιν, ὅτι ἐπερωτώμενος μὴδὲν ἐναντίον ποιῆσαι τῇ διάλυσιν, ἐὰν δὲ ποιῆσιν, πρόστιμον καταβαλεῖν, οὐ μόνον ἀνατρέπειν ἐπιχειρῶν τὴν διάλυσιν ὑποπίπτει τῷ προστίμῳ, ἀλλὰ καὶ μὴ καταβάλλον, ἄπερ ἐπιγγεῖλατο λόγῳ διαλύσεως διδόναι, καὶ οὕτως ὑποπίπτει τῷ προστίμῳ τῆς διαλύσεως (traduzione Heimbach: «Theodori. Qui transactionem violat, in qua poenam promisit, poenam praestat et transactio rata manet, si quod attinet ad solutionem, tantum in mora sit. Legas const. 40. huius tit. et scias, in his, quae ex transactione stipulatione promissa sunt, incertam quoque stipulationem valere, ut lib. 8. tit. 37. const. 6. dicitur. Nota vero observationem adversus eos, qui transactionem violant, necessariam, eum, qui stipulanti promisit, nihil se contra stipulationem facturum, et si quid contra fecerit, poenam praestitutum, non solum, si rescindere transactionem tentaverit, poenam committere, verum etiam si, quae transactionis causa dare promisit, non praestet, et sic in poenam transactionis insertam incidere».

funzionale delle diverse modalità di possibile conclusione della *stipulatio* di chiusura, di cui si esaminano le conseguenze giuridiche a seconda della *conceptio verborum* adottata dalle parti e documentata dall'*instrumentum*.

In secondo luogo (e venendo più specificamente al contenuto del frammento), il maestro bizantino pare utilizzare il lemma '*demonstratio*' quale termine tecnico, in un'accezione, però, ben diversa rispetto a quella che ci potremmo aspettare. Non indica, infatti, un elemento processuale, ma è al contrario impiegato in riferimento ad una fattispecie di diritto sostanziale, ossia alla determinazione convenzionale dell'obbligazione *verbis*. In sostanza, Taleleo sostiene che se non fosse stata fatta la *stipulatio* si sarebbe potuto agire *praescriptis verbis* per l'*id quod interest* (non solo, infatti, sul punto non contraddice Patrizio, ma è quanto emerge anche dallo scolio a *Bas.* 11.1.68, in precedenza esaminato); risulta però preferibile riversare la *conventio* transattiva in una *stipulatio*, che può essere o generica (anche se relativa ad un dare incerto), oppure può individuare il contenuto della prestazione o tramite un'indicazione espressa ovvero mediante una *demonstratio* con cui delimitare l'oggetto della pretesa. Una simile predeterminazione avrebbe comportato la tutela mediante *condictio* anziché mediante *actio ex stipulatu*. E' allora possibile comprendere (ma ciò non significa necessariamente giustificare) la scelta lessicale di Taleleo.

Possiamo innanzitutto ipotizzare che l'impiego di '*demonstratio*' possa essere inteso in un'accezione sfumata, quale termine indicativo, in modo generico, una «esposizione», «descrizione», «indicazione».

A mio sommo avviso, però, ciò significherebbe svalutare eccessivamente la circostanza che Taleleo abbia fatto ricorso, anziché ad un termine greco, ad uno latino, che appare, nel contesto in cui è collocato, come una scelta ponderata. In sostanza, mi sembra che, se non avesse inteso esprimere un ben preciso concetto tecnico, non si giustificerebbe il ricorso ad un lemma che avrebbe potuto creare delle difficoltà di comprensione presso i destinatari dell'opera (che, si ricorda, era destinata all'insegnamento).

La *demonstratio* nel processo civile giustiniano ha perso senza dubbio la funzione determinativa della controversia tipica della struttura formulare del processo di età classica. Il termine non è ormai che una reminiscenza storica senza concreto riscontro procedurale. Possiamo però provare a forzare leggermente i termini della questione e proporre un parallelo tra la realtà dell'*agere per formulas* e la situazione prospettata da Taleleo. Sappiamo che nella fase *in iure* del processo formulare la *demonstratio* aveva la funzione di esplicitare il fondamento della pretesa dell'attore. Ci troviamo in un momento antecedente alla discussione dinnanzi al giudice e le parti, sotto la guida del magistrato, si accordano sui termini della formula che dovrà regolare la loro controversia.

Anche nella situazione descritta da Taleleo, nonostante le profonde differenze processuali ed il contesto in cui ciò si verifica (non più nel corso del procedimento, ma in un momento precedente), le parti raggiungono un accordo per determinare il tipo di modello procedimentale che dovrà regolare la controversia, in questo caso solo eventuale. Volendoci spingere ancora oltre, potremmo anche ritenere che il riferimento di Taleleo a *nomen* e *demonstratio* non vada inteso come allusivo all'oggetto della *stipulatio* di chiusura, ma alla *causa stipulationis*, ossia alla specificazione della convenzione transattiva in luogo di un generico riferimento al *τι προσυμπεφώνηται*. Mi sembra, infatti, che una *conceptio verborum* che richiamasse una transazione in cui emergesse dettagliatamente quanto dovuto ad una parte non solo avrebbe fatto emergere la causa del contratto, ma ne avrebbe anche implicitamente determinato l'oggetto. In tal caso l'analogia funzionale con il cd. «Quod-Satz» della *demonstratio* formulare sarebbe ancor maggiore.

Ciò che in ogni caso emerge dalla pronuncia di Taleleo è la funzione processuale della *stipulatio*, apposta a chiusura di convenzioni private per rendere esperibili le azioni tipiche del contratto verbale.

Il frammento, poi, si chiude con una notazione poco chiara relativa a *certum* ovvero *incertum* quale contenuto della *stipulatio*. Vi si afferma, richiamando il noto passo di Ulpiano in D. 45.1.75, che nel caso di oggetto in parte *certum* ed in parte *incertum* allora τὸ ἕγκερον ὡς ἕγκερον θεωρεῖται. A prima vista parrebbe una precisazione tautologica e, in quanto tale, banale. Per dare ad esso un significato soddisfacente possiamo provare, innanzitutto, a considerare la riflessione ulpiana sul tema richiamata dal giurista bizantino stesso. Ulpiano considerava in primo luogo l'ipotesi di obbligazioni alternative, sostenendo che, per quanto le diverse prestazioni fossero certe, l'obbligazione stessa doveva considerarsi certa o incerta a seconda del contraente cui spettasse la scelta della prestazione. Se nel formulare la domanda, il creditore la avesse riservata a sé, la *stipulatio* sarebbe stata certa, potendo egli agire in giudizio per ottenere una delle diverse *res certae* oggetto del contratto. Nel caso, invece, la scelta della prestazione da adempiere fosse spettata al debitore, il rapporto sarebbe stato *incertum*. In secondo luogo Ulpiano, portando l'esempio di una *stipulatio* relativa a capitale (certo) e interessi (incerti) di un mutuo, affermava di dover considerare che si fossero concluse tante *stipulationes* quanti fossero gli oggetti dedotti²³⁸.

²³⁸) D. 45.1.75.8-9: *'Qui illud aut illud stipulatur, veluti 'decem vel hominem Stichum', utrum certum an incertum deducat in obligationem, non immerito quaeritur: nam et res certae designantur et utra earum potius praestanda sit, in incerto est. Sed utcumque is, qui sibi electionem constituit adiectis his verbis 'utrum ego velim', potest videri certum stipulatus, cum ei liceat vel hominem tantum vel decem tantum inten-*

La stessa tematica è affrontata anche in altra sede, ove, nei *Basilici*, troviamo espresse le opinioni di diversi *antecessores*. In *Bas.* 23.1.9 è ripreso un passo di Ulpiano, assai problematico per la dottrina romanistica contemporanea²³⁹, relativo ai casi di fruibilità della *certi conductio* (D. 12.1.9.pr.)²⁴⁰. Il giurista classico affermava la possibilità di esperire la *conductio* in base a qualsiasi contratto, *certum* o *incertum* che fosse. Il testo non si sottomette docilmente ad una agevole interpretazione, circostanza che ha suscitato immancabili sospetti d'interpolazione, volti a dimostrare il carattere compilatorio di tutto quanto risulta difficilmente compatibile con la corrente ricostruzione del diritto privato romano di età classica²⁴¹. Si tratta di una problematica che si può fortunatamente considerare di scarso rilievo in questa sede: pura o «bastarda»²⁴² che ne sia l'origine, per chi intenda studiare la dogmatica del VI secolo risulta comunque una fonte da tenere in considerazione. Di recente Saccoccio ha condotto una serrata indagine sui possibili travisamenti che hanno portato a recepire in maniera forse troppo acritica l'orientamento interpolazionista²⁴³, per concludere che il *contractus incertus* in D. 12.1.9 non indicherebbe né il contratto con prestazione incerta, né il contratto atipico, bensì quello sottoposto a condizione ancora pendente²⁴⁴. La tesi è stata da ultimo confutata da Varvaro²⁴⁵, il quale ha convincentemente riproposto l'interpretazione secondo cui il contratto *certus* sarebbe non tanto quello puro (ossia non condizionato) quanto quello con og-

dere sibi dari oportere: qui vero sibi electionem non constituit, incertum stipulatur. Qui sortem stipulatur et usuras quascumque, certum et incertum stipulatus videtur et tot stipulationes sunt, quot res.

²³⁹⁾ Per una ricostruzione delle diatribe relative al passo cfr., da ultimo, gli studi di A. SACCOCCIO, *'Si certum petetur'*, Milano, 2002, p. 54 ss., e di M. VARVARO, *Per la storia del 'certum'. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008, p. 149 ss.

²⁴⁰⁾ D. 12.1.9.pr.: *'Certi conductio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio: ceterum si in diem sit vel sub conditione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere'*.

²⁴¹⁾ Cfr. la dettagliata bibliografia citata da SACCOCCIO, *'Si certum petetur'*, cit., p. 55 nt. 119. Al contrario, a p. 74 nt. 155, si trova l'indicazione degli autori che credono alla genuinità del passo.

²⁴²⁾ Così S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, in «AUPA.», III-IV, 1917, p. 634.

²⁴³⁾ SACCOCCIO, *'Si certum petetur'*, cit., p. 55-74.

²⁴⁴⁾ SACCOCCIO, *'Si certum petetur'*, cit., p. 76 s. La tesi era già stata sostenuta da A. D'ORS, *'Credutum' und 'Contractus'*, in «ZSS.», LXXIV, 1957, p. 90, per cui cfr. anche B. ALBANESE, *Per la storia del 'credutum'*, in «AUPA.», XXXII, 1971, p. 127 ss., e C.A. CANNATA, *'Credutum' e 'obligationes' (rec. a ALBANESE, Per la storia del 'credutum', cit.)*, in «La-beo», XX, 1974, p. 121.

²⁴⁵⁾ VARVARO, *Per la storia del 'certum'*, cit., p. 137 ss.

getto determinato nel *'quid quale quantumque'*²⁴⁶.

Mi sembra che, oltre a quanto già evidenziato da Varvaro, si possa forse avanzare un ulteriore dubbio sulle argomentazioni di Saccoccio. Egli sostiene, infatti, che la sua interpretazione sarebbe stata sostenuta già da Cirillo, in uno dei molti *scholia* che corredano *Bas.* 23.1.9 (il primo dell'edizione Scheltema):

Κυρίλλου. Ὁ κέρτος κονδικτικίος κινεῖται ἀπὸ πάσης αἰτίας καὶ ἐνοχῆς, δι' ἧς κέρτον ἀπαιτοῦμεν, κἂν ἴγκετον ἦν τὸ συνάλλαγμα, μόνον εἰ ποῦρον εἴη· περὶ γὰρ τῶν ἰνδῆμ ἢ ὑπὸ αἴρεσιν οὐ δύναται τις ἐνάγειν. Ἀπὸ ληγάτου, Ἀκουιλίου καὶ φούρτου κονδικτικίος κινεῖται, καὶ περὶ φειδικομίσσου καὶ ἀλλιεννόμινε καὶ <ἐκ> τῆς ῥῆ καὶ ἐκ τῆς βέρβις²⁴⁷.

Non ritengo di poter condividere le parole di Saccoccio, quando scrive che secondo Cirillo «per contratto incerto Ulpiano intendeva un contratto condizionato, e per contratto certo invece quello puro»²⁴⁸.

Cirillo, al contrario, distingue nettamente «certezza» e «purezza» (ossia non sottoposizione ad elementi accidentali) del contratto, sottolineando come la prima caratteristica, a differenza della seconda, non fosse essenziale per l'esperibilità dell'azione. Infatti, se l'efficacia del contratto fosse risultata sospesa da una condizione o un termine, molto più radicalmente non sarebbe stato possibile esperire alcuna azione.

Il maestro bizantino sottolineava espressamente come si potesse in ogni caso chiedere in giudizio un *certum* nonostante il contratto fosse *incertum*. Se l'interpretazione di Saccoccio fosse corretta, e dovessimo pertanto ritenere *incertum* il contratto (temporaneamente) inefficace per l'apposizione di un elemento accidentale, Cirillo avrebbe paradossalmente affermato la possibilità di agire per un *certum* in base ad un contratto sotto condizione sospensiva o a termine iniziale, salvo affermare subito dopo che condizione e termine rendono impossibile esperire qualsivoglia azione, e non solo la *condictio*.

Dobbiamo allora ritenere che la sua precisazione avesse un significato opposto a quello intravisto da Saccoccio, tendente proprio a chiarire la differenza tra *contractus certus* e *purus*.

²⁴⁶) D. 45.1.74: *'Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum'*.

²⁴⁷) Traduzione Heimbach: «Cyrilli. Certi condictio intenditur ex omni causa et obligatione, per quam certum petimus, quamvis incertus sit contractus, dummodo purus sit. De his enim, quae in diem sunt vel sub conditione, non potest quis agere. Ex legato, ex lege Aquilia, et ex furto condictio intenditur, et de fideicommisso, et alieno nomine, et sive re contracta sit obligatio, sive verbis».

²⁴⁸) SACCOCCIO, *'Si certum petetur'*, cit., p. 77. (cfr. anche nt. 160).

Che cosa, poi, Cirillo effettivamente intendesse per contratto incerto non è esplicitato apertamente dal testo, ma proprio la contrapposizione tra *petitum certum* e *contractus incertus* lascia trasparire quale teoria dovesse essere sottesa al ragionamento proposto.

Nella stessa sede, infatti, troviamo espresse, direttamente o indirettamente, le opinioni di altri maestri bizantini che dovettero trovare la questione di particolare interesse. Disponiamo, innanzitutto, di un passo dell'Anonimo²⁴⁹ che ripropone la teoria ulpiana espressa in D. 45.1.75 (passo del resto noto anche a Taleo, come visto poco sopra) a proposito della scelta della prestazione da adempiere nelle obbligazioni alternative²⁵⁰.

Altri due scolii a *Bas.* 23.1.9, poi, riportano passi di Stefano ed in uno di essi l'*antecessor* espone la teoria sostenuta da Teofilo, che controbatte vivacemente (scolio 9):

Στεφάνου. Ὡς ἔνθα τις ἐπερώτησεν ὁμολογεῖς διδόναι μοι τὰ ἐν κιβωτῶ; Δυνατὸν δὲ ἔστιν εἰπεῖν, ὅτι καὶ ἐπὶ τῶν ἱμφακιένδο ἐπερωτήσεων δύναται τις τὴν τοῦ διαφέροντος ποσότητα καθ' ἑαυτὸν διατιμησάμενος κέρτως κινεῖν. Βλέπε γάρ, πῶς ἀδιαστίκτως ὁ νομικὸς εὐθύς ἐπιφέρει λέγων ἀπὸ παντὸς συναλλάγματος ἕξεισιν ἡμῖν κέρτως κινεῖν. Θεόφιλος μέντοι ὁ μακαρίτης φησὶν μῆτε ἀντὶ τῆς ἐμφακιένδο ἐπερωτήσεως μῆτε ἀντὶ τῆς ἐξέ<μ>πτο, ἦν ὁ ἀγοραστῆς δύναται κινεῖν, κινεῖσθαι τὸν κονδικτικίον, καθὼ ἡ μὲν ἱμφακιένδο ἐπερώτησις κατὰ φύσιν ἰγκέρτα ἐστὶ. Τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν κατὰ φύσιν ἰγκέρτα εἶναι φησι, ὡς τὰς ἱμφακιένδο ἐπερωτήσεις· τὰ δὲ διὰ τὴν τῶν συναλλασσόντων ἄγνοιαν, ὡς ἔνθα τις ἐπερωτᾷ τὰ

²⁴⁹) A proposito della figura dell'Anonimo e della sua opera, cfr. SCHELTEMA, *Das Kommentarverbot Justinians*, cit., p. 308-315, N. VAN DER WAL, *Die Juristennamen in der Digestensumma des Anonymos*, in «I.», XLVI, 1978, p. 147-149, e VAN DER WAL, LOKIN, *Delineatio*, cit., p. 47 ss.

²⁵⁰) Scolio 10 (dell'edizione Scheltema): Τοῦ Ἀνωνύμου. Ἰγκέρτά εἰσι τὰ ὑπὸ ἀλτε<ρ>νατίονος· τοῦ γὰρ ρέου τὴν ἐπιλογὴν ἔχοντος οὐ δύναται ὁ ἄκτωρ κέρτον τι ἀπαιτῆσαι καὶ τὰ ἱμφακιένδο· εἰς γὰρ τὸ διαφέρειν ἔχουσι τὴν καταδικην. Τὸ δὲ ἰγκέρτον ἢ ἐκ τῆς φύσεως τοῦ συναλλάγματος ἀδηλὸν ἐστίν, ὡς τὰ εἰρημένα θέματα, ἢ ἐξ ἄγνοιας τῶν συναλλασσόντων. ὡς ὅταν ἐπερωτῶ τὰ ἐν τῇ κιβωτῶ ἄγνοῶν τὸ ποσὸν αὐτῶν. Ἀνάγνοθι περὶ κέρτου καὶ ἰγκέρτου βιβ. με'. τι. α'. διγ. οδ'. οε'. Δυνατὸν ἰγκέρτον λέγειν καὶ τὸ ἀπαιτούμενον παρὰ τοῦ νεγοτιογέστορος [ἢ τῶν διοικησάντων τὴν κτήσιν μου]; ἄγνοῶν γὰρ τὸ ἐποφειλόμενον ἀπαιτῶ λογισμὸν. Τὸ αὐτὸ καὶ ἐπὶ προκουράτωρος. Ne riporto la traduzione di Heimbach, da me parzialmente modificata nelle parti indicate per conformarla all'edizione greca di Scheltema: «Innominati. Incerta sunt, quae sub alternatione debentur: nam cum reus electionem habeat, non potest actor certum quid petere: et quae in faciendo consistunt: in id enim, quod interest, condemnationem habent. Incertum autem vel ex natura contractus incertum est, ut casu memorato, vel ex ignorantia contrahentium, veluti cum stipulor, quae in arca sunt, ignorans quantitatem eorum. Lege de certo et incerto lib. 45. tit. 1. dig. 74. 75. [...] Incertum quoque dici potest, quod petitur a negotiorum gestore seu ab eo, [qui negotia mea gessit]. Ignorans enim, quid debeatur, rationem peto. Idem et in procuratore».

ἐν τῷ κιβωτῷ· καὶ ἐπὶ μὲν τῶν κατὰ φύσιν ἰγκέρτον οὐ φησι κινεῖσθαι τὸν κονδικτικόν, ἐπὶ δὲ ὅσα μὴ κατὰ φύσιν, ἀλλὰ διὰ τὴν ἀγνοίαν τῶν συναλλαττότων ἐστὶν ἰγκέρτα, κινεῖσθαι φησι τὸν κονδικτικόν, ἐπειδὴ ὁ ἀγοραστὴς <οὐ> καλῶς λέγει 'σπάρει δάρει'. Οὐτε γὰρ ἀνάγκη τὸν πρᾶτην δεσπότην ποιεῖν τὸν ἀγοραστὴν, ἀλλὰ μόνον αὐτῷ παραδιδόναι ἀναγκάζεται τὸ πεπραμένον καὶ ἐπερωτᾶσθαι τὴν περὶ ἐκνικήσεως δούπλαν. Ταῦτα μὲν οὖν, ὡς εἶπον, Θεόφιλος ὁ μακαρίτης. Δὴλον δέ, ὅτι ὁ φάκτον ἐπερωτήσας οὐ δύναται διὰ τοῦ κονδικτικίου αὐτὸ ἰδικῶς τὸ φάκτον ἀπαιτεῖν. Οὐτε γὰρ ὁ ἀγοραστὴς αὐτὸ τὸ πρᾶγμα ἦτοι τὸ διαφέρειν διὰ τοῦ κονδικτικίου τὸν πρᾶτην ἀπαιτεῖ. Ἐκάτερον μέντοι αὐτῶν διατιμησάμενος φησὶν ὁ Οὐλπιανὸς ἀπὸ παντὸς συναλλάγματος κέρτου τε καὶ ἰγκέρτου δύνασθαι ἡμᾶς τὸν κονδικτικόν κέρτως κινεῖν. Ἐτέρω δὲ λόγῳ τὸν τῆς πλουσπετιτίου κίνδυνον εἰσαγγέλλειν ὅ τε τὸ φάκτον ἐπερωτήσας καὶ ὁ ἀγοραστὴς²⁵¹.

Secondo l'autore della *Parafrasi*, ricordato ai tempi di Stefano ormai come ὁ μακαρίτης, la *condictio* non sarebbe stata esperibile né in base ad una *stipulatio in faciendo* né in base ad una compravendita²⁵², in quanto in tali casi il contratto sarebbe stato oggettivamente incerto. L'enunciato ulpiano sul *contractus incertus* sarebbe stato allora da riferire, secondo Teofilo, a quei contratti in cui l'incertezza sarebbe solo soggettiva, come, ad esempio, in una *stipulatio di dare quae in arca sunt*, poiché in tali casi l'ignoranza delle parti (costituendo,

²⁵¹) Traduzione Heimbach: «Stephani. Ut cum quis ita stipulatus est: Promittis, te mihi dare, quae in arca sunt? Dici etiam potest, in stipulationibus, quae in faciendo consistunt, posse quem aestimatione per se facta eius, quod interest, certum condicere. Observa enim, quomodo lex indistincte dicat, 'ex omni contractu licet nobis certum condicere'. Theophilus tamen beatae memoriae ait, nec pro stipulatione, quae in faciendo consistit, nec pro actione ex emto, qua emtor uti potest, conditionem intendi posse, quatenus stipulatio, quae in faciendo consistit, incerta est. Contractuum enim quosdam secundum naturam incertos esse ait, ut stipulationes in faciendo: quosdam propter contrahentium ignorantiam, ut cum quis stipulatur, quae in arca sunt. Et in his quidem, qui secundum naturam incerti sunt, ait cessare conditionem: in his autem, qui non secundum naturam, sed propter contrahentium ignorantiam incerti sunt, ait conditionem intendi. In actione autem ex emto emtor non recte dicit, 'si paret dare'. Neque enim venditor necesse habet emtorem dominum facere, sed tantum rem venditam tradere compellitur, et evictionis nomine duplam promittere. Haec, ut dixi, Theophilus beatae memoriae. Manifestum autem est, eum, qui factum stipulatus est, non posse specialiter factum ipsum per conditionem petere. Neque enim emtor rem ipsam, vel quod eius interest rem habere, per conditionem a venditore petit. Si tamen utrumque aestimaverit, recte certi conditionem intendit. Generaliter enim et indistincte Ulpianus ait, ex omni contractu certo et incerto posse nos certi conditione agere. Ceterum in plus petitionis periculum incidit tam qui factum stipulatur, quam emtor».

²⁵²) In realtà il testo greco non parla di compravendita, ma dell'*actio ex empto* che compete all'acquirente. La circostanza potrebbe meritare uno specifico approfondimento, qualora si volesse attribuire alla scelta lessicale una specifica valenza e non la si considerasse una semplice imprecisione.

appunto, una incertezza solo soggettiva) non avrebbe fatto venir meno il carattere oggettivo di *certum* del dovuto²⁵³.

Nella compravendita, inoltre, secondo Teofilo si sarebbe posto anche un diverso ostacolo all'esperimento della *condictio*, consistente nella circostanza che tramite tale azione, incentrata sul '*si paret dare (oportere)*', la pretesa vantata sarebbe consistita nel trasferimento della proprietà all'attore ('*dare*'). Dal momento che il venditore non poteva considerarsi obbligato ad un simile trasferimento, l'azione non avrebbe fornito la corretta tutela del caso.

Stefano però ribatte a tale opinione, riconoscendo che una *stipulatio* di *facere* non avrebbe potuto fondare una *condictio* per il *factum* stesso. Allo stesso modo, l'acquirente non avrebbe potuto esperire tale azione per ottenere la merce o l'*id quid interest emptoris*. Sostiene però la possibilità di procedere alla stima dell'una o dell'altro e di agire in giudizio con la *condictio certi* per ottenere il valore così determinato (salvo il rischio di *pluris petitio*). La stessa operazione sarà realizzabile anche per la *stipulatio in faciendo*. Anche in tal caso il creditore potrà procedere alla *aestimatio* del proprio *id quod interest* ed agire per esso tramite *condictio*.

Scartata l'ipotesi di Saccoccio, mi pare che quella percorsa da Stefano sia la stessa via tracciata, in termini meno espliciti, anche da Cirillo allorché differenzia la richiesta del *certum* dalla circostanza che la *causa obligationis* sia un contratto certo o incerto.

Il secondo passo di Stefano rilevante ai fini che qui interessano e riportato *in scholio* a *Bas.* 23.1.9 (numero 2 dell'edizione Scheltema) contiene una specificazione del pensiero dell'*antecessor* a proposito della *condictio*²⁵⁴. Vi si

²⁵³) La stessa opinione si trova poi ripresa anche nello scolio dell'Anonimo riportato *supra*, nt. 52.

²⁵⁴) Scolio 2 a *Bas.* 23.1.9 dell'edizione Scheltema: Στεφάνου. Τέως ἴσθι, ὅτι ὁ παρὼν κονδικτικίος ἐπὶ ἀργύρων καὶ μόνων κινεῖται, οὐ μὴν ἐπὶ καρπῶν καὶ τῶν ἄλλων πραγμάτων. Ἐπὶ γὰρ τῶν τοιούτων, ὡς εἶπον, ὅσα ἐστὶ παρὰ τὰ ἀργύρια, ὁ τρι<τι>κάριος κινεῖται, ὡς ἐν τῷ ἐξῆς βιβ. τιτ. γ'. διγ. α'. φησίν. Εἴρηται δὲ τὸ ἔξομνι καῦσα ἦτοι τὸ ἔκ πάσης αἰτίας' οὐ πρὸς τῆς ἰνρέμ· οὐδέποτε γὰρ ἀντὶ τῆς ἰνρέμ ὁ παρὼν κινεῖται κονδικτικίος κατὰ φύσιν ἦτοι κατὰ τὴν προσοῦσαν αὐτῇ ιδιότητα. Ἡ μὲν ἰνρέμ παρὰ τοῦ δεσπότου κινεῖται, τὰ δὲ ῥήματα τοῦ κονδικτικίου ἔχει 'σιπάρετ δάρετ ὀπόρτερε'. Δῆλον δὲ, ὅτι τὸ δάρετ' ἐστὶ τὸ δεσπότην ποιῆσαι, καὶ οὐχ οἷόν τε ἐστὶ τὸν κινουῦντα τὴν ἰνρέμ ἀπαξ δεσπότην ὄντα τοῦ πράγματος λέγειν τὸ δάρετ'. Πῶς γὰρ οἷόν τε ἐστὶν ἐπὶ πλέον αὐτὸν γενέσθαι δεσπότην; Τὸ οὖν ἔκ πάσης αἰτίας' εἴρηται οὐ πρὸς τὰς ἰνρέμ, ἀλλὰ πρὸς πᾶσαν αἰτίαν, εἴτε κοντραένδι εἴτε δονανδιανίμο κατέστη τις ἔνοχος. Ὡστε οὐ μόνον ἀπὸ τῶν τεσσάρων ἔνοχων τῆς ῥέ, τῆς βέρβις, τῆς λιτέρις καὶ τῆς κονσέσου κινεῖται ὁ παρὼν κονδικτικίος, ἀλλὰ ἐκ τῶν ἰσαρίθμον ταύταις ἔνοχων, τουτέστιν ἀπὸ κλοπιῆς, ἀπὸ ζημίας, ἀπὸ ἀρπαγῆς καὶ ἀπὸ ὕβρεως. Εἶπον γὰρ σοὶ καὶ προθραῶν, ὅτι τὰς τέσσαρας ταύτας ἔνοχας ἡ νόμος ἡ πρᾶετωρ ἡ ἀνάγκη, νόμφ καὶ αὐτῇ γνωρίζομένη, ἡ ἀμαρτήματα τίκτει [[ἐνοχὰς]]. Οὕτω γὰρ κανονίζων ὁ Μοδεστίνος φησιν ἐν τῷ μδ'. τῶν Διγ. βιβ. ὑπὸ τὸν ὄβ λέγον τιονίβους τιτ. Τοσοῦτον δὲ ἀπὸ ἔνοχῆς ἐξ ἀμαρτήματος τικτοήνης κινεῖται ὁ παρὼν κον-

introduce una distinzione di fondo tra la *condictio certi* e la *condictio triticaria*: la prima esperibile per somme determinate di *pecunia*; la seconda per *certae res* diverse dal denaro²⁵⁵.

δικτικίος, ὅτι καὶ κλοπῆς γενομένης χώρα γίνεται τῷ φουρτίβῳ κονδικτικίῳ δυνατὸν δέ ἐστι καὶ τὸν παρόντα κονδικτικίον ὡς γενικὸν ὄντα καὶ ἐν ἑαυτῷ καὶ τὸν φούρτιβον περιφέροντα κονδικτικίον κινεῖσθαι καὶ κατ' ἐκείνου, τοσοῦτον ὅτι καὶ αὐτὸς ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ παρόντι διγ. φησὶν ἄλλὰ καὶ ἐξ αἰτίας κλοπῆς διαπραχθείσης διὰ τοῦ παρόντος κονδικτικίου ἐνάγομεν· δηλὸν δὲ ὅτι ἐν ᾧ κέρτης ποσότης ἀργυρίων ἐκλάπη· φθάσας γὰρ εἶπον, ὅτι ἐπὶ κέρτης οὔσης ποσότητος ἀργυρίων χώρα κατὰ φύσιν τῷ παρόντι γίνεται κονδικτικίῳ. Δυνατὸν δὲ καὶ τὸν λεγόμενον τρι<τι>κάριον, ὃς ἰσοδυναμεῖ τῷ παρόντι κονδικτικίῳ, πλὴν ὅτι ὁ μὲν παρῶν κονδικτικίος ἐπὶ ἀργυρίοις κινεῖται, ὁ δὲ τρι<τι>κάριος ἐπὶ πᾶσι τοῖς ἄλλοις πράγμασιν, ὡς μανθάνεις ἐν τῷ ἐξῆς βιβ. τιτ. γ' (traduzione Heimbach: «Atqui sciendum est, per certi conditionem pecuniam tantum numeratam peti, nec vero fructus et alias res. Haec enim, ut dixi, quae sunt extra pecuniam numeratam, per conditionem triticariam petuntur, ut libro sequenti, tit. 3. dig. 1. Ulpianus ait. Ait autem, 'ex omni causa', non quantum ad actionem in rem attinet. Numquam enim pro actione in rem haec condictio intenditur secundum naturam seu proprietatem, quae ei inest. Actio in rem a domino intenditur. Verba autem conditionis haec sunt: 'si paret dare oportere'. Certum autem est, 'dare' esse dominum facere. Nec qui agit in rem, verbo dandi uti potest, cum iam dominus rei sit. Quomodo enim fieri potest, ut qui iam dominus est, amplius dominus efficiatur? Quod igitur ait, 'ex omni causa', non pertinet ad actiones in rem, sed ad omnem causam, sive contrahendi, sive donandi animo quis obligatus sit. Itaque non solum ex quadriga obligationum, re, verbis, literis, et consensu, certi condictio competit, sed ex quadriga etiam delictorum, id est, ex furto, ex damno, ex rapina et iniuria. Licet enim damnum certum non sit, tamen qui passus est, ea aestimat. Dixi enim tibi vice praeviae inspectionis, quatuor has obligationes nasci aut ex lege, aut ex iure Praetorio, aut ex necessitate, legibus cognita, aut ex peccato. Sic enim regulariter definit Modestinus lib. 44. Digestorum tit. 'de obligationibus' dig. 52. In tantum autem ex obligatione, quae ex delicto nascitur, intenditur praesens condictio, ut et si furtum factum sit, locus sit conditioni furtivae: possit autem adversus furem etiam certi condictio moveri, tanquam generalis, et conditionem furtivam circumferens: adeo ut ipse Ulpianus hoc digesto dicat: 'sed et ex causa furtiva per hanc actionem condictur': quatenus scilicet certa pecuniae quantitas furto subtracta est: iam enim dixi, cum certa est pecuniae numeratae quantitas, locum fieri certi conditioni. Potest et peti per conditionem triticariam, cuius eadem est vis et potestas, quae certi conditionis, praeterquam quod certi conditione pecunia numerata petitur, per conditionem autem triticariam aliae res omnes, ut discis libro sequenti, tit. 3».

²⁵⁵) Sembrerebbe quasi polemizzare con questo passo di Stefano lo scoliaste Garida allorché, proponendo una diversa interpretazione della versione del brano ulpiano riportata nei *Basilici*, esemplificava il concetto di *petitio certi et incerti* riferendosi ad un fondo ed ai relativi frutti, incerti fino al momento della separazione (e, a detta di Garida, della consumazione) e quindi certi (scolio 8 dell'edizione Scheltema): Τοῦ Γαριδᾶ. Πῶς κέρτος ὦν ἀπαιτεῖ καὶ ἀδηλον; Φησὶ γάρ· ὄηλου τε καὶ ἀδηλου συναλλάγματος'. Λύσις. Θεμάτισον ἀγρὸν χρεωστούμενον καὶ καρπούς· ὁ μὲν γὰρ ἀγρὸς δῆλός ἐστιν, οἱ δὲ καρποὶ ἀδηλοὶ. Ἄλλ' ὅταν κοπῶσι καὶ φανῶσι, δῆλοι γίνονται καὶ ἀπαιτοῦνται διὰ τούτου τοῦ κονδικτικίου (traduzione Heimbach: «Garida. Quomodo cum certi condictio sit, petit et incertum? Ait enim, 'sive ex certo, sive ex incerto contractu'. Solutio. Finge deberi fundum et fructus: fundus enim certus quidem est, fructus autem incerti. Sed cum separati sunt et consumti, certi fiunt, et

La dogmatica di età giustiniana delle diverse *species conditionum*, per quanto interessante (dal momento che risulta un ambito ancora molto poco studiato)²⁵⁶, porterebbe ben al di là degli scopi del presente lavoro. La nostra attenzione verrà pertanto circoscritta, in questa sede, alle informazioni che possiamo trarre dal frammento di Stefano a proposito della *condictio certi*, considerata come *generalis*. Con essa, sostiene l'*antecessor*, è possibile chiedere tutela per ogni rapporto obbligatorio, sia esso sorto *ex contractu* ovvero *ex delicto* (ma non può essere esperita in luogo delle azioni *in rem*). Anche nel caso dell'illecito, infatti, sarà possibile fare ricorso al procedimento sopra analizzato, consistente nella *aestimatio* effettuata direttamente dal creditore che poi agirà per la risultanza della stima. Appare particolarmente significativa la delimitazione dell'azione offerta da Stefano: considerando l'esempio del furto, il brano di Ulpiano, laddove riporta la possibilità di agire con *condictio* anche per il *furtum*, viene inteso nel senso che oltre alla *condictio ex causa furtiva* sarà esperibile anche questo secondo tipo di *condictio*, in quanto generale e ricomprensiva della stessa *condictio furtiva* (ὡς γενικὸν ὄντα καὶ ἐν ἑαυτῷ καὶ τὸν φούρτιβον περιφέροντα κονδικτικίον).

Volendo, allora, brevemente ricapitolare quanto appreso da Stefano, notiamo come per l'*antecessor* la *condictio certi* fosse un'azione generale, esperibile tendenzialmente solo per obbligazioni relative a *certa pecunia*, ma di fatto estensibile anche a pretese di altre cose (determinate o, addirittura, indeterminate), purché l'attore effettuasse, prima di agire, una stima del proprio credito e chiedesse in giudizio il controvalore pecuniario di esso. L'unico caso di effettiva inaccessibilità della *condictio* sarebbe pertanto in funzione sostitutiva di azioni *in rem*. La *condictio*, infatti, andava considerata un'*actio generalis* volta a

petuntur per certi conditionem»).

²⁵⁶) Interessante sul punto M.A. GIFFARD, *La 'condictio certi' et le 'id quod interest'* (D. 12,1,9), in «Conférences faites à l'Institut de Droit Romain en 1947», Paris, 1950, p. 55-68. Da ultimo cfr. SACCOCCIO, *'Si certum petetur'*, cit., p. 549 ss., con relative indicazioni bibliografiche. Per un particolare aspetto della questione, ossia per la concezione in materia dell'*antecessor* Stefano, si veda DE JONG, *Stephanus en zijn Digestenonderwijs*, cit., p. 177-275, e EAD., *Stephanus on the condictio de bene deponis (ὁ ἀπο καλοῦ δαπανήματος κονδικτικίος)*, in «I.», LXXVIII, 2010, p. 15-35. Anche nel trattato *De Actionibus* sembra emergere una partizione classificatoria dei diversi tipi di *condictiones*. Risulta particolarmente interessante la circostanza che i §§ 7-8 siano dedicati ad *actio ex stipulatu* e a *condictio mutui*, mentre i §§ 18-20 trattano delle diverse figure di *condictiones*. La sommarietà e la scarsa organicità dell'opera, però, mi sembra non consentano deduzioni particolarmente affidabili per i fini che qui interessano. Per il trattato *De Actionibus* cfr., in primo luogo, l'edizione critica commentata di F. SITZIA, *De Actionibus. Edizione e commento*, Milano, 1973, e le recensioni all'edizione stessa di D. SIMON, in «Jura», XXIV, 1973, p. 339 ss., di M. LEMOSSE, in «Labeo», XX, 1974, p. 389 ss., e di N. VAN DER WAL, in «I.», XLIII, 1975, p. 323 s.

far perseguire all'attore la proprietà di quanto chiesto in giudizio. Da tale suo carattere sarebbe derivata l'impossibilità di esperirla da parte di chi si affermasse già proprietario o titolare di altro diritto reale²⁵⁷.

Mi sembra un procedimento che presenta notevoli affinità con quanto osservato in precedenza²⁵⁸, a proposito dell'impiego della *stipulatio* per riversare in *causam mutui* obbligazioni sorte da diverse fonti. In quel caso si trattava di una predeterminazione convenzionale, effettuata mediante *stipulatio*, del valore effettivo del credito; ora, invece, in mancanza di una *stipulatio*, è il creditore stesso che opera la stima, dovendo però fare attenzione a non incorrere in *pluris petitio*.

L'*antecessor* Stefano sembrerebbe spingersi ancora oltre trattando dell'esperibilità della *condictio* per la restituzione del bene dato in pegno (scolio 9 dell'edizione Scheltema a *Bas.* 23.1.4):

Στεφάνου. Τινὲς μὲν εἰπεῖν ἐπεχείρησαν, ὅτι τὸν κονδικτικίον ἐνταῦθα κινεῖ ὁ ὑποθέμενος [[καί]] οὐκ ἐπ' αὐτῷ τῷ ἐνεχυρασθέντι πράγματι, ἀλλ' ἐπὶ τῇ διατιμήσει αὐτοῦ. Πῶς γὰρ οἷόν τέ ἐστι, φασί, δεσπότην ὄντα τοῦ ἐνεχύρου κινῆσαι τὸν κονδικτικίον καὶ εἰπεῖν, 'σίπαρτε δαρεοπόρτερε'; 'Δάρε' γάρ ἐστι τὸ δεσπότην ποιῆσαι. Ταῦτα μὲν οὖν ὡς εἶπον, τινὲς. Ἐναντιοῦται δὲ τοῖς ταῦτα λέγουσι τὸ ῥήτῳ οὔτε γὰρ εἶπε κονδικτικαεδεσθαι τὴν διατίμησιν, ἀλλ' αὐτὸ τὸ πρᾶγμα. Τί οὖν; Καὶ ἐπὶ τοῦ παρόντος θέματος καὶ ἐπὶ τῶν ἐπομένων δύο θεμάτων, τουτέστι τῶν τε καρπῶν καὶ τῶν ὑπὸ τοῦ ποταμοῦ μετενεχθέντων, κινεῖται ὁ παρὼν κονδικτικίος, οὐ κατὰ τὴν οἰκείαν μέντοι ιδιότητα (φύσις γὰρ αὐτῷ δεσποτείαν ἀνακαλεῖσθαι), ἀλλὰ κατὰ τὴν γενικὴν αὐτοῦ σημασίαν· γενικός γάρ ὢν ὁ παρὼν κονδικτικίος καὶ περιέχει τὸν ἰνδέβιτον καὶ τοὺς ὑπὸ τὸν ἰνδέβιτον ἀναγομένους, ἤτοι τὸν καῦσα δάτα καυσανὸν σεκοῦτα καὶ τὸν ὄβ τούρπεμ βέλ ἰνιοῦσα καῦσα, καὶ πρὸς τούτοις καὶ τὸν γενικώτερον τοῦ ἰνδέβιτου, λέγω δὴ τὸν σῖνε καῦσα κονδικτικίον καὶ τὸν φούρτιβον, ἐνθα μὲν κινεῖται κατὰ τὴν αὐτοῦ φύσιν καὶ ιδιότητα καὶ κυρίως ἀπὸ κέρτης ἐπερωτήσεως· μηδενὸς γὰρ ἐτέρου τικτομένου ἐξ αὐτῆς τῆς κέρτης ἐπερωτήσεως αὐτόθι ὁ κέρτος γενικός τίκεται κονδικτικίος, ὡς οὐ Οὐλλπιανὸς ἐν τῷ κδ'. διγ. τοῦ παρόντος τιτ. φησίν. Ἐπὶ μὲν γὰρ τῶν ἄλλων συναλλαγμάτων καὶ αἰτιῶν ἄλλη τις προτίκεται προτέρα ἀγωγή, οἷον ἐξέμπτο, λοκάτι, δανειακὸς κονδικτικίος, δεποσίτι, κομμοδάτι, καὶ † ὅταν ἀπ' αὐτῶν ὁ κέρτος γενικός κονδικτικίος ἀναδύομενος τὴν ἤδη λεχθεῖσαν ἀγωγήν ὡς γένος κινούμενος † ἀπὸ κέρτης ἐπερωτήσεως οὐδὲν ἕτερον τίκεται ἢ μόνος ὁ κέρτος γενικός κονδικτικίος, καὶ εἰκότως ἀπὸ κέρτης ἐπερωτήσεως κατὰ φύσιν καὶ ιδιότητα κινεῖται. Ἐνθα οὖν κατὰ τὴν ἴδιαν φύσιν καὶ ιδιότητα κινεῖται καὶ οὐχ ὑποδύεται τὸν καῦσα δάτα κονδικτικίον καὶ τὸν φούρτιβον, φυλάττει πάντως τοὺς ἰδίους ὄρους, καὶ δεσποτείαν ἀπαιτεῖ κεκρημένος τῇ ἀκριβείᾳ τοῦ 'σίπαρτε δάρεο πόρτερε' ὅπερ ἔστιν ἰδεῖν ἐπὶ κέρτης

²⁵⁷) Lo stesso concetto è espresso da Stefano anche altrove. Cfr., ad esempio, negli *scholia* 2 e 5 a *Bas.* 23.1.1 e nello *sch.* 12 a *Bas.* 23.1.12.

²⁵⁸) Cfr. *supra*, § 2.2.

ἐπερωτήσεως. Ἐπὶ ταύτῃ γὰρ κατὰ τὴν οἰκείαν ιδιότητα κινούμενος ὁ παρὼν κονδικτικὸς ἀκαινοτόμητον καὶ ἀπαράβατον τὴν οἰκείαν φυλάττει φύσιν καὶ δεσποτεῖαν ἀπαιτεῖ. Ἐνθα <δὲ> μὴ κατὰ τὴν οἰκείαν ιδιότητα, ἀλλ' ὡς γένους κινεῖται, τότε τὴν φύσιν ἀναδύεται τοῦ κονδικτικίου, ὑπὲρ οὗ καὶ κινεῖται [...].²⁵⁹

Venendo a commentare D. 12.1.4.1, Stefano si ritrova a dover spiegare una situazione in cui Ulpiano riconosceva concisamente che *'res pignori data pecunia soluta condici potest'*. Si tratterebbe di uno dei pochi casi non ricompresi dalla teoria generale proposta dall'*antecessor*, che si trova pertanto a dover conciliare l'autorevole opinione di Ulpiano con quanto da sé affermato a proposito della *condictio*. La circostanza che con la consegna del bene a titolo di pegno non si trasferisca la proprietà dello stesso dovrebbe portare a negare la possibilità di esperire, per la restituzione della *res pignori data*, un'azione incentrata sul *'dare oportere'*²⁶⁰.

Una prima soluzione poteva scorgersi nel considerare la *condictio* esperi-

²⁵⁹) Traduzione Heimbach: «Stephani. Quidam tentarunt dicere, eum, qui pignori dedit, hoc loco conditione experiri non propter rem pignori datam, sed propter eius aestimationem. Quomodo enim, inquit, condicet, qui pignoris dominus est, ac dicet, si paret dare oportere? Dare enim est, dominum facere. Haec igitur, ut dixi, quidam aiebant. His autem, qui haec dicunt, textus adversatur. Neque enim dixit, aestimationem condici, sed ipsam rem. Quid ergo? Etiam in hoc casu et duobus sequentibus, id est, in fructibus et his, quae vi fluminis translata sunt, haec condictio instituitur. Non tamen secundum proprietatem suam et naturam: dicitur enim ea dominium revocari: sed secundum generalem eius significationem: cum enim praesens condictio generalis sit, et complectatur conditionem indebiti, et quae ad eam referuntur, id est, conditionem causa data, causa non secuta, conditionem ob turpem vel iniustam causam, et praeterea generalem indebiti, conditionem scilicet sine causa, et furtivam, quando intenditur secundum naturam eius et proprietatem, et proprie conditionem ex stipulatione certa: nam cum nulla alia ex ipsa stipulatione certa oriatur, statim certi condictio generalis nascitur, ut ait Ulpianus dig. 24. huius tituli. Nam ex aliis quidem contractibus et causis alia quaedam nascitur actio prior, utputa ex emto, locato, condictio ex mutuo, actio commodati, depositi: et nihilominus ex iisdem certi condictio generalis respuens actionem iam dictam, velut genus intenditur: ex certa autem stipulatione nulla actio nascitur, praeter solam generalem certi conditionem. Et merito ex certa stipulatione secundum naturam et proprietatem suam intenditur. Ubi igitur secundum naturam suam et proprietatem intenditur, et non assumit conditionem causa data, vel conditionem furtivam servat omnino fines suos, et dominium petit, et utitur subtilitate formulae, 'si paret dare oportere'. Quod cognosci potest in stipulatione certa. In ea enim, si certi condictio secundum proprietatem suam moveatur, illibatam et perpetuam naturam suam servat, et per eam dominium petitur. Ubi vero non secundum proprietatem suam, sed tanquam genus instituitur, tunc naturam exiit conditionis, et induit naturam conditionis, pro qua et intenditur [...]».

²⁶⁰) Per la tesi che il testo ulpiano originario trattasse di *fiducia* anziché di pegno si vedano H. KRELLER, *'Formula fiduciae' und Pfanddikt*, in «ZSS.», LXII, 1942, p. 195 e, F.B.J. WUBBE, *'Res aliena pignori data'*, Leiden, 1960, p. 167 (con indicazione della bibliografia più risalente).

bile non per la restituzione della cosa, quanto per la sua *aestimatio*. L'*antecessor*, in apertura del brano, sostiene che «alcuni» avrebbero in effetti proposto una simile interpretazione, che egli però non condivide, in quanto contraria al tenore letterale dell'enunciato ulpiano, in cui non si parla di *condictio* della stima ma della *res* stessa. Si rende pertanto necessario seguire una diversa via. Stefano individua la corretta soluzione del problema nella distinzione tra la *condictio* vera e propria, quella cioè che non muta proprietà e natura (κατὰ φύσιν καὶ ιδιότητα κινεῖται)²⁶¹, e quella che invece si può esperire a tutela di situazioni che di per sé sarebbero già provviste di una diversa tutela tipica. In questo secondo caso la *condictio* «svestirebbe» la propria natura ed assumerebbe quella del rapporto sottostante.

Solo la *stipulatio certi*, osserva ancora Stefano, non genera altra azione all'infuori della *condictio certi*, che a tutela di questo solo rapporto può essere esperita secondo la sua propria natura.

Combinando ora questa nuova informazione con quanto già emerso dalle testimonianze finora esaminate, possiamo ricavare che era abitudine – diffusa nella prassi giuridica e studiata e regolamentata dai giuristi – fare accedere una *stipulatio* a rapporti di vario genere ai fini dell'esperibilità dell'azione stipulatoria. Nel caso di *stipulatio certa* il modello processuale sarebbe stato la *condictio*, considerata *actio generalis*, che nella sua forma «pura» avrebbe specificamente tutelato rapporti stipulatori.

3.5. *Spunti in tema di stipulatio poenae*

Si è visto come, nella concezione giuridica di età giustiniana, la *stipulatio* fosse considerata lo strumento privilegiato per sottoporre rapporti di credito derivanti dalle più disparate fonti di obbligazione alla disciplina del mutuo, rendendo in tal modo possibile l'esperimento della *condictio certi*, nonché la prassi di concluderne una *in faciendo* o relativa al *dare un incertum* in base alla quale si sarebbe potuto agire in giudizio tramite l'*actio ex stipulatu* (è quanto emerso, ad esempio, dal frammento di Taleleo riportato quale scolio a *Bas.* 11.2.23 e da quello di Teodoro a *Bas.* 11.2.54).

²⁶¹ Sul concetto di '*natura actionis*' cfr. le tuttora valide osservazioni di C. LONGO, *Il criterio giustiniano della 'natura actionis'*, in «Studi V. Scialoja», I, Milano, 1905, p. 605 ss., e ID., '*Natura actionis*' nelle fonti bizantine, in «BIDR.», XVII, 1905, p. 34 ss. Sul punto cfr. Anche DE JONG, *Stephanus en zijn Digestenonderwijs*, cit., p. 177-275, ed EAD., *The application of 'natura'*, cit., p. 690 ss.

Il ricorso alla *stipulatio* finalizzato a predeterminare una specifica tutela giurisdizionale agli interessi delle parti si completa infine con la stipulazione penale, della quale si cercherà in questa sede soltanto di delineare i principali elementi caratterizzanti il suo impiego accessorio a contratti di buona fede e differenziali rispetto al regime classico, ampiamente analizzato nei suoi aspetti dalla scienza romanistica²⁶².

Un frammento assai noto di Paolo, in cui si riportava la pronuncia di Alfeno (il frammento è infatti tratto dal terzo *libro epitomarum Alfeni digestorum*), esaminava il caso di una società per l'insegnamento della grammatica conclusa da due soggetti che si prestarono reciprocamente una *stipulatio* così formulata: *'haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? Si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?'*. Il dubbio emerso da una simile *conceptio verborum* riguardava la necessità di considerare novata l'obbligazione consensuale derivante dal contratto di società oppure la permanenza dell'esperibilità dell'*actio pro socio*. La risposta di Alfeno andava in questa seconda direzione, in virtù del fatto che il tenore letterale della *stipulatio* non permetteva di individuare una volontà novatoria delle parti, ma solo l'intenzione di apporre alla convenzione principale una clausola penale²⁶³.

I *Basilici* riportano in *scholio* il commentario di Stefano al passo di Paolo. L'*antecessor* aggiunge al caso prospettato dal giurista classico un'esemplificazione ulteriore, non semplice da comprendere ma che potrebbe consentire di chia-

²⁶² Sul tema cfr., da ultimo, M. SCOGNAMIGLIO, *La clausola penale nell'esperienza giuridica romana*, in «La pena convenzionale nel diritto europeo» (cur. S. Cherti), Napoli, 2013, p. 1 ss., ed EAD., *Ricerche sulla 'stipulatio poenae'*, cit., cui si fa riferimento anche per l'ampia letteratura precedente analizzata. Per alcuni particolari impieghi della *stipulatio poenae* cfr. anche V. CASSELLA, *La trasmissibilità ereditaria della 'stipulatio'*, Milano, 2018, p. 115 ss.

²⁶³ D. 17.2.71: *'Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum essent: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: «haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? Si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?» Quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset. Respondit, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent «haec ita dari fieri spondes?», futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non posse, sed tota res in stipulationem translata videretur. Sed quoniam non ita essent stipulati «ea ita dari fieri spondes?» sed ita «si ea ita facta non essent, decem dari?», non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse'*. Sulla questione del possibile concorso di azioni cfr. M. TALAMANCA, *Pena privata. Diritto romano?*, in «ED.», XXXII, Milano, 1982, p. 714 ss.; si vedano anche, più in generale a proposito dello stesso tema, M. TALAMANCA, *Società in generale. Diritto romano?*, ivi, XLII, Milano, 1990, p. 852 ss., e M. SCOGNAMIGLIO, *'Stipulatio poenae': concorso di azioni e poteri del giudice*, in «Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca» (cur. L. Garofalo), II, Padova, 2011, p. 735 ss.

rire meglio la concezione bizantina dell'operatività della pena convenzionale conclusa mediante *stipulatio* (scolio 1 a *Bas.* 12.1.69):

Πρῶμος καὶ Σεκοῦνδος τὸ τῶν γραμματικῶν ἐπιτήδευμα μετιόντες συνεστήσαντο κοινωνίαν, ὥστε τὰ λαμβανόμενα παρὰ τῶν φοιτητῶν ἔσεσθαι αὐτοῖς κοινά. Ἐπάκτευσαν δὲ καὶ τινα περὶ τῆς τοιαύτης κοινωνίας ἕτερα, οἶον, λόγου χάριν, ὥστε τοῦ ἐνὸς νοσοῦντος τὸν ἕτερον ἐξηγεῖσθαι τοῖς φοιτηταῖς, καὶ ἔτι τὰ τοῦ τοιοῦτου ἐπιτηδεύματος ἀθροιζόμενα κατὰ τόνδε αὐτὸς συνεισφέρειν τὸν μῆνα καὶ ἄλλα δὲ τινα τοιαύτη πρόσφορα κοινωνία. Εἶτε μετὰ ταῦτα ἐπερωτήσεις μετὰ ἀλλήλων ἐποίησαντο διὰ τούτων τῶν ρημάτων ταῦτα, ἅτινα προσγέγραπται, οὕτω δοθῆναι καὶ γενέσθαι καὶ μηδὲν ὑπεναντίον γενέσθαι τι· εἰ δὲ ταῦτα μὴ οὕτω δοθῆναι ἢ γένηται, δέκα νομίσματα λόγῳ ποινῆς καταβληθῆναι. Ζήτησις τοίνυν ἐστίν, ἅρα δέδοται ἢ πρὸ σόκιο κατὰ τοῦ τῷ τοιοῦτῳ πάκτῳ ἐναντιωθέντος. Καὶ φησιν Ἀλφῖνος· εἰ μὲν τῷ συμφώνῳ τῷ περὶ κοινωνίας γενομένῳ ἢ ἐπερωτήσεις ἐπήκται οὕτως ἔχουσα· ταῦτα οὕτω δοθῆναι ἢ γενέσθαι ὁμολογήται· εἰ [[γάρ]] νοβατίονος χάριν οὕτως ἐπερωτήσει, ἀργεῖ μὲν ἢ πρὸ σόκιο, οἷα δὲ πάντη τοῦ συναλλάγματος τῆς κοινωνίας εἰς ἐπερωτήσιν μετελθόντος ἢ ἐξ στυπουλάτου δοθῆσεται. Ἐπεὶ δὲ ἐν τῷ παντὶ θέματι οὐχ οὕτως ἐπερωτήσαν, ὅτι ταῦτα δοθῆναι ἢ γενέσθαι συνομολογεῖς, ἀλλ' οὕτως, ἐὰν ταῦτα μὴ γένηται, λόγῳ ποινῆς δώσεις δέκα νομίσματα, οὐ δοκεῖ τὰ πάκτα τῆς κοινωνίας εἰς ἐπερωτήσιν ἐληλυθῆναι, ἀλλ' ἢ τῆς ποινῆς μόνης ποσότης. Οὐδὲ γὰρ ἐφ' ἑκατέρῳ ἔνοχος ὁ ἕτερος τῷ ἑτέρῳ γέγονε τῆ βέρβις, τουτέστιν καὶ ἐπὶ τῷ ποιῆσαι καὶ ἐπὶ τῇ ποινῇ, ἐν ᾧ οὐκ ἐποίησεν. Ὅθεν, εἰ μὲν ὁ ἕτερος βούλεταιπραχθῆναι τὰ ὑπὸ τοῦ ἑτέρου συμφωνηθέντα, οἶον τὸ αὐτοῦ νοσοῦντος ἐξηγήσασθαι τὸν ὑγιαίνοντα τοῖς τοῦ νοσοῦντος ἀκροαταῖς· τοῦτο γὰρ εἰ βούλεται ὁ νοσῶν ἐκβιβάσαι, ὥστε γίνεσθαι, κινήσει τὴν πρὸ σόκιο· εἰ δὲ μιλῶς δηλώσαντος τῷ ὑγιαίνοντι περὶ τῆς ἐξηγήσεως τοῦτο πληρῶσαι ὁ μὴ νοσῶν ὑπερωθῆται, ἀπαιτηθήσεται τὴν ποινὴν διὰ τῆς ἐξτιπουλάτου²⁶⁴.

²⁶⁴) Traduzione Heimbach: «Primus et Secundus Grammaticam profitentes societatem coierunt, ut ea, quae ab auditoribus acciperent, communia ipsis essent. Alia autem quaedam de tali societate pacti sunt, verbi causa, ut, quum alter aegrotaret, alter auditoribus Grammaticam exponeret, et praeterea, ut, quae hac disciplina quaesita essent, certo mense conferrentur, et alia quaedam eiusmodi societati congrua. Postea invicem stipulati sunt his verbis: 'haec, quae supra scripta sunt, ita dari et fieri neque adversus ea fieri: si ea ita data facta non erunt, decem aureos poenae nomine praestari?'. Quaestio igitur oritur, num pro socio actio detur eius nomine, quod contra eiusmodi pactum factum erit. Et ait Alfenus: si quidem pacto de societate inito haec stipulatio subiecta sit: 'haec ita dari fieri spondes?' si quidem novationis causa ita stipulati sunt, cessat pro socio actio, quum totus societatis contractus in stipulationem transierit, dabitur autem ex stipulatu actio. Sed quoniam toto hoc casu non ita stipulati sunt, 'ea ita dari fierive spondes?' sed ita: 'si ea ita facta non erunt, decem aureos poenae nomine dabis?' non videtur societatis pactum in stipulationem pervenisse, sed poenae dumtaxat summa. Non enim ex utroque alter alteri verbis obligatus est, id est, ut et faceret, et si non fecisset, poenam praestaret. Itaque si alter praestari velit ea, quae ab altero promissa sunt, verbi causa, ut ipso aegrotante, qui sanus esset, auditoribus aegroti exponeret; si igitur aegrotus id fieri velit, pro socio experietur: sed si, cum aegrotus sano de Grammatica pro se exponenda solum nuntiasset, sa-

Rispetto al frammento di Paolo, in cui è riportata l'opinione di Alfeno, Stefano aggiunge l'ipotesi di una pattuizione per cui i due soci si obbligavano reciprocamente affinché, nel caso di malattia di uno di loro, l'altro lo sostituisse nell'attività di insegnamento.

Dopo aver riproposto la questione relativa all'intento novatorio della *stipulatio* per verificare l'esperibilità dell'*actio pro socio* (su cui era incentrato il passo del *Digesto*), l'*antecessor* spiega come avrebbe operato la clausola penale nei confronti della previsione di vicendevole sostituzione. Il periodo conclusivo non è di semplice lettura e mi sembra che la traduzione propostane da Heimbach (si veda nt. 264), corretta ma eccessivamente libera, possa portare a travisamenti dell'effettivo enunciato di Stefano. Ne propongo, pertanto, una mia traduzione in italiano, non particolarmente elegante, ma, a mio modo di vedere, più fedele al testo originario:

Infatti non divennero obbligati *verbis* nei confronti uno dell'altro per entrambe (le prestazioni) [1: *ea ita dari fierive spondes? 2: si ea ita facta non erunt, decem aureos poenae nomine dabis?*], ossia per il *facere* e per la pena, per quanto non abbia fatto. Pertanto, se uno dei due vuole che le cose promesse dall'altro siano eseguite, cioè che essendosi egli ammalato, il sano insegni agli scolari del malato, se il malato vuole che ciò sia portato avanti in modo da essere eseguito, agirà con la *pro socio*, se invece abbia avvisato semplicemente [senza agire con la *pro socio*] il sano dell'insegnamento, (e) il non malato manchi di adempiere, potrà richiedere la pena con l'*actio ex stipulatu*.

Mi pare che a questo punto si possa ricavare la seguente conclusione: il socio malato, dopo aver avvisato il socio-collega della propria indisposizione, di fronte all'inadempimento di questi, si trova nell'alternativa di agire con l'azione consensuale (apparentemente) per l'adempimento dell'obbligazione oppure potrà agire *ex stipulatu* per ottenere il pagamento della penale convenuta. Nel primo caso non possiamo certo immaginare una condanna all'esecuzione specifica del contratto, contrastante con un'obbligazione relativa ad una prestazione infungibile, quale l'opera professionale di un insegnante. Ritengo che allora, nonostante le parole di Stefano, si debba qui individuare un'azione di buona fede che porterà ad una condanna pecuniaria per un ammontare da determinarsi in base all'*id quod interest actori*.

L'alternativo ricorso all'azione stipulatoria permette invece di ottenere soddisfazione sulla base di presupposti analoghi (ossia: il mancato adempi-

onus id implere frustratus sit, poenae actione ex stipulatu ab eo exigetur».

mento dell'obbligazione accessoria di sostituzione), ma porterà all'esperimento di una tipologia processuale ben differente: non più un processo di buona fede per la valutazione (e la conseguente determinazione della condanna) dell'interesse del creditore, ma la semplice verifica del presupposto della *stipulatio*, ossia il fatto che il socio sano non abbia tenuto la lezione al posto del socio malato condurrà ad una condanna già predeterminata nel suo ammontare dalle parti al momento della conclusione del contratto.

Oltre a ciò, si può osservare come l'azione stipulatoria paia presentare un ulteriore vantaggio per l'attore in quanto, una volta fornita in giudizio la prova dell'inadempimento, il convenuto non potrà eccepire la non imputabilità dello stesso. La forma verbale ὑπέσθηται, infatti, legittima un'interpretazione del passo relativo all'inadempimento del debitore quale mancata soddisfazione *tout court* della pretesa del creditore, a prescindere dall'elemento soggettivo. Un riscontro con le occorrenze dello stesso verbo nelle *Novelle* giustiniane conferma come tale lemma sia in genere utilizzato per indicare il mancato adempimento di un'obbligazione (o, più spesso, la mancata esecuzione di un dovere o esercizio di una potestà) nei tempi utili a prescindere dalla verifica dell'imputabilità²⁶⁵.

La tematica del concorso tra azione stipulatoria per la pena convenzionale e l'*actio pro socio* è stata affrontata dallo stesso Stefano anche in altra sede, a commento di D. 17.2.41²⁶⁶, passo in cui Ulpiano spiegava che, in caso di *stipulatio poenae* conclusa tra i soci per un *capitulum societatis*, di fronte all'inadempimento del promittente, lo stipulante, dopo aver ottenuto tramite l'*actio ex stipulatu* il valore della pena, avrebbe potuto esperire anche l'*actio pro socio* qualora l'*id quod interest* fosse stato maggiore di quanto conseguito con l'azione stipulatoria.

Il testo in esame ha suscitato l'interesse della dottrina romanistica so-

²⁶⁵) Un dato curioso, che merita di essere segnalato, è come non solo nelle *Novelle* il termine assuma costantemente una valenza che prescinde dall'elemento soggettivo dell'agente (concetto che si è tentato di rendere, nella traduzione del testo di Stefano, facendo ricorso al sintagma «manchi di»), ma che peraltro esso occorre, complessivamente, in nove *Novelle* (86, 112, 115, 123, 126, 128, 131, 137, 149) tutte risalenti ad un'epoca successiva alla dismissione della questura da parte di Triboniano (anno 541), cui succedette nella carica Giunillo (per cui cfr. J.R. MARTINDALE, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, III.A, Cambridge, 1992, p. 742). L'unica eccezione è costituita da *Nov.* 86, ove però il termine ricorre nella rubrica che, come è noto, non risale direttamente alla cancelleria imperiale giustiniana ma è stata apposta in epoca successiva.

²⁶⁶) D. 17.2.41: '*Si quis a socio poenam stipulatus sit, pro socio non aget, si tantundem in poenam sit, quantum eius interfuit*'. Il concetto si completa poi nel successivo frammento 42: '*Quod si ex stipulatu eam consecutus sit, postea pro socio agendo hoc minus accipiet poena ei in sortem imputata*'.

prattutto per quanto attiene alla possibilità di ricavarne altresì elementi a favore dell'esperibilità dell'azione stipulatoria per la pena convenzionale in seguito al riconoscimento, tramite l'azione di buona fede, di un *id quod interest* inferiore alla pena stessa. Lo strumento tecnico per consentire al creditore di agire *ex stipulatu*, limitandone però la pretesa al solo maggior valore rispetto a quanto determinato nel precedente giudizio di buona fede, sarebbe stato l'opposizione, da parte del debitore convenuto, dell'*exceptio doli*²⁶⁷. Una costituzione imperiale di Marco Aurelio permise infatti, secondo quanto apprendiamo dalla *Istituzioni giustiniane*²⁶⁸, di ricorrere a tale eccezione per fare valere nei *iudicia stricta* la compensazione tra il credito vantato dall'attore ed eventuali controcrediti vantati dal convenuto. Il corrispondente passo della *Parafrasi* teofilina²⁶⁹ precisava

²⁶⁷ TALAMANCA, 'Pena privata', cit., p. 718.

²⁶⁸ *Iust. inst.* 4.6.30: 'In bonae fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. in quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato, in reliquum is cum quo actum est condemnari debeat. sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. sed nostra constitutio eas compensationes quae iure aperto nituntur latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant, sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur'.

²⁶⁹ *Par.* 4.6.30: 'Ἐπὶ τῶν BONA FIDE δικαστηρίων ἐξουσία δέδοται τῷ δικάζοντι ἐκ τοῦ καλλίστου καὶ δικαίου κρίνειν ὅσον τῷ ACTORI τὸν PEON ἀποκαταστήσαι χρή. μέρος δὲ τῆς ἐξουσίας ἐκείνης τοῦ δικαστῆ ἔστι καὶ τοῦτο· ἂν γὰρ τις κινή κατ' ἐμοῦ ἀγωγὴν BONA FIDE δέκα ἀπαιτῶν νομίσματα, ἀντεποφείλει δὲ μοι πέντε νομίσματα, COMPENSATEUSAS ὁ δικαστὴς ἄπερ ἐκεῖνος ἀντεποφείλει μοι οὐκ εἰς τὰ δέκα νομίσματα ἀλλ' εἰς πέντε με καταδικάσει. (COMPENSATION δὲ ἔστιν ὁ ἀντέλλογος, τουτέστι τὸ ἀντελλογίσασθαι τὰ ἐποφειλόμενα.) ταῦτα μὲν οὖν ἢ φύσις βούλεται τῶν BONA FIDE δικαστηρίων. ἐπὶ δὲ τῶν STRICTON, ἐπειδὴ τῆς ἀκριβείας αὐτῆς γίνεται λόγος, εἰ κινῶν τις κατ' ἐμοῦ περὶ δέκα τυχὸν νομισμάτων, εἰ καὶ ἀντεποφείλει πέντε νομίσματα, εἰς τὰ δέκα οὐδὲν ἤττον καταδικασθήσομαι. καὶ ταῦτα μὲν ὅσον ἐκ τῆς ἀκριβείας αὐτῆς. διάταξις δὲ γέγονε Μάρκου τοῦ βασιλέως, ἥτις φησὶν ἐναγόμενον με STRICTA ἀγωγῇ περὶ δέκα νομισμάτων καὶ ἀντεποφειλόμενον πέντε δύνασθαι ἀντιθεῖναι τῇ ἐναγωγῇ τὴν τοῦ δόλου παραγραφὴν. καὶ τῆς τοιαύτης ἀντιτεθείσης παραγραφῆς χώρα δέδοται τῷ δικαστῇ δέξασθαι τὴν COMPENSATIONA καὶ εἰς πέντε μόνον καταδικάσασθαι νομίσματα. ταῦτα μὲν οὖν ἐκ τῶν παλαιότερων διατάξεων· Ἡ δὲ τοῦ ἡμετέρου βασιλέως παρακελεύεται τὰς σαφεῖς καὶ ἀναμφιβόλους COMPENSATIONAS IPSO IURE μειοῦν τὴν ἀγωγὴν, εἴτε IN REM ἔστιν εἴτε PERSONALIA. οἷον ἔχει τις κατ' ἐμοῦ ἀγωγὴν ἢ STRICTAN ἢ καὶ BONA FIDE περὶ δέκα νομισμάτων, ἀντεποφείλει δὲ μοι τρία νομίσματα. αὐτῷ τῷ νόμῳ ἅμα τῷ ἀντεποφείληναι ἢ κατ' ἐμοῦ ἀγωγῇ μειοῦται τρισὶ νομίσμασιν, ὡς μηκέτι με δέκα, ἐπτα δὲ μόνον ἐποφείλιν νομίσματα. εἶπον δὲ ταῦτα χώραν ἔχει ἐπὶ πάσης IN REM καὶ PERSONALIAS, ἐξηρημένης μόνως τῆς DEPOSITI. ἂν γὰρ τις παράρηταί μοι δέκα νομίσματα, ἀντεποφείλει δὲ μοι τρία, κινήσει κατ' ἐμοῦ τὴν DEPOSITI τὰ δέκα νομίσματα μεθοδεῶν. ἀτοπίατον γὰρ ἐνόμισεν ὁ θεοτάτος ἡμῶν βασιλεὺς ἀντιτίθεσθαι COMPENSATIONA καὶ προσχῆματι ταύτης τῶν παρατεθέντων πραγμάτων μὴ γίνεσθαι τὴν ἀπαίτησιν εἰς ἀκέραιον (traduzione Ferrini: «In bonae fidei iudiciis potestas permittitur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori reus restituere debeat. cuius iudicis potestatis pars haec est,

che il provvedimento di Marco Aurelio avrebbe permesso al giudice di condannare, anche in tali giudizi, ad un importo inferiore rispetto alla pretesa dell'attore, riducendola in funzione del credito del convenuto.

Tuttavia la testimonianza teofilina non sempre è ritenuta attendibile per l'epoca classica. Come da ultimo segnalato da Scognamiglio²⁷⁰, la problematicità di una siffatta ricostruzione consisterebbe nella circostanza che nei *iudicia stricta*, quale quello *ex stipulatu*, l'opposizione vittoriosa dell'eccezione avrebbe dovuto portare all'assoluzione del convenuto, e non già ad una riduzione della condanna.

Non sembra però del tutto condivisibile, per il caso in esame, la netta alternativa che la studiosa pone tra ipotizzare che i frammenti ulpiane siano interpolati, ovvero, in adesione alla ricostruzione di Arangio-Ruiz²⁷¹, riconoscere che già sul finire del Principato l'eccezione di dolo avrebbe potuto

quod si quis bonae fidei iudicio mecum agat X aureos a me petens, debeat autem mihi inuicem aureos V, iudex is compensans, quod illum mihi inuicem debet, non in X aureos, set in V me condemnabit. compensatio est autem ratio illa imputandi, quae inuicem debentur. nam id bonae fidei iudiciorum natura exigit. in strictis autem iudiciis, quoniam ibi ipsa iuris suptilitas uersatur, si quis a me X aureos forte petat, cum ipse mihi V inuicem debeat, nihilominus in X aureos sum condemnandus. haec quidem quod ad meram suptilitatem. constitutio autem prodiit diui Marci, qua cauetur, ut si stricto iudicio X aureos a me quis petat, cum ipse inuicem V debeat, doli mali exceptionem ei opponere possim. tali uero exceptione opposita, potestas datur iudici compensationem recipiendi et me in V tantummodo aureos condemnandi. id uero ex antiquioribus constitutionibus. constitutio autem principis nostri disposuit, ut compensationes apertae atque certae ipso iure actionem minuant, siue in rem siue personalem. ut ecce competit alicui aduersus me actio siue stricta siue bonae fidei de X aureis; is autem debet mihi inuicem aureos tres; ipso iure, simul atque is mihi debere incipit, actio quae aduersus me competit tribus aureis minuitur, ita ut ego non iam X, set VII aureos debere uidear. dixi id locum habere in omnibus actionibus siue in rem, siue personalibus: excepta sola depositi actione: nam si quis aureos X apud me deponat et III mihi inuicem debeat depositi mecum agat X aureos petens. absurdum enim putauit sacratissimus imperator noster opponi compensationem et eius praetextu depositarum rerum exactionem in solidum non fieri»).

²⁷⁰ SCOGNAMIGLIO, *'Stipulatio poenae'*, cit., p. 170 ss.

²⁷¹ V. ARANGIO-RUIZ, *L' 'exceptio' in diminuzione della condanna*, in «Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena», XLV, 1930, p. 1 ss (ora anche in ID., *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, p. 249 ss., cui si farà riferimento nelle prossime citazioni). Sul tema cfr. anche P. PICHONNAZ, *La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, Fribourg, 2001, p. 211 ss., P. LAMBRINI, *Fundum Cornelianum stipulatus quanti quanti fundus est postea stipulor: novazione oggettiva ed eccezione di dolo in diminuzione della condanna*, in «Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea» (cur. L. Garofalo), Padova, 2003, p. 377 ss., M. MARRONE, *Eccezione di dolo generale ed eventi sopravvenuti alla 'litis contestatio'*, in «L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica» (cur. L. Garofalo), Padova, 2006, p. 413 ss., e SCOGNAMIGLIO, *'Stipulatio poenae'*, cit., p. 163 ss.

portare anche alla riduzione della condanna.

A me sembra che la fattispecie descritta da Ulpiano potesse essere risolta anche riconoscendo che fosse onere dell'attore, mediante *praescriptio*, limitare la propria pretesa al solo valore differenziale tra *id quod interest* e pena convenzionale. Se da un lato è vero che il primo elemento è di per sé incerto, e comporta la necessità di essere determinato in giudizio, dall'altro lato nel caso esaminato tale incertezza è già venuta meno, in quanto l'*id quod interest* risulta già quantificato nel processo di buona fede, precedente all'esperimento dell'*actio ex stipulatu*. Lo stesso Arangio-Ruiz²⁷², nel proporre la teoria per cui già in seno al processo formulare l'eccezione di dolo avrebbe potuto portare ad una condanna inferiore rispetto alla pretesa dell'attore, riconosceva che la soluzione ora prospettata poteva comunque ritenersi soddisfacente nelle situazioni in cui non sussistesse la necessità di accertare in giudizio il controcredito del convenuto.

Con ciò non si vuole negare la bontà della teoria relativa all'efficacia diminutoria della condanna dell'*exceptio doli* nel processo formulare, ma solo rilevare che D. 17.2.41 e D. 17.2.42 potrebbero non rappresentare fonti particolarmente indicative al riguardo.

La riflessione sul regime classico dell'operatività dell'*exceptio doli* non muta comunque i termini dell'indagine relativa al periodo giustiniano, poiché per tale epoca, in cui il processo *per formulas* non rappresenta altro che una memoria storica, è pacifica l'affidabilità di quanto affermato da Teofilo nella *Parafraasi*.

D. 17.2.41 è oggetto di un commento di Stefano (scolio 1 a *Bas.* 12.1.41), in cui l'*antecessor* non sembra discostarsi particolarmente dall'enunciato di Ulpiano:

Ἐὰν τὸν ἐμὸν κοινωνὸν πρόστιμον ἐπερωτήσω ἐπὶ τινὶ κεφαλαίῳ τῆς κοινωνίας, ὑποπεσόντος τοῦ κοινωνοῦ τῷ προστίμῳ ἐκ στιπουλάτου, οὐ μὴν τὴν πρὸ σόκιο κινήσω, εἴγε τῷ μέτρῳ τοῦ διαφέροντος ἢ περιεχομένη τῇ ἐπερωτήσει συντρέχει ποινή. Εἰ γάρ τι πλέον ἐστὶν ἐν τῷ διαφέροντι περιεχόμενον, κινήθησεται οὐδὲν ἥττον μετὰ ταῦτα ἢ πρὸ σόκιο ἐπὶ ἀπαιτήσῃ πάντως τοῦ διαφέροντος. Λήψομαι δὲ τὸ διαφέρον [[ὁ κληρονόμος]] ὀλόκληρον ἐξαιρουμένης ἐντεῦθεν τῆς ποσότητος, ἧς ἔτυχον διὰ τῆς ἐκ στιπουλάτου λαβῶν²⁷³.

²⁷²) ARANGIO-RUIZ, *L' 'exceptio' in diminuzione della condanna*, cit., p. 268.

²⁷³) Traduzione Heimbach: «Si a socio meo poenam stipulatus fuero ratione cuiusdam societatis capituli, et poena a socio commissa fuerit, ex stipulatu, nec vero pro socio agam, siquidem cum quantitate eius, quod interest, poena stipulatione comprehensa conveniat. Nam si plus in eo quod interest, continetur, nihilosecius postea pro socio actio instituetur, qua totum id quod interest accipiet, excepta ea quantitate, quam actione ex stipulatu iam consecutus es».

Anche Stefano, come già Ulpiano, contempla la possibilità di agire *ex fide bona* per l'*id quod interest* (τὸ διαφέρον) anche dopo aver ottenuto la pena tramite l'*actio ex stipulatu*, ma non prevede espressamente la contraria facoltà di agire *pro socio* dopo aver esperito l'azione stipulatoria. Ciò potrebbe essere interpretato sia come una semplice conseguenza dell'aderenza del maestro bizantino al modello classico, sia come una implicita negazione di tale possibilità, in ragione forse della considerazione che la determinazione dell'*id quod interest* non dovrebbe prescindere dal diritto del creditore alla percezione della pena stessa.

La ragione per cui mi è parso rilevante lo scolio in esame non consiste tanto nel carattere innovativo della riflessione dell'*antecessor* rispetto al testo classico, quanto piuttosto nella possibilità che offre di comprendere meglio e più a fondo quanto sostenuto dallo stesso Stefano nel frammento precedentemente analizzato (scolio 1 a *Bas.* 12.1.69). Il concorso tra azione stipulatoria per il conseguimento della *poena* e azione *pro socio* era materia di cui Stefano ben conosceva la disciplina trasmessa dal *Digesto*. Allorché introduceva, allora, a commento del responso di Alfeno in tema di *conceptio verborum*, l'esempio della clausola per la sostituzione reciproca dei soci nello svolgimento delle lezioni nel caso di malattia di uno di loro, l'*antecessor*, a mio avviso, intendeva operare un implicito richiamo al concetto espresso da Ulpiano in D. 17.2.41 e D. 17.2.42, quasi a voler arricchire, a favore dei suoi uditori, la tematica di partenza con altra che doveva apparirgli strettamente connessa, sia per i principii regolatori, sia per la fattispecie esemplificativa presente nei due casi.

L'esposizione del regime del concorso di azioni presente nel secondo passo di Stefano consente, mi sembra, di chiarire quanto espresso dall'*antecessor* stesso nella fattispecie relativa ai due insegnanti di grammatica. Come segnalato, la formulazione (forse un po' infelice) del periodo parrebbe, ad una prima lettura, fare riferimento ad un'alternativa tra *actio pro socio* ed *actio ex stipulatu* fondata su diversi presupposti: la prima esperibile per l'adempimento dell'obbligazione, la seconda per il risarcimento del danno causato dall'inadempimento. Rifiutata l'idea dell'adempimento in forma specifica, tantopiù in considerazione del carattere infungibile della prestazione, credo si tratti di qualcosa di diverso. Anche in questo caso mi pare che Stefano dovesse ritenere applicabile la stessa disciplina commentata in *sch.* 1 a *Bas.* 12.1.41, ossia il ricorso alternativo (ed, eventualmente, cumulativo) alle due azioni a seconda di ciò che l'attore intenda ottenere mediante il processo: la somma predefinita nella *stipulatio poenae* ovvero l'*id quod interest*.

IV.

Brevi conclusioni

Ciò che mi riproponevo con il presente studio, come anticipato nell'introduzione, era verificare la fondatezza della concezione diffusa di una degenerazione subita dalla *stipulatio* nel periodo tardoantico, degenerazione che la avrebbe portata dapprima a mutare la forma, da verbale a letterale, e quindi a divenire nulla più che una clausola di stile, apposta in maniera approssimativa e priva di concreta rilevanza giuridica a chiusura di documenti negoziali di svariato contenuto (anche non contrattuale).

Nell'introduzione ho provato a sottolineare come tale concezione derivi probabilmente dalla forte influenza esercitata, sulla dottrina contemporanea, dalle opinioni del Riccobono; opinioni che tuttavia mi sembra siano state recepite solo in maniera parziale, in quanto l'eminente studioso, pur arrivando a qualificare recisamente l'evoluzione tardoantica dell'istituto come un fenomeno assimilabile alla morte dello stesso, non ha comunque mancato di valutare in maniera critica una notevole quantità di frammenti pervenuti *in scholio* ai *Basilici*, sottoponendoli ad una serrata esegesi per riconoscerne, di volta in volta, la peculiare rilevanza ai fini di una corretta valutazione della complessa realtà della *stipulatio* giustiniana.

In questa prospettiva, ho voluto leggere le pagine del Riccobono come un invito all'approfondimento più che come una sentenza inappellabile, tale da non rendere più necessaria alcuna ulteriore attenzione alla materia.

Le fonti esaminate, provenienti tanto dalla cancelleria imperiale quanto dalle opere degli *antecessores* e dalle attestazioni a noi note della prassi negoziale, non esauriscono certo il possibile ambito di indagine; tuttavia mi sembra che permettano comunque di ricavare delle preziose indicazioni circa la vitalità dell'istituto ben oltre l'epoca classica. Si potrebbero senz'altro analizzare più dettagliatamente alcuni aspetti della *stipulatio* tardoantica affrontati in questa sede solo marginalmente, ma ciò avrebbe portato ad un allargamento dell'ambito di indagine ben al di là di ciò che era il precipuo fine del lavoro.

Ritengo che siano in particolare i frammenti della dottrina giuridica, an-

cor più della legislazione imperiale, ad offrire le attestazioni più significative della vitalità mantenuta dalla *stipulatio* in età tardoantica.

Per quanto non ci siano pervenuti i commentari *in scholio* al libro 43 dei *Basilici*, ove trovavano collocazione i passi della compilazione giustiniana specificamente rivolti a trattare della materia stipulatoria, quanto possiamo ricavare dagli *scolii* riportati a commento di istituti affini e dalla *Parafrasi* teofilina dimostrano come ancora in epoca tardoantica e giustiniana non si interruppero affatto lo studio e la rielaborazione della *stipulatio*, fenomeno di cui troviamo testimonianza tanto nelle opere destinate all'insegnamento (prime fra tutte, quelle dell'*antecessor* Stefano), quanto in quelle, forse più essenziali ma non per questo meno brillanti, destinate alla prassi.

A mio sommo avviso, i frammenti considerati sembrano gettare nuova luce sullo stretto rapporto intercorrente tra l'evoluzione del contratto in oggetto ed il mutamento generale dell'ordinamento giuridico, specialmente in ambito processuale. E' innegabile, infatti, che la *stipulatio* abbia subito, nella percezione diffusa, nell'impiego pratico e, conseguentemente, nella legislazione, dei mutamenti rispetto al suo regime classico; tuttavia tali mutamenti mi sembrano indicativi, più che di un suo decadimento qualitativo, della conferma della sua immutata capacità di rappresentare lo strumento chiave per la soddisfazione delle nuove esigenze poste dal rinnovato contesto sociale e giuridico all'operatore del diritto, al teorico e, necessariamente, al legislatore.

Tale caratteristica trova in particolare la sua massima espressione allorché la *stipulatio* fornisce alle parti il mezzo per predeterminare i risvolti processuali di una eventuale crisi del rapporto che si accingono a concludere, sia consentendo – con incisività non minore a quanto avveniva in età classica – la tutela processuale a situazioni altrimenti non azionabili, sia permettendo di modulare, in funzione delle specifiche preferenze dei contraenti, gli schemi processuali che diversamente tutelerebbero il rapporto, in mancanza di una loro predeterminazione convenzionale.

Il modello resta, anche per quanto riguarda gli impieghi in funzione processuale della *stipulatio*, quello tramandato dal diritto dell'età classica, ma viene ora riadattato e rimodulato in funzione della diversa procedura di età tarda.

Si potrebbe quasi dire che la *stipulatio* tardoantica abbia semplicemente continuato un processo di evoluzione – anziché di degenerazione – che trae la sua origine da una caratteristica costante dell'istituto, presente fin dal suo comparire nell'esperienza giuridica romana: la sua straordinaria duttilità.

Indici

Indice delle fonti

CODEX THEODOSIANUS

2.33.3	27
2.9.2	27; 58; 58 nt. 101
3.5.8	27
3.13.4	27
4.19.1	27

GAII INSTITUTIONES

3.92	30
3.93	22 nt. 29
3.116	31 nt. 50
3.128-131	87 nt. 162
3.134	25, 85, 86 nt. 160
4.116a	89; 89 nt. 169
4.136	113

PAULI SENTENTIAE

5.7.2	23 nt. 34
-------	-----------

* * *

CODEX REPETITAE PRAELELECTIONIS

2.3.7	117; 117 nt. 229
2.3.27	107 nt. 202
2.4.6	118; 118 nt. 232
2.4.28	60 nt. 104
2.4.40	58; 58 nt. 100 e 102; 60
2.6.3	98
3.38.7	53; 53 nt. 93
4.2.5	26 nt. 42
4.2.6	26 nt. 42; 101, 101 nt. 194; 105

4.2.9	92 nt. 177
4.2.10	93; 93 nt. 181
4.2.14	26 nt. 42
4.2.17	81 nt. 149
4.20.18	81 nt. 149
4.21.17	81 nt. 149
4.22.5	42
4.29.17	26 nt. 42
4.30	96
4.30.3	79 nt. 145
4.30.5	94; 96
4.30.8	79 nt. 146
4.30.10	79 nt. 146
4.30.14	80; 81; 81 nt. 149; 82 nt. 154; 84 nt. 157; 96; 97; 106
4.30.15	81 nt. 149 e 150; 98; 99
5.13.3	81 nt. 149
5.15.3	81 nt. 149 e 151
8.37	27
8.37.1	23 nt. 34
8.37.10	12; 27
8.37.14	12; 33; 34; 35; 36; 36 nt. 63; 37; 38; 39; 43; 44; 45; 46; 48; 58; 63; 64; 84 nt. 157
8.38	27
8.39	27
8.40	27
8.40.27	60 nt. 105
8.41	27
8.41.8	62 nt. 107;
8.42	27
8.42.13	26 nt. 42
8.43	27
8.44.27	56 nt. 98
DIGESTA	
2.14.7	108

4	107 nt. 201	ad Bas. 23.1.11	
25	61; 69	3	100 nt. 190
ad Bas. 11.1.10		ad Bas. 23.1.12	
6	32	12	131 nt. 257
ad Bas. 11.1.68		ad Bas. 23.1.15	
4	117; 122	7	100
ad Bas. 11.1.71		ad Bas. 23.1.34	
2	119 nt. 234	5	91; 91 nt. 173
ad Bas. 11.1.88		ad Bas. 23.1.50	
1	107 nt. 202	1	102
ad Bas. 11.2.23		2	103; 104
5	119; 133	5	103; 104
ad Bas. 11.2.54		7	103; 104
1	121 nt. 237; 133	ad Bas. 23.1.53	
ad Bas. 11.2.57		3	91
2	58; 59 nt. 103	ad Bas. 23.1.54	
ad Bas. 12.1.41		1	93
1	140; 141	ad Bas. 23.1.67	
ad Bas. 12.1.69		1	97; 97 nt. 187; 106
1	135; 141	2	94; 105; 106
ad Bas. 12.3.7		5	98; 99 nt. 188; 106
1	54	ad Bas. 47.1.72	
3	54	2	119 nt. 234
ad Bas. 14.1.32			
4	51 nt. 88	TIPUCITUS	
5	52	2.194	42
7	51; 51 nt. 88; 63 nt. 108	4.102	41; 41 nt. 71
ad Bas. 14.1.34			
7	100 nt. 190		* * *
ad Bas. 22.1.52			
4	41	COLUMBIA PAPYRI	
ad Bas. 23.1.1		8.244	64; 64 nt. 109
2	115 nt. 224; 131 nt. 257		
5	115 nt. 224; 131 nt. 257	DIE PAPYRI DER BEYERISCHEN STAATSBIBLIOTHEK MÜNCHEN	
ad Bas. 23.1.4		4+5v	64 nt. 109
9	131	9	64 nt. 109
ad Bas. 23.1.9		10	64 nt. 109
1	125	11	64 nt. 109
2	128; 128 nt. 254	13	64 nt. 109; 65
8	129 nt. 255		
9	126		
10	126 nt. 250		

EXCAVATIONS OF NESSANA		16.12516	64
15	64 nt. 109		
GREEK PAPYRI IN THE BRITISH MUSEUM		THE OXYHRYNCHUS PAPYRI	
1730	64 nt. 109	16.1890	64 nt. 109
1731	64 nt. 109	63.4394	64 nt. 109
1734	64 nt. 109	63.4397	64 nt. 109
1.113	64 nt. 109		
5.1723	64 nt. 109		***
KÖLNER PAPYRI		FONTES IURIS ROMANI	
3.157	64 nt. 109	ANTEIUSTINIANI	
PAPYRUS GRECS D'ÉPOQUE BYZANTINE.		III.122	75; 75 nt. 129; 76; 77
CATALOGUE GENERAL DES ANTIQUITÉS		TABULAE POMPEIANAE	
ÉGYPTIENNES DU MUSÉE DU CAIRE		17	75; 75 nt. 128
1.67097	64 nt. 109	TABULAE POMPEIANAE NOVAE	
126	64 nt. 109	58	75; 75 nt. 128
SAMMELBUCH GRIECHISCHER		TABULAE POMPEIANAE Sulpiciorum	
URKUNDEN AUS AEGYPTEN		67	75; 75 nt. 128; 76 nt. 132.
1.5174	64 nt. 109		
1.5175	64 nt. 109		
6.9525	64; 64 nt. 109		

*Indice degli Autori (*)*

- ALBANESE, B.: 15 nt. 13*; 124 nt. 244*.
AMELOTTI, M.: 26 nt. 40*; 46 nt. 78*;
90 nt. 170*.
ANKUM, H.: 71 nt. 115*
APATHY, P.: 70 nt. 114*; 71 nt. 116; 72
nt. 119; 75 nt. 125; 76 nt. 135.
ARANGIO-RUIZ, V.: 35 nt. 62*; 139 nt.
271*; 140 nt. 272.
ARCHI, G.G.: 17 nt. 22* e 23; 29 nt. 48;
34 nt. 57*; 81 nt. 149*; 97 nt. 186.
ARTNER, A.: 110 nt. 211*.
- BIANCHINI, M.: 25 nt. 39*; 82 nt. 152*.
BIONDI, B.: 84 nt. 155*;
BONINI, R.: 35 nt. 62*; 36 nt. 63.
BRANDILEONE, F.: 14 nt. 12*; 16 nt. 19.
BRANDSMA, F.: 51 nt. 87*.
BURDESE, A.: 74 nt. 124*; 113 nt. 220*.
BUSCA, A.M.: 78 nt. 143; 79 nt. 146.
- CAMODECA, G.: 70 nt. 115*; 71 nt. 115
e 116
CANNATA, C.A.: 11 nt. 1*; 22 nt. 28*; 28
nt. 45; 73 nt. 121; 87 nt. 163*; 88 nt.
164; 109 nt. 207*; 110 nt. 213 e 214;
111 nt. 216; 112 nt. 218*; 114 nt. 222;
115 nt. 223 e 225*; 124 nt. 244*.
CARRASCO GARCÍA, C.: 77 nt. 139*.
CASELLA, V.: 134 nt. 262*
CENDERELLI, A.: 79 nt. 146*.
- CHIAZZESE, L.: 16 nt. 18*.
CIMMA, M.R.: 13 nt. 6*; 25 nt. 39; 74 nt.
124; 77 nt. 139; 78 nt. 141, 142 e
143; 79 nt. 145 e 146; 81 nt. 149; 82
nt. 153.
COPPOLA BISAZZA, G.: 39 nt. 66*.
COSTA, E.: 25 nt. 39*.
CRESCENZI, V.: 22 nt. 32*.
CUJACIUS, J.: 79 nt. 146*.
- DALLA, D.: 12 nt. 3*.
DE FRANCISCI, P.: 110 nt. 208*.
DE GAUTARD, V.: 16 nt. 20* e 21.
DE JONG, H.: 51 nt. 87*; 130 nt. 256*;
133 nt. 261.
DEL GENIO, M.: 58 nt. 101*.
DELL'ORO, A.: 73 nt. 121*.
DE LOS MOZOS TOUYA, J.J.: 77 nt. 139*.
DE ROBERTIS, F.M.: 26 nt. 40*.
DIÓSDI, G.: 18 nt. 26*; 84 nt. 155 e 157.
D'ORS, A.: 70 nt. 114*; 73 nt. 121; 124
nt. 244*.
- FACELLI, C.: 79 nt. 146*; 84 nt. 156;
FALCONE, G.: 47 nt. 81*.
FEENSTRA, R.: 28 nt. 44*.
FERRINI, C.: 40 nt. 68*; 85 nt. 158*;
110 nt. 210*.
FRANTZ-MURPHY, G.: 66 nt. 112*.
FREZZA, P.: 26 nt. 40*.

*) L'asterisco indica il luogo in cui un'opera viene citata per la prima volta e quindi in maniera completa.

- FRITZ, K.-H.: 35 nt. 58*.
- GALLO, F.: 119 nt. 233*.
- GARCIA GARRIDO, M.J.: 12 nt. 3*.
- GIFFARD, A.E.: 119 nt. 234*; 130 nt. 256*.
- GIUFFRÉ, V.: 78 nt. 144*.
- GNEIST, H.R.: 13 nt. 5; 14 nt. 7.
- GONZÁLEZ-PALENZUELA GAL-
LEGO, M.T.: 77 nt. 139*; 78 nt. 143
- GRÖSCHLER, P.: 70 nt. 114*; 71 nt. 117
e 118; 72 nt. 119; 73 nt. 121 e 122;
74 nt. 123 e 124; 75 nt. 126 e 127; 76
nt. 131, 132, 134 e 136; 77 nt. 138;
106 nt. 200.
- GROSSO, G.: 25 nt. 39*; 107 nt. 201*.
- GUARINO, A.: 12 nt. 3*; 50 nt. 84*; 51
nt. 85.
- HEIMBACH, C.G.E.: 54 nt. 95*; 58 nt.
99; 118 nt. 231.
- HOLWERDA, D.: 54 nt. 95*.
- HONORÉ, T.: 27 nt. 43*.
- HUSCHKE, P.E.: 79 nt. 146*.
- IMPALLOMENI, G.: 56 nt. 98*.
- KASER, M.: 12 nt. 3*; 55 nt. 97; 70 nt.
114*; 73 nt. 121.
- KNÜTEL, R.: 58 nt. 102*.
- KRELLER, H.: 132 nt. 260*.
- LAMBERTINI, R.: 12 nt. 3*.
- LAMBRINI, P.: 115 nt. 225*; 139 nt. 271*.
- LA ROSA, F.: 87 nt. 163*; 90 nt. 170.
- LEMOSSÉ, M.: 130 nt. 256*.
- LEVY, E.: 17 nt. 24*; 27 nt. 44; 84 nt. 155.
- LOKIN, J.H.A.: 32 nt. 53*; 41 nt. 70; 48
nt. 82*; 51 nt. 87; 52 nt. 92; 54 nt. 95; 93
nt. 179; 94 nt. 184*; 126 nt. 249.
- LONGO, C.: 133 nt. 261*.
- LUCHETTI, G.: 29 nt. 48*; 45 nt. 75 e 76;
47 nt. 80 e 81; 90 nt. 170.
- MACCORMACK, G.: 18 nt. 27*; 29 nt. 46
e 48; 84 nt. 156; 86 nt. 160.
- MARRONE, M.: 139 nt. 271*.
- MARTINDALE, J.R.: 137 nt. 265*.
- MARTINI, R.: 35 nt. 60*, 61 e 62; 43 nt.
74; 45 nt. 77.
- MEDICUS, D.: 120 nt. 236*.
- MEIJRING, R.: 48 nt. 82*.
- MELLUSO, M.: 39 nt. 67*.
- MESSINA VITRANO, F.: 85 nt. 158*; 90
nt. 171 e 172.
- MITEIS, L.: 25 nt. 38*.
- MODRZEJEWSKI, J.: 25 nt. 38*.
- MOMMSEN, T.: 79 nt. 146*.
- MORTREUIL, J.-A.-B.: 51 nt. 87*.
- NICHOLAS, B.: 30 nt. 49*.
- PELLECCHI, L.: 110 nt. 209*; 113 nt. 221.
- PICHONNAZ, P.: 139 nt. 271*.
- PRINGSHEIM, F.: 32 nt. 53*; 35 nt. 59*;
64 nt. 109; 84 nt. 156.
- RICCOBONO, S.: 13 nt. 6*; 15 nt. 13*, 14* e
15; 16 nt. 16 e 17; 124 nt. 242*.
- RICHTER, T.S.: 66 nt. 112*.
- ROMANO, G.: 108 nt. 203*.
- ROTONDI, G.: 107 nt. 201*.
- RUPPRECHT, H.-A.: 102 nt. 196*.
- RUSSO RUGGERI, C.: 47 nt. 79*.
- SACCOCCIO, A.: 124 nt. 239*, 241, 243 e
244; 125 nt. 248; 130 nt. 256.
- SACCONI, G.: 70 nt. 114*; 75 nt. 125.
- SCARCELLA, A.S.: 28 nt. 44*.
- SCEVOLA, R.: 115 nt. 225*.
- SHELTEMA, H.J.: 32 nt. 53*; 51 nt. 87*;
52 nt. 92*; 54 nt. 95*; 126 nt. 249*.
- SCHERILLO, G.: 79 nt. 146*.
- SCIANDRELLO, E.: 113 nt. 220* e 221; 115
nt. 225; 116 nt. 226 e 227; 119 nt. 233.
- SCOGNAMIGLIO, M.: 58 nt. 102*; 134
nt. 262* e 263*; 139 nt. 270 e 271.
- SEECK, O.: 58 nt. 101*.
- SIMON, D.: 26 nt. 40* e 41; 54 nt. 95*; 64
nt. 109; 130 nt. 256.
- SITZIA, F.: 130 nt. 256*.
- STEINWENTER, A.: 66 nt. 111*.
- STOLTE, B.H.: 32 nt. 53*; 48 nt. 82*.
- STURM, F.: 58 nt. 102*.
- TALAMANCA, M.: 12 nt. 3*; 70 nt. 114*; 71
nt. 117 e 118; 72 nt. 120*; 73 nt. 121; 75
nt. 125 e 130; 76 nt. 135; 84 nt. 155*; 87
nt. 163; 134 nt. 263*; 138 nt. 267.

TAUBENSCHLAG, R.: 12 nt. 3*; 64 nt. 109.
TILL, F.D.W.: 65 nt. 110*.

VALIÑO, E.: 119 nt. 233*.

VAN BOCHOVE, T.E.: 94 nt. 184*.

VAN DER WAL, N.: 32 nt. 53*; 41 nt. 70;
48 nt. 82*; 51 nt. 87; 52 nt. 92; 54 nt.
95*; 93 nt. 179; 94 nt. 184; 126 nt.
249*; 130 nt. 256*.

VAN OVEN, J.C.: 17 nt. 25*; 30 nt. 48.

VANZETTI, M.: 53 nt. 93*.

VARVARO, M.: 110 nt. 212* e 215; 124 nt.
239* e 245.

WINKLER, A.: 27 nt. 44*; 30 nt. 49.

WLASSAK, M.: 58 nt. 101*.

WOLF, J.G.: 70 nt. 115*; 75 nt. 125*; 76
nt. 133*.

WUBBE, F.B.J.: 132 nt. 260*;

ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, K.-E.: 14
nt. 8*, 9 e 11.

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO

<https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/collana.html>

DIREZIONE

Ferdinando Zuccotti

- Pierfrancesco Arces, *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*, 2013
- Pierfrancesco Arces, *Ricerche sulle tecniche di scrittura delle «Istituzioni» di Gaio*, 2020
- 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 Michele Antonio 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 Massimo 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 Funeris 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 a Costantino II*, 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
- Lucia Di Cintio, *«Ordine» e «ordinamento». Idee e categorie giuridiche nel mondo romano*, 2019
- Filippo Gallo, *L'interpretazione del diritto è «affabulazione»?», 2005*
- Fabrizio Lombardo, *Studi su «stipulatio» e azioni stipulatorie nel diritto giustiniano*, 2020
- 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
- Gianluca Mainino, *Studi giuridici sulla Tabula Alimentaria di Veleia*, 2019
- Annamaria Manzo, *«Magnum munus de iure respondendi substinebat». Studi su Publio Rutilio Rufo*, 2016
- Mariangela Ravizza, *Pontefici e Vestali nella Roma repubblicana*, 2020
- 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 <https://www.lededizioni.com>, dove si possono trovare anche informazioni dettagliate sui volumi sopra citati: di tutti si può consultare il sommario, di alcuni vengono date un certo numero di pagine in lettura, di altri è disponibile il testo integrale. Tutti i volumi possono essere ordinati online.